Cezar Roberto Bitencourt

penal comentado

7ª edição

ACOMPANHA CD-ROM



JURISPRUDÊNCIA DOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS

Editora Saraiva

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha, Espanha. Professor do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) da PUCRS. Professor convidado do Curso de Doutorado em Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Professor convidado do Curso de Pós-graduação da Universidade Austral de Buenos Aires. Ex-diretor da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Procurador de Justiça aposentado. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal. Parecerista. Advogado criminalista.

código penal comentado

7ª edição
2012

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17353-8

Bitencourt, Cezar Roberto
Código penal comentado / Cezar Roberto Bitencourt. — 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.
1. Direito penal - Legislação I. Título.
10-14020 CDU-343(81)(094.46)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil: Código penal comentado

343(81)(094.46)
2. Código penal : Comentários : Brasil
343(81)(094.46)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editora Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Aline Darcy Flôr de Souza
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Liana Ganiko Brito Catenacci
Pesquisa e atualização de jurisprudência Thaís de Camargo Rodrigues
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Amélia Kassis Ward
Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Maria Cecília Coutinho Martins
Capa Guilherme P. Pinto
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 2-4-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

PUBLICAÇÕES DO AUTOR

Tratado de direito penal — parte geral, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v. 1.

Tratado de direito penal — parte especial, 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v. 2.

Tratado de direito penal — parte especial, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v. 3.

Tratado de direito penal — parte especial, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v. 4.

Tratado de direito penal — parte especial, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v. 5.

Código Penal comentado, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

Falência da pena de prisão — causas e alternativas, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais (em coautoria com Juliano Breda), 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

Reforma Penal material de 2009 — crimes sexuais, sequestro relâmpago, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

Erro de tipo e erro de proibição, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira, Coimbra, Almedina Editora, 2007.

Novas penas alternativas, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

Juizados Especiais Criminais Federais — análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

Direito Penal Econômico Aplicado (em coautoria com Andrei Z. Schmidt), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

Lições de Direito Penal, 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1995 (esgotado).

Elementos de Direito Penal — parte geral (em coautoria com Luiz R. Prado), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995 (esgotado).

Elementos de Direito Penal — parte especial (em coautoria com Luiz R. Prado), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996 (esgotado).

Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão, 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1997 (esgotado).

Teoria geral do delito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997 (esgotado).

Código Penal anotado, 2. ed. (em coautoria com Luiz R. Prado), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999 (esgotado).

Teoria geral do delito (bilíngue), em coautoria com Francisco Muñoz Conde, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

Ao saudoso Ministro
FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, penalista invulgar, magistrado exemplar e condutor da renovação do Direito Penal brasileiro, na segunda metade do século XX.

INDICADOR GERAL

Nota de Agradecimentos
Abreviaturas
Índice Sistemático do Código Penal
Índice dos Verbetes
Código Penal — Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940
Súmulas do Supremo Tribunal Federal
Súmulas Vinculantes
Súmulas do Superior Tribunal de Justiça

NOTA DE AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos a Thaís de Camargo Rodrigues, responsável pela pesquisa jurisprudencial, cujo empenho foi decisivo para a conclusão de nosso trabalho.

ABREVIATURAS

AC — Apelação Criminal
ACv — Apelação Civil
ADIn — Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag. — Agravo
AI — Agravo de Instrumento
Ajuris — Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
AMJ — Revista Arquivos do Ministério da Justiça
Ap. — Apelação
AR — Agravo Regimental
Art. — artigo
BMJ — Boletim Mensal de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
Bol. AASP — Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo
Bol. IBCCrim — Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Bol. TJSP — Boletim de Jurisprudência da Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo
CC — Código Civil
CComp. — Conflito de Competência
c/c — combinado com
CCom. — Código Comercial
CE — Código Eleitoral
CF — Constituição Federal
cf. — conferir
CFl — Código Florestal
cit. — citado(a)
CJ — Ciência Jurídica
CJ — Conflito de Jurisdição
CLT — Consolidação das Leis do Trabalho
COC — Centro de Observação Criminológica

CParc. — Correição Parcial
CP — Código Penal
CPC — Código de Processo Civil
CPI — Código de Propriedade Industrial
CPM — Código Penal Militar
CPP — Código de Processo Penal
Crim. — Criminal
CT — Carta Testemunhável
CTN — Código Tributário Nacional
Dec. — Decreto
Den. — Denúncia
Des. — Desembargador
DJU — Diário da Justiça da União
DOU — Diário Oficial da União
DP — Direito Penal
ECA — Estatuto da Criança e do Adolescente
ED — Embargos Declaratórios
EI — Embargos Infringentes
EJR — Ementário de Jurisprudência Recente do Tribunal de Justiça de São Paulo
EJTJRJ — Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
EOAB — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
ESD — Enciclopédia Saraiva do Direito
EV — Exceção da Verdade
Ex. Incomp. — Exceção de Incompetência
Extr. — Extradição
FCP — Fascículos de Ciências Penais
HC — Habeas Corpus
HSE — Homologação de Sentença Estrangeira
IBCCrim — Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Inq. — Inquérito Policial
IOB — Repertório IOB de Jurisprudência

IP — Inquérito Policial
j. — julgado em
JC — Jurisprudência Catarinense
JEC — Juizados Especiais Criminais
JM — Jurisprudência Mineira
JSTF — Lex — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
JSTJ — Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
JTACrimSP — Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
Jurispenal — Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
Justitia — Revista da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público
JUTARS — Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
LCH — Lei de Crimes Hediondos
LCP — Lei das Contravenções Penais
LEP — Lei de Execução Penal
LF — Lei de Falências
LICP — Lei de Introdução ao Código Penal
LICPP — Lei de Introdução ao Código de Processo Penal
LINDB — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOMN — Lei Orgânica da Magistratura Nacional
LONMP — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MI — Mandado de Injunção
Min. — Ministro
MP — Ministério Público
MS — Mandado de Segurança
m. v. — maioria de votos
n. — número
OAB — Ordem dos Advogados do Brasil
ob. — obra
op. — opúsculo
p. — página
PC — Processo Criminal
PE — Parte Especial

Pet. — Petição
PExtr. — Pedido de Extradição
PG — Parte Geral
PI — Petição Inicial
PJ — Paraná Judiciário
Proc. Comp. Orig. — Procedimento de Competência Originária
QC — Queixa-Crime
RA — Recurso de Agravo
RBCCrim — Revista Brasileira de Ciências Criminais
RBCDP — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal
RC — Reclamação
RDA — Revista de Direito Administrativo
RDP — Revista de Direito Público
RDPenal — Revista de Direito Penal
RE — Recurso Extraordinário
Rec. — Recurso
Recl. — Reclamação
REDB — Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro
Rel. — Relator
REO — Recurso *Ex Officio*
RES — Recurso em Sentido Estrito
Res. — Resolução
REsp — Recurso Especial
Rev. — Revisão Criminal
RF — Revista Forense
RHC — Recurso de *Habeas Corpus*
RIL — Revista de Informação Legislativa
RISTF — Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RJ — Revista Jurídica
RJDTACrim — Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
RJTAMG — Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
RJTJ — Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça

RJTJRJ — Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

RJTJRS — Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

RJTJSP — Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

RMPRS — Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul

RMS — Revogação de Medida de Segurança

RO — Recurso de Ofício

ROAB — Revista da Ordem dos Advogados do Brasil

RSTJ — Revista do Superior Tribunal de Justiça

RT — Revista dos Tribunais

RTJ — Revista Trimestral de Jurisprudência

RTJE — Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados

RTJRJ — Revista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

S — Súmula

s. — seguintes

s. d. — sem data

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

TA — Tribunal de Alçada

TACrim — Tribunal de Alçada Criminal

TACrimSP — Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

TAMG — Tribunal de Alçada de Minas Gerais

TAPR — Tribunal de Alçada do Paraná

TARJ — Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro

TARS — Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

TFR — Tribunal Federal de Recursos

TJMG — Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR — Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ — Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS — Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC — Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP — Tribunal de Justiça de São Paulo

TJ — Tribunal de Justiça
TP — Tribunal Pleno
TRF — Tribunal Regional Federal
VCP — Verificação de Cessação de Periculosidade
vol. — volume
v. v. — voto vencido

ÍNDICE SISTEMÁTICO DO CÓDIGO PENAL

(DECRETO-LEI N. 2.848, DE 7-12-1940)

PARTE GERAL

Título I - DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Arts. 1º a 12

Título II - DO CRIME

Arts. 13 a 25

Título III - DA IMPUTABILIDADE PENAL

Arts. 26 a 28

Título IV - DO CONCURSO DE PESSOAS

Arts. 29 a 31

Título V - DAS PENAS

- Capítulo I — Das espécies de pena — arts. 32 a 52
  - *Seção I* — Das penas privativas de liberdade — arts. 33 a 42
  - *Seção II* — Das penas restritivas de direitos — arts. 43 a 48
  - *Seção III* — Da pena de multa — arts. 49 a 52
- Capítulo II — Da cominação das penas — arts. 53 a 58
- Capítulo III — Da aplicação da pena — arts. 59 a 76

Capítulo IV — Da suspensão condicional da pena — arts. 77 a 82

Capítulo V — Do livramento condicional — arts. 83 a 90

Capítulo VI — Dos efeitos da condenação — arts. 91 e 92

Capítulo VII — Da reabilitação — arts. 93 a 95

Título VI - DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Arts. 96 a 99

Título VII - DA AÇÃO PENAL

Arts. 100 a 106

Título VIII - DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Arts. 107 a 120

PARTE ESPECIAL

Título I - DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

Capítulo I — Dos crimes contra a vida — arts. 121 a 128

Capítulo II — Das lesões corporais — art. 129

Capítulo III — Da periclitação da vida e da saúde — arts. 130 a 136

Capítulo IV — Da rixa — art. 137

Capítulo V — Dos crimes contra a honra — arts. 138 a 145

Capítulo VI — Dos crimes contra a liberdade individual — arts. 146 a 154

Seção I — Dos crimes contra a liberdade pessoal — arts. 146 a 149

Seção II — Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio — art.

150

Seção III — Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência — arts. 151 e 152

Seção IV — Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos — arts. 153 e 154

Título II - DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Capítulo I — Do furto — arts. 155 e 156

Capítulo II — Do roubo e da extorsão — arts. 157 a 160

Capítulo III — Da usurpação — arts. 161 e 162

Capítulo IV — Do dano — arts. 163 a 167

Capítulo V — Da apropriação indébita — arts. 168 a 170

Capítulo VI — Do estelionato e outras fraudes — arts. 171 a 179

Capítulo VII — Da receptação — art. 180

Capítulo VIII — Disposições gerais — arts. 181 a 183

Título III - DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

Capítulo I — Dos crimes contra a propriedade intelectual — arts. 184 a 186

Capítulo II — Dos crimes contra o privilégio de invenção — arts. 187 a 191

Capítulo III — Dos crimes contra as marcas de indústria e comércio — arts. 192 a 195

Capítulo IV — Dos crimes de concorrência desleal — art. 196

Título IV - DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Arts. 197 a 207

Título V - DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

- Capítulo I — Dos crimes contra o sentimento religioso — art. 208
- Capítulo II — Dos crimes contra o respeito aos mortos — arts. 209 a 212

Título VI - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

- Capítulo I — Dos crimes contra a liberdade sexual — arts. 213 a 216-A
- Capítulo II — Dos crimes sexuais contra vulnerável — arts. 217 e 218-B
- Capítulo III — Do rapto — arts. 219 a 222
- Capítulo IV — Disposições gerais — arts. 223 a 226
- Capítulo V — Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual — arts. 227 a 232
- Capítulo VI — Do ultraje público ao pudor — arts. 233 e 234
- Capítulo VII — Disposições gerais — arts. 234-A a 234-C

Título VII - DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

- Capítulo I — Dos crimes contra o casamento — arts. 235 a 240
- Capítulo II — Dos crimes contra o estado de filiação — arts. 241 a 243
- Capítulo III — Dos crimes contra a assistência familiar — arts. 244 a 247
- Capítulo IV — Dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela — arts. 248 e 249

Título VIII - DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

Capítulo I — Dos crimes de perigo comum — arts. 250 a 259

Capítulo II — Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos — arts. 260 a 266

Capítulo III — Dos crimes contra a saúde pública — arts. 267 a 285

Título IX - DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

Arts. 286 a 288

Título X - DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Capítulo I — Da moeda falsa — arts. 289 a 292

Capítulo II — Da falsidade de títulos e outros papéis públicos — arts. 293 a 295

Capítulo III — Da falsidade documental — arts. 296 a 305

Capítulo IV — De outras falsidades — arts. 306 a 311

Capítulo V — Das fraudes em certames de interesse público — art. 311-A

Título XI - DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Capítulo I — Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral — arts. 312 a 327

Capítulo II — Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral — arts. 328 a 337-A

Capítulo II-A — Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira — arts. 337-B a 337-D

Capítulo III — Dos crimes contra a administração da Justiça — arts. 338 a 359

Capítulo IV — Dos crimes contra as finanças públicas — arts. 359-A a 359-H

DISPOSIÇÕES FINAIS — arts. 360 e 361

ÍNDICE DOS VERBETES

PARTE GERAL

Título I - DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Art. 1º — Anterioridade da lei
1 Considerações introdutórias
2 Princípio da legalidade ou da reserva legal
2.1 Competência legislativa: corolário da reserva legal
2.2 *Nullum crimen, nulla poena sine lege*
3 Princípio da irretroatividade da lei penal
3.1 Origem do princípio da irretroatividade
3.2 Retroatividade da lei mais benigna
4 Princípio da intervenção mínima
4.1 Fundamento político da *ultima ratio*
4.2 Deturpação da função do Direito Penal
4.3 Criminalização e penalização: políticas populistas
5 Princípio da fragmentariedade
5.1 Seletividade em razão da importância do bem jurídico
5.2 Aspectos da fragmentariedade do Direito Penal
6 Princípio de culpabilidade
6.1 Culpabilidade como fundamento da pena
6.2 Culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena
6.3 Culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva
6.4 Consequências do princípio de culpabilidade
7 Princípio de humanidade
7.1 Função do Direito Penal: Justiça distributiva
7.2 Proscrição da pena de morte e da prisão perpétua

8 Princípio da adequação social
8.1 Função seletiva do tipo penal
8.2 Tipicidade: desvalor da ação e desvalor do resultado
8.3 Consequências da “adequação social”: imprecisão inicial
8.4 Nosso entendimento: princípio geral de interpretação
9 Princípio de insignificância
9.1 Princípio da insignificância: grau de intensidade da ofensa
9.2 Consequência da insignificância: afasta a tipicidade
Art. 2º — Lei penal no tempo
Art. 3º — Lei excepcional ou temporária
1 Eficácia da lei penal no tempo
2 Irretroatividade da lei penal
3 Retroatividade da lei mais benigna
3.1 *Abolitio criminis*
3.1.1 *Abolitio criminis*: abrangência
3.2 *Novatio legis* incriminadora
3.3 *Novatio legis in pejus*
3.4 *Novatio legis in mellius*
4 Crimes permanentes e continuados
5 Lei intermediária: dupla extra-atividade
6 Conjugação de leis: aspectos mais favoráveis
7 Leis excepcionais e temporárias
7.1 Tipicidade: elemento temporal
8 Retroatividade e leis penais em branco
8.1 Normas penais em branco: disciplina tradicional
9 Retroatividade e lei processual
9.1 Lei processual imprópria
Art. 4º — Tempo do crime
1 Teoria da atividade
2 Há algumas exceções à teoria da atividade

Art. 5º — Territorialidade
1 Princípios dominantes
2 Princípio da territorialidade
  2.1 Fundamento do princípio da territorialidade
3 Princípio real, de defesa ou de proteção
4 Princípio da nacionalidade ou da personalidade
5 Princípio da universalidade ou cosmopolita
6 Princípio da representação ou da bandeira
7 Princípios adotados pelo Código Penal brasileiro
8 Conceito de território nacional
  8.1 Delimitação do território nacional
  8.2 Lago ou lagoa: mesmos critérios
  8.3 Rio indiviso
  8.4 Mar territorial: 12 milhas
  8.5 Navios públicos ou privados
  8.6 Tratamento dos navios públicos
  8.7 Tratamento dos navios privados
9 Espaço aéreo
  9.1 Teoria adotada pelo CBA
  9.2 Aeronaves públicas e privadas
Art. 6º — Lugar do crime
1 Dificuldades para apurar o lugar do crime
2 Teoria da ação ou da atividade
3 Teoria do resultado ou do evento
4 Teoria da intenção
5 Teoria do efeito intermédio ou do efeito mais próximo
6 Teoria da ação a distância ou da longa mão
7 Teoria limitada da ubiquidade
8 Teoria pura da ubiquidade, mista ou unitária
  8.1 Solução dos conflitos negativos

8.2 Duplicidade de julgamentos
8.3 Lacuna: parte do resultado
Art. 7º — Extraterritorialidade
1 Extraterritorialidade
1.1 Extraterritorialidade incondicionada
1.2 O injustificável e odioso *bis in idem*
1.3 Provimento jurisdicional ignorado
1.4 Extraterritorialidade condicionada
1.5 Cooperação penal internacional
1.6 Crimes praticados por brasileiros no exterior
1.7 Aeronaves e embarcações mercantes
1.8 Praticado por estrangeiro contra brasileiro
1.9 Condições para aplicação da lei brasileira
2 Lei penal em relação às pessoas
2.1 Imunidade diplomática
2.1.1 Natureza jurídica: causa pessoal de exclusão de pena
2.1.2 Extensão da imunidade: todos os agentes diplomáticos e familiares
2.1.3 Exclusão: agentes consulares
2.2 Imunidade parlamentar
2.2.1 Espécies de imunidades parlamentares
2.2.2 Imunidade do parlamentar estadual
2.2.3 Imunidade do vereador
3 Da imunidade parlamentar a partir da EC n. 35/2001
3.1 Inviolabilidade civil: criação pretoriana
3.1.1 Ampliação da inviolabilidade: âmbito administrativo
3.2 Nexo funcional: pressuposto básico
3.3 Âmbito espacial: exclusão do licenciado
3.4 A imunidade processual e prisional
4 Sustação de processo em andamento
4.1 Imunidade prisional

5 Extradição
5.1 Conceito de extradição
5.2 Espécies de extradição
5.3 Princípios da extradição
5.4 Condições para a extradição
5.5 Limitações à extradição
5.6 Requisitos para a concessão de extradição
5.7 Cláusulas limitadoras da extradição
5.8 Vinculação ao fato motivador da extradição
5.9 Pressupostos (ou requisitos negativos) da extradição
6 Procedimento do processo de extradição
6.1 Limitação da defesa do extraditando
6.2 Obrigatoriedade da extradição
7 Deportação e expulsão
7.1 Causas que levam à expulsão
7.2 Outros fundamentos para a expulsão
7.3 Natureza jurídica da expulsão
Art. 8º — Pena cumprida no estrangeiro
Art. 9º — Eficácia de sentença estrangeira
1 Limites dos efeitos de sentença estrangeira
2 Efeitos que dependem de homologação do STJ
3 Efeitos que não dependem de homologação do STJ
4 Competência para a homologação
Art. 10 — Contagem de prazo
1 Prazos do Código Penal
2 Prazos previstos em dois códigos
3 Contagem do prazo da perempção
4 Calendário comum: gregoriano
Art. 11 — Frações não computáveis da pena
1 Alteração legislativa

2 Frações das penas temporais
3 Frações das penas pecuniárias
Art. 12 — Legislação especial
1 Aplicação das regras gerais: abrangência
2 Regras gerais: Parte Geral e Parte Especial

Título II - DO CRIME

Art. 13 — Relação de causalidade
§ 1º Superveniência de causa independente
§ 2º Relevância da omissão
1 Considerações gerais
2 Crime: ação e resultado
3 Ação e resultado: nexo causal
4 Teoria da imputação objetiva
4.1 Fundamento da teoria da imputação objetiva
5 Teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*
5.1 Conteúdo e definição da teoria da equivalência das condições
5.2 Desvantagem da teoria da equivalência das condições
5.3 Necessidade de limitar o alcance da teoria
6 Limitações do alcance da teoria da *conditio sine qua non*
6.1 Dolo e culpa na ação: limitadores da teoria da equivalência
6.2 Caso fortuito ou força maior
6.3 Causas (concausas) absolutamente independentes
6.4 Causas relativamente independentes
6.5 Superveniência de causa relativamente independente
7 Exemplo de causa superveniente que produz por si só o resultado
8 A relevância causal da omissão
8.1 Crimes omissivos próprios
8.2 Crimes omissivos impróprios
8.3 Causalidade jurídica: omissão relevante

8.4 Cadeia causal: figura do garantidor
8.5 Nexo de não impedimento
8.6 Nexo causal: limita-se à imputação física
Art. 14
I — Crime consumado
II — Tentativa
Parágrafo único — Pena de tentativa
1 Crime consumado
1.1 Consumação e exaurimento
1.2 Consumação no crime omissivo
2 Tentativa
3 *Iter criminis*: fases
4 Natureza e tipicidade da tentativa
4.1 Tipicidade: conjugação de normas penais
5 Elementos da tentativa
6 Espécies ou formas de tentativas
6.1 Tentativa imperfeita
6.2 Tentativa perfeita
7 Punibilidade da tentativa
Art. 15 — Desistência voluntária e arrependimento eficaz
1 Desistência voluntária
2 Voluntária e espontânea: distinção
3 Arrependimento eficaz
3.1. Necessidade da eficácia do arrependimento
3.2. Atos já praticados: “tentativa qualificada”
4 Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz
Art. 16 — Arrependimento posterior
1 Natureza jurídica e fundamento
2 Requisitos necessários
Art. 17 — Crime impossível

1 Crime impossível ou tentativa inidônea
1.1 Punibilidade do crime impossível
2 Crime putativo
3 Crime provocado
3.1 Flagrante preparado
3.2 Flagrante provocado
3.3 Flagrante forjado
Art. 18
I — Crime doloso
II — Crime culposo
1 Tipo objetivo
1.1 O autor da ação
1.2 Ação ou omissão
1.3 Resultado
1.4 Nexo causal
2 Tipo subjetivo
3 Elemento subjetivo geral: dolo
4 Teorias do dolo
5 Elementos do dolo
6 Dolo direto ou imediato
6.1 Dolo direto de primeiro grau
6.2 Dolo direto de segundo grau
7 Dolo eventual
7.1 Elementos do dolo eventual: consciência e vontade
7.2 Dolo eventual e mera esperança da ocorrência do resultado
7.3 Dolo direto e dolo eventual: distinção
8 Elemento subjetivo especial do tipo
8.1 Concretização desnecessária
8.2 Delitos de intenção
8.3 Delitos de tendência

8.4 Especiais motivos de agir
8.5 Momentos especiais de ânimo
9 Tipo de injusto culposo
10 A finalidade no crime culposo
11 A tipicidade no crime culposo
12 Excludente de criminalidade
13 Culpabilidade no crime culposo
13.1 Inexigibilidade de outra conduta
13.2 Erro de proibição no crime culposo
14 Elementos do tipo de injusto culposo
14.1 Inobservância do cuidado objetivo devido
14.2 Produção de um resultado
14.3 Relação de causa e efeito
14.3.1 Inevitabilidade do resultado: exclui tipicidade
14.4 Previsibilidade objetiva do resultado
14.5 Conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado
15 Modalidades de culpa
15.1 Imprudência
15.2 Negligência
15.3 Imperícia
15.3.1 Imperícia e erro profissional: distinção
16 Espécies de culpa
16.1 Culpa consciente
16.2 Culpa inconsciente
16.3 Culpa imprópria
17 Dolo eventual e culpa consciente
17.1 Distinção entre dolo eventual e culpa consciente
17.2 Teorias diferenciadoras: dolo eventual e culpa consciente
18 Concorrência e compensação de culpas
18.1 Concorrência de culpas

18.2 Não há compensação de culpas
18.3 Excepcionalidade do crime culposo
19 Crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado
19.1 Crime preterdoloso ou preterintencional
19.2 Crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado
Art. 19 — Agravação pelo resultado
1 Agravação pelo resultado
2 Requisitos necessários
3 Limites e extensão do arrependimento posterior
4 Exclusão das qualificadoras, majorantes e agravantes
Art. 20 — Erro sobre elementos do tipo
§ 1º Descriminantes putativas
§ 2º Erro determinado por terceiro
§ 3º Erro sobre a pessoa
Art. 21 — Erro sobre a ilicitude do fato
1 Erro de tipo e erro de proibição
2 Ausência de conhecimento da ilicitude e ignorância da lei
3 Ignorância da antijuridicidade e ignorância da lei: distinção
4 Teoria dos elementos negativos do tipo
4.1 Conteúdo da teoria dos elementos negativos
5 Erro de tipo e erro de proibição
5.1 Erro de tipo essencial: exclusão da tipicidade
5.2 Erro de tipo no crime de calúnia
5.3 Erro de tipo e desacato
5.4 Erro de tipo nos crimes omissivos
5.5 Erro sobre a relação causal
6 Erro de proibição
6.1 Erro de proibição: exclusão da culpabilidade
6.2 Jurisprudência alemã: sentença de 18-3-1952
6.3 Erro de proibição em crimes culposos

7 Elementos normativos especiais da ilicitude
7.1 Erro sobre elementos normativos especiais da ilicitude
7.2 Revelação de segredo profissional: erro de tipo
7.3 Revelação de segredo profissional: erro de proibição
8 Erro de tipo permissivo: erro eclético
8.1 Erro de tipo permissivo: não afasta o dolo
8.2 Erro de tipo permissivo e erro de permissão: diferença
8.3 Erro no estado de necessidade: sobre a evitabilidade
8.4 Erro de tipo permissivo: solução do CP
8.5 Erro de tipo permissivo: um erro *suigeneris*
8.6 Erro de tipo permissivo: consequência
8.7 Erro de tipo permissivo: afasta a culpabilidade
8.8 Erro *sui generis*: misto de erro de tipo e erro de proibição
9 “Erro culposo” não se confunde com “crime culposo”
9.1 Erro culposo e crime culposo: distinção
9.2 Escusabilidade ou inescusabilidade da culpa no erro
9.3 Erro culposo e crime doloso
10 Erro de tipo incriminador e erro de tipo permissivo
11 Modalidades de erro sobre a ilicitude
11.1 Erro de proibição direto
11.2 Erro mandamental
11.3 Erro de proibição indireto
12 Erro sobre excludentes de culpabilidade
Art. 22 — Coação irresistível e obediência hierárquica
1 Inexigibilidade de comportamento diverso: previsão expressa
2 Coação irresistível
3 Coação física irresistível: não há ação
4 Coação moral: existe ação
5 Irresistibilidade da coação
6 Ameaças vagas e imprecisas

7 Iminência do mal ameaçado
8 Ameaça de mal a terceiro: possibilidade
9 Irresistibilidade da coação: afasta concurso de pessoas
10 Coação resistível: diminuição da reprovabilidade
11 Punibilidade do coator: sempre
12 Obediência hierárquica: relação de direito público
12.1 Ordem não manifestamente ilegal
12.2 Cumprir ordem ilegal: exclui culpabilidade
12.3 Cumprimento de ordem legal: não há ilicitude
12.4 Ordem manifestamente ilegal: ambos respondem
12.5 Funcionário civil: conveniência e oportunidade
13 A obediência hierárquica no Código Penal Militar
13.1 Ordem manifestamente criminosa: deve recusar-se
13.2 Ordem manifestamente criminosa e coação irresistível: possibilidade
14 Coação irresistível: beneficia militar e civil
15 Subordinado se excede na execução: ambos respondem
Art. 23 — Exclusão da ilicitude
Parágrafo único — Excesso punível
1 Excludentes de antijuridicidade ou causas de justificação
2 Elementos objetivos e subjetivos das causas de justificação
2.1 *Animus* vingativo: afasta a excludente
3 Causas supralegais de justificação
4 Consentimento do ofendido
4.1 Requisitos do consentimento justificante
5 Excesso nas causas de justificação
5.1 Pressuposto do excesso nas causas justificantes
5.2 Excesso doloso: crime doloso
5.3 Excesso culposo: tipificação residual
5.4 Excepcionalidade do crime culposo
5.5 Excesso: uso imoderado ou desnecessário do meio

6 Cumprimento de dever legal e exercício de direito
7 Estrito cumprimento de dever legal
7.1 Requisitos necessários
7.2 Limites da permissão a autoridades
7.3 Resistência a atos de autoridades
7.4 Destinatários: agentes públicos e cidadãos comuns
7.5 Direito correcional: está superado
7.6 Excesso nas causas de justificação: Reforma Penal de 1984
7.7 Limites do estritamente legal: excesso e abuso
7.8 Estrito cumprimento legal e o excesso: compatibilidade
7.9 Estrito cumprimento de dever legal: punição do excesso
7.10 Estrito cumprimento de dever legal: excesso doloso ou culposo
8 Exercício regular de direito
8.1 Exercício regular: de acordo com a lei
8.2 Intervenções médicas e cirúrgicas
8.3 Violência esportiva
9 Ofendículos
9.1 Ofendículos e defesas mecânicas predispostas
9.2 Natureza jurídica das ofendículas
9.3 Exercício regular de direito e legítima defesa
Art. 24 — Estado de necessidade
1 Estado de necessidade: definição
2 Exemplo dos dois náufragos
3 Postura do Estado: política criminal
4 Estado de necessidade e legítima defesa
5 Estado de necessidade: direito ou faculdade
6 Estado de necessidade excludente
7 Estado de necessidade “justificante” e estado de necessidade “exculpante”
8 Estado de necessidade no direito alemão
9 Estado de necessidade: teoria diferenciadora

10 Estado de necessidade exculpante: dificuldade
11 Ponderação de bens e culpabilidade diminuída
12 Estado de necessidade e colisão de deveres
12.1 Dever de agir e dever de omitir: preferência
13 Requisitos do estado de necessidade
13.1 Existência de perigo atual e inevitável
13.2 Não provocação voluntária do perigo
13.3 Inevitabilidade do perigo por outro meio
13.4 Inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado
13.5 Direito próprio ou alheio
13.6 Estado de necessidade de terceiro
13.7 Elemento subjetivo: finalidade de salvar o bem do perigo
13.8 Ausência de dever legal de enfrentar o perigo
14 Causa de diminuição de pena (minorante)
Art. 25 — Legítima defesa
1 Considerações gerais
2 Fundamento da legítima defesa
3 Natureza jurídica da legítima defesa
4 Requisitos da legítima defesa
4.1 Agressão injusta, atual ou iminente
4.2 A direito próprio ou alheio
4.3 Meios necessários, usados moderadamente
4.4 Elemento subjetivo: *animus defendendi*
5 Legítima defesa real ou própria
6 Legítima defesa putativa (hipótese de erro — arts. 20, § 1º, e 21 do CP)
6.1 Consequência do erro: afeta a culpabilidade
7 Legítima defesa sucessiva: possibilidade
8 Legítima defesa recíproca
9 Legítima defesa e estado de necessidade
10 Legítima defesa contra dirimente de culpabilidade

11 Questões especiais

Título III - DA IMPUTABILIDADE PENAL

Art. 26 — Inimputáveis

Parágrafo único — Redução de pena

Art. 27 — Menores de dezoito anos

1 Inimputabilidade e culpabilidade diminuída

1.1 Imputabilidade e responsabilidade

1.2 Inimputabilidade

1.2.1 Menoridade

1.2.2 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

1.3 Culpabilidade diminuída

1.4 Consequências jurídico-penais

Art. 28, I — Emoção e paixão

II — Embriaguez

1 Emoção e paixão: definição

1.1 Emoção e paixão: diferença

1.2 Emoção e paixão: semelhança

1.3 Emoção e paixão: tratamento legal

2 Requisitos legais necessários

3 Estados emocionais e doença mental

4 Trauma emocional e surto psicótico

5 Embriaguez: completa e acidental

6 Adoção da *actio libera in causa*

6.1 Inexistência de relação causal: decisão de embriagar-se

6.2 *Actio libera in causa*: natureza da responsabilidade

6.3 Vontade do ébrio = vontade livre: política criminal

7 Embriaguez não acidental: análise casuística

8 Formas ou modalidades de embriaguez

9 Embriaguez não acidental: voluntária ou culposa
9.1 *Actio libera in causa*: necessidade de previsibilidade
9.2 *Actio libera in causa* e imprevisibilidade
9.3 Postura equivocada dos tribunais brasileiros
10 Embriaguez acidental: caso fortuito ou força maior
10.1 Embriaguez acidental e completa
10.2 Embriaguez completa e acidental: consequência psíquica
10.3 Embriaguez acidental e medida de segurança
10.4 Embriaguez acidental: inimputabilidade e redução de pena
10.5 Embriaguez acidental: raridade
11 Embriaguez preordenada
12 Embriaguez habitual e patológica
13 Consequências dos diversos tipos de embriaguez
14 Caso fortuito e força maior

Título IV - DO CONCURSO DE PESSOAS

Art. 29
1 Concurso eventual de pessoas
2 Terminologia do Código Penal
3 Teorias sobre o concurso de pessoas
3.1 Pluralística
3.2 Dualística
3.3 Monística ou unitária
4 Requisitos do concurso de pessoas
5 Autoria
5.1 Conceito restritivo de autor
5.2 Conceito extensivo de autor
5.3 Teoria do domínio do fato
6 Autoria mediata
6.1 Autoria mediata e domínio do fato

6.2 Algumas hipóteses de autoria mediata
6.3 Pressupostos de punibilidade
7 Coautoria
7.1 Fundamento da coautoria
7.2 Inexistência de relação de acessoriedade
8 Participação em sentido estrito
8.1 Ampliação da punibilidade
8.2 Natureza secundária da participação
8.3 Espécies de participação
8.4 Requisitos da participação em sentido estrito
8.5 Fundamento da punibilidade da participação
8.6 Princípio da acessoriedade da participação
8.7 Provocação de aparente excludente
9 Concurso em crime culposo
9.1 Doutrina alemã
9.2 Doutrina espanhola
9.3 Doutrina brasileira
9.4 A melhor doutrina: espanhola
10 Concurso em crimes omissivos
10.1 Participação em crime omissivo e participação por omissão
11 Autoria colateral
11.1 Limites subjetivos da responsabilidade
11.2 Autoria incerta e autoria desconhecida
12 Multidão delinquente
12.1 Individualização da conduta
12.2 Influência de multidão em tumulto: atenuante
13 Punibilidade do concurso de pessoas
13.1 Participação de menor importância
13.2 Cooperação dolosamente distinta
Art. 30 — Circunstâncias incomunicáveis

1 Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares
2 Circunstâncias objetivas e subjetivas
3 Condições de caráter pessoal
4 Comunicabilidade das elementares
5 Síntese da comunicabilidade e incomunicabilidade
6 Comunicabilidade nos limites da culpabilidade
Art. 31 — Casos de impunibilidade
1 Participação impunível
2 Formas de participação impuníveis
3 Tentativa de participação: impunível
4 Se constituir crime em si mesmo
Título V - DAS PENAS
Capítulo I - Das espécies de pena
Art. 32
1 Sanção penal
2 Espécies de pena
3 Princípios da sanção penal
4 Penas proscritas pela Constituição
Seção I - *Das penas privativas de liberdade*
Art. 33 — Reclusão e detenção
1 Reclusão e detenção
2 Consequências distintas entre reclusão e detenção
3 Regimes penais ou prisionais
3.1 Regime disciplinar diferenciado
4 Regime inicial
5 Critérios e regra geral do regime inicial
5.1 Os critérios do § 2º
5.1.1 Condenado não reincidente
5.2 Regime inicial para detenção

5.2.1 Reincidente condenado à detenção
5.3 Regime inicial para reclusão
5.4 Influência do fator reincidência
5.5 Condenação anterior à multa
6 Progressão condicionada à reparação de dano
6.1 Irretroatividade da obrigação de reparar o dano
Art. 34 — Regras do regime fechado
1 Regime fechado
2 Serviço externo e cursos de instrução
3 Exame criminológico no início da execução
4 Regras do regime disciplinar diferenciado
4.1 Limite de duração do regime disciplinar diferenciado
Art. 35 — Regras do regime semiaberto
1 Regime semiaberto
2 Serviço externo desde o início da pena
3 Exame criminológico no regime semiaberto
Art. 36 — Regras do regime aberto
1 Regime aberto
2 Consentimento do condenado
3 Perda do regime aberto
4 Prisão civil
5 Prisão domiciliar
6 Falta de casa de albergado
7 Progressão e regressão
7.1 Progressão
7.2 Progressão para o regime aberto
7.3 A progressão nos crimes hediondos
7.3.1 Progressão no crime de tortura (hediondo)
7.3.2 Crime de tortura: aplicação extensiva e retroativa
7.3.3 Tratamento desuniforme: conserto hermenêutico

7.3.4 Exclusão do parecer da CTC e do exame criminológico
7.4 Regressão
7.4.1 Regressão de condenação em regime aberto
7.4.2 Necessidade de audiência do condenado
7.5 Requisitos da progressão
7.6 STF: progressão nos crimes hediondos
7.7 Dois aspectos fundamentais adotados pelo STF
7.8 Efeito *erga omnes* da decisão do STF
7.9 Eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc*
7.10 Eficácia *erga omnes* torna inócua declaração do Senado
8 Exame criminológico
8.1 Fase processual para realização do exame
8.2 Local de realização do exame criminológico
8.3 Esvaziamento das funções da CTC e do COC
Art. 37 — Regime especial
1 Regime especial feminino
Art. 38 — Direitos do preso
1 Direitos assegurados ao condenado
2 Direitos e deveres
3 Regime Disciplinar Diferenciado: direito penal de autor
3.1 Hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado
3.1.1 Absoluta necessidade do Regime Disciplinar Diferenciado
3.1.2 O que é subversão da ordem ou disciplina internas
3.1.3 Sanção degradante e desumana
Art. 39 — Trabalho do preso
1 Trabalho prisional
2 Destino da remuneração obtida
3 Previdência social
4 Presos políticos e provisórios
5 Remição pelo trabalho

5.1 Remição pelo estudo: Lei n. 12.433/2011
5.2 A remição abrange regime aberto e liberdade condicional
5.3 Conclusão do ensino fundamental: majoração do tempo remido
5.4. Disciplina e abrangência da remição pelo estudo
5.5. Comunicação do tempo remido: anualidade
5.6. Natureza da remição: tempo de pena cumprido
5.7. Inadmissibilidade da remição sem trabalho efetivo
5.8. Falta grave pode revogar a remição de até um terço (1/3) da remição
5.9. Prescrição da perda dos dias remidos
Art. 40 — Legislação especial
Art. 41 — Superveniência de doença mental
1 Contagem de tempo
2 Duração dessa medida de segurança
Art. 42 — Detração
1 Detração penal
2 Podem ser objeto de detração
3 Detração e penas restritivas de direitos
4 Detração e nexo processual
Seção II - *Das penas restritivas de direitos*
Art. 43 — Penas restritivas de direitos
1 Penas restritivas de direitos
2 Classificação e espécies
2.1 Modalidades e definições
3 Fase processual da substituição
4 Caráter substitutivo
4.1 “Penas alternativas” ou restritivas de direitos
4.2 Exceção à insubstituibilidade dessas penas
5 Penas alternativas na reforma penal de 1984
6 Retroatividade das novas penas
6.1 Retroatividade e requisitos da substituição

6.2 Limites da retroatividade
6.3 Retroatividade e processos nos tribunais
6.4 Retroatividade e ausência dos requisitos
6.5 Reincidência dolosa e processo em grau recursal
6.6 Retroatividade e reincidência específica

Art. 44

1 Requisitos necessários à substituição
1.1 Prudência na análise desses requisitos
1.2 Substituição nos crimes culposos
1.3 Substituição e aplicação cumulativa
1.4 Substituição nas penas de até um ano de prisão
1.5 Substituição nas penas de até seis meses de prisão
2 Obrigatoriedade da substituição
3 Reincidência dolosa (inciso II e § 3º)
3.1 Relatividade dos efeitos da reincidência
3.2 Substituição “socialmente recomendável”
4 Conversão das penas restritivas de direitos
4.1 Coercibilidade da conversão
4.2 Limite temporal da conversão
4.3 Conversão e detração penal
4.4 Ressalva: *quantum* mínimo de conversão
4.5 Conversão: exclusão das penas pecuniárias
4.6 Prisão simples: impossibilidade de conversão
5 Causas “gerais” de conversão
5.1 Nova condenação com pena substituída ou suspensa
5.2 Causas “especiais” de conversão
6 Outras questões apresentadas pela Lei n. 9.714/98
6.1 Os crimes hediondos e a Lei n. 9.714/98
6.2 Crimes hediondos e violência ficta
6.3 Multa substitutiva e outras penas pecuniárias

6.4 Equívoca previsão da aplicação das penas pecuniárias
6.5 Penas pecuniárias travestidas de restritivas de direitos
6.6 Aplicação da Lei n 9.714 nos crimes de tóxicos
6.7 “Conflito” das Leis n. 9.714/98 e 9.099/95
6.7.1 Lesão corporal leve dolosa
6.7.2 Crimes de ameaça (art. 147) e constrangimento ilegal (art. 146)
6.8 Incoerência da política criminal brasileira
6.9 “Gancho” para novas exasperações de penas
Art. 45 — Conversão das penas restritivas de direitos
1 Nova redação
2 *Nomen iuris* equivocado
3 Definições legais
3.1 Prestação pecuniária
3.1.1 Duvidosa constitucionalidade
3.1.2 Definição falaciosa da prestação pecuniária
3.1.3 Destinatários da “prestação pecuniária”
3.1.4 Exclusão dos sucessores
3.1.5 Limites da prestação pecuniária
3.1.6 Limitação da “compensação”: condenação em ação reparatória
3.1.7 Extensão da “compensação” às conciliações cíveis
3.1.8 A prestação pecuniária e a Lei n. 9.099/95
3.2 Prestação de outra natureza (inominada) (art. 45, § 2º)
3.2.1 Prestação de outra natureza: exclusão das penas pecuniárias
3.2.2 Pena inominada: constitucionalidade duvidosa
3.2.3 Natureza consensual dessa “conversão”
3.2.4 Quem é o “beneficiário” (art. 45, § 2º)
3.2.5 Competência para aplicação da “pena inominada”
3.2.6 “Conversão” somente da prestação pecuniária: fundamento
3.3 Perda de bens e valores
3.3.1 Confisco de bens e valores

3.3.2 Perda de valores: inconstitucionalidade
3.3.3 Destinação e objeto do confisco
3.3.4 Distinção entre “confisco-pena” e “ confisco-efeito” da condenação
3.3.5 Limites do confisco
3.3.6 Ressalva: legislação especial com destinação diversa
3.3.7 Inconversibilidade das sanções pecuniárias em pena de prisão
3.3.8 Recolhimento domiciliar (vetado)
4 Descumprimento injustificado e a Lei n. 9.099/95: conversão
Art. 46 — Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas
1 Prestação de serviços à comunidade
2 Respeito às aptidões pessoais do condenado
3 Locais de cumprimento desta pena
4 Horários de cumprimento
5 Início e horário de cumprimento
5.1 Novo parâmetro de conversão: uma hora de tarefa por dia de condenação
5.2 Cumprimento em menor tempo (§ 4º)
5.3 Cumprimento superior a oito horas semanais
5.4 Injustiça da limitação do cumprimento antecipado
5.5 Exclusão das outras penas restritivas
5.6 Para pena superior a seis meses: limitação equivocada
5.7 Pena superior a seis meses e a Lei n. 9.099/95
5.8 Novidade: “ou a entidades públicas”
6 Finalidades da sanção penal
7 Características do trabalho comunitário
8 Juízo competente
9 Ausência de casa de albergado
9.1 Ausência de casa de albergado: inconveniência do *sursis*
Art. 47 — Interdição temporária de direitos

1 Interdição temporária de direitos
2 Efeito pedagógico das interdições
3 Prevenção especial
4 Distinção referente aos efeitos da condenação
5 Espécies de interdições
5.1 Relação do crime com a atividade exercida
5.2 Crime praticado por funcionário público
6 Início da execução da pena
7 Efeitos administrativos da interdição
8 Interdição de mandato eletivo
9 Suspensão da habilitação de motorista
9.1 Fundamento político-criminal
9.2 Uso de veículo na prática de crime doloso
9.3 Infrator habilitado na data do crime
Art. 48 — Limitação de fim de semana
1 Limitação de fim de semana
2 Finalidades da prisão descontínua
3 Início e horário da execução
4 Local de cumprimento
5 Descaso oficial com as penas alternativas
6 Inaplicabilidade da limitação de fim de semana
7 Novas penas alternativas
8 Ausência de casa de albergado
8.1 Inadmissibilidade de conversão em prisão domiciliar
9 Juízo competente
10 Penas restritivas como incidente de execução
10.1 Quem pode beneficiar-se dessa conversão
10.2 Requisitos para essa “conversão”
11 Consentimento do condenado
Seção III - *Da pena de multa*

Art. 49 — Multa
1 Pena de multa
2 Cominação da pena de multa
3 Características da multa penal
4 Caráter personalíssimo da pena de multa
5 O sistema dias-multa
6 Limites da pena de multa
7 Situação econômica e gravidade da infração
8 Cálculo da pena de multa
  8.1 Fundamentação obrigatória
9 Multa substitutiva
  9.1 Compulsoriedade da substituição
  9.2 A multa substitutiva nas leis especiais
  9.3 Jurisprudência sobre a multa substitutiva
10 Aplicação na legislação extravagante
  10.1 Inaplicabilidade em determinadas leis
11 Abrangência do sistema dias-multa
Art. 50 — Pagamento da multa
1 Prazo para o pagamento da multa
2 Pagamento voluntário e pagamento compulsório
3 Formas de pagamento da multa
4 Prazo para pedir parcelamento
  4.1 Revogação do parcelamento da multa
5 Hipóteses de desconto da multa em folha
  5.1 Limite permitido de desconto em folha
  5.2 Responsabilidade do empregador
Art. 51 — Conversão da multa e revogação
1 Dívida de valor
2 Dívida ativa não tributária
3 Impossibilidade de conversão da multa

4 Competência para a execução da pena de multa
4.1 Dívida de valor e natureza criminal da multa penal
4.2 Multa penal: herdeiros e sucessores
4.3 Fundo Penitenciário Nacional
4.4 Fazenda Pública: destinação inconstitucional
4.5 Competência concorrente: União e Estado
4.6 Destinação do produto da multa criminal
4.7 Malversação de verbas públicas
4.8 Competência: União ou Estado
4.9 Inscrição em dívida ativa: impossibilidade jurídica
4.10 Atribuição para inscrever em dívida ativa
5 Prescrição da multa e causas modificadoras
5.1 A inevitável prescrição durante a execução
6 Finalidades da citação prevista no art. 164 da LEP
7 Atualização monetária da pena de multa
8 Dosagem da multa na tentativa
Art. 52 — Suspensão da execução da multa
1 Efeito de doença mental
2 Duração da suspensão por doença mental
Capítulo II - Da cominação das penas
Art. 53 — Penas privativas de liberdade
Art. 54 — Penas restritivas de direitos
1 Novo sistema de cominação
2 Penas autônomas e substitutivas
3 Momento de aplicação
Art. 55
1 Limite de duração das penas restritivas de direitos
2 Cumprimento em menor tempo
Art. 56

1 Aplicação obrigatória das penas de interdição
2 Pressupostos necessários
3 Execução das interdições
4 Inobservância da interdição
Art. 57
1 Suspensão da habilitação de motorista
2 Confronto com efeitos da condenação
3 Inobservância da interdição
Art. 58 — Pena de multa
1 Limites equivocados da multa
2 Cominação da multa substitutiva
3 Cominação abstrata da multa
Capítulo III - Da aplicação da pena
Art. 59 — Fixação da pena
1 Individualização da pena
2 Finalidade da pena
3 Circunstâncias e elementares do crime
3.1 Distinção entre elementar e circunstância
4 Circunstâncias judiciais
4.1 Culpabilidade
4.2 Antecedentes
4.3 Conduta social
4.4 Personalidade
4.5 Os motivos do crime
4.6 As circunstâncias
4.7 As consequências do crime
4.8 Comportamento da vítima
5 Inadmissível *non bis in idem*
6 Circunstâncias judiciais nos denominados “crimes societários”

7 Pena aquém do mínimo: impossibilidade — interpretação equivocada
8 Pena aquém do mínimo: uma garantia constitucional
9 Aplicação obrigatória do art. 65: direito subjetivo
10 Súmula 231 do STJ: carência de fundamento jurídico
11 Limites temporais dos efeitos dos maus antecedentes
Art. 60, § 1º — Critérios especiais da pena de multa
§ 2º — Multa substitutiva
1 Critérios especiais da pena de multa
2 Multa substitutiva e triplicação da pena
3 Cumulação de penas de multa
4 Substituição em tentativa. Limite da redução
5 Conversão da pena de multa não paga
6 Prescrição da pena de multa
7 Da pretensão punitiva e da pretensão executória
8 Causas suspensivas e interruptivas da prescrição
Art. 61 — Circunstâncias agravantes
1 Agravantes genéricas
2 Limite do agravamento
3 Aplicação das agravantes nos crimes culposos
4 Elenco das agravantes
Art. 62 — Agravantes no caso de concurso de pessoas
Art. 63 — Reincidência
1 Reincidência
2 Contravenção anterior
3 Primário e reincidente
4 Reincidência e condenação à multa
Art. 64
1 Temporariedade dos efeitos da reincidência
2 Cômputo do livramento condicional e do *sursis*
Art. 65 — Circunstâncias atenuantes

1 Atenuantes genéricas
2 Limite do agravamento
3 Elenco das atenuantes
Art. 66
1 Circunstâncias inominadas
2 Atenuantes incompletas
3 Omissão legislativa
Art. 67 — Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes
1 Circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes e atenuantes
2 Motivos preponderantes
Art. 68 — Cálculo da pena
1 Dosimetria da pena
2 Limites da dosagem de pena
3 Fases do cálculo da pena
4 Pena-base
5 Circunstâncias favoráveis
6 Nulidade pela falta de fundamentação
7 Fixação no limite mínimo: fundamentação necessária
8 Pena provisória
9 Atenuantes e limite mínimo cominado
10 Crimes com duas qualificadoras
11 Pena definitiva
12 Causas de aumento e de diminuição
13 Distinção entre majorantes e qualificadoras
14 Cálculo em forma de cascata
15 Concurso de majorantes/minorantes da Parte Especial
16 Ausência de causas modificadoras da pena
17 Dosimetria no concurso de crimes
18 Fixação do regime inicial
19 Possibilidade de substituição ou suspensão da pena

Art. 69 — Concurso material
1 Concurso de crimes
2 Sistemas de aplicação da pena
3 Sistemas adotados no Brasil
4 Espécies de concurso de crimes
5 Concurso material
6 Extinção da punibilidade
7 Cumprimento das penas
8 Substituição de penas
9 Execução de penas restritivas
10 Individualização das penas
Art. 70 — Concurso formal
1 Concurso formal
1.1 Concurso formal próprio
1.2 Concurso formal impróprio
2 Desígnios autônomos
3 Sistemas de aplicação de pena
4 Parâmetro para o aumento de pena
5 Concurso material “benéfico”
6 Concorrência de concurso formal e crime continuado
Art. 71 — Crime continuado
1 Origem histórica
2 Definição do crime continuado
3 Natureza jurídica do crime continuado
4 Teoria adotada pelo nosso Código
5 Teorias do crime continuado
6 Requisitos do crime continuado
7 Avaliação das circunstâncias objetivas
8 Valoração criteriosa das circunstâncias
9 Crime continuado específico

10 Requisitos do crime continuado específico
11 Crime continuado contra bens pessoais
12 Reiteração criminosa
13 Crimes consumados e tentados
Art. 72 — Multas no concurso de crimes
1 A multa no concurso de crimes
2 Multa substitutiva
3 Crime continuado
Art. 73 — Erro na execução
1 *Aberratio ictus*
2 Erro com resultado único
3 Erro com resultado duplo
4 Erro na execução com dolo eventual
5 Qualidades da vítima
Art. 74 — Resultado diverso do pretendido
1 *Aberratio delicti*
2 Ocorrência de resultado duplo
Art. 75 — Limite das penas
1 Limite de cumprimento da pena de prisão
2 Unificação de penas superiores a 30 anos
3 Exclusão dos benefícios penitenciários
4 Unificação por fato posterior
5 Sugestão de Basileu Garcia
Art. 76 — Concurso de infrações
1 Concurso de penas
2 Cumulação de penas de multa
3 Cumulação de penas: Súmula 171 do STJ
4 Jurisprudência questionável
5 Súmula derrogada
6 Limites dos efeitos da unificação de penas

Capítulo IV - Da suspensão condicional da pena
Art. 77 — Requisitos da suspensão da pena
1 Suspensão condicional da pena
2 Natureza jurídica
3 Penas passíveis de receberem *sursis*
4 Revelia e *sursis*
5 Requisitos necessários
5.1 A condenação no estrangeiro
5.2 Condenação anterior à pena de multa
5.3 Condenação há mais de cinco anos
5.4 *Sursis* e penas restritivas
5.4.1 Incompatibilidade do inciso III do art. 77
5.4.2 Limites do *Sursis* e limites das penas restritivas
5.4.3 Esvaziamento do regime aberto
5.4.4 Desarmonia no sistema penal e omissão legislativa
5.5 Dois *Sursis* simultâneos
5.6 *Sursis* sucessivo
5.7 Perdão judicial e *Sursis*
5.8 Valoração das circunstâncias favoráveis
5.9 Necessidade de fundamentação
6 Espécies de suspensão condicional
7 Requisitos do *Sursis* etário
7.1 Setenta anos na data da condenação
7.2 Razões de saúde que justifiquem a suspensão
8 Requisitos do *Sursis* especial
Art. 78
1 Condições legais do *Sursis* simples
2 Condições do *Sursis* etário
3 Condições do *Sursis* especial
4 Aplicação cumulativa

Art. 79
1 Condições judiciais
2 Natureza e conteúdo das condições
3 Fiscalização do cumprimento das condições
Art. 80
Art. 81 — Revogação obrigatória
§ 1º — Revogação facultativa
§§ 2º e 3º — Prorrogação do período de prova
1 Causas de revogação obrigatória
1.1 Efeito contraditório de condenação
1.2 Nova condenação durante a fase recursal
1.3 A condenação à pena pecuniária
1.4 Nova condenação no estrangeiro
2 Revogação facultativa (§ 1º)
2.1 Alternativa à prorrogação facultativa
2.2 Causas de revogação facultativa
2.3 Como unificar *Sursis* com nova condenação
3 O período de prova
3.1 Limites do período de prova
3.2 Prorrogação facultativa
3.3 Prorrogação obrigatória e automática
3.4 Efeitos da prorrogação automática
3.5 Nova condenação com prazo prorrogado
Art. 82 — Cumprimento das condições
1 Extinção da pena privativa de liberdade
2 Descoberta tardia de causas impeditivas do *Sursis*
3 Ônus da recusa do *Sursis*
4 Início do cumprimento do *Sursis*
5 Audiência admonitória

Capítulo V - Do livramento condicional
Art. 83 — Requisitos do livramento condicional
1 Livramento condicional
1.1 Condições do livramento condicional
1.2 Natureza jurídica
1.3 Duração do livramento condicional
1.4 Cabimento do livramento condicional
1.5 Elenco de alternativas à prisão
2 Requisitos necessários
2.1 Requisitos objetivos
2.1.1 Questões diversas
2.2 Requisitos subjetivos
2.3 Requisito específico
2.3.1 Possibilidade de exame pericial
2.3.2 Intolerável restrição à prova
Art. 84 — Soma de penas
1 Soma de penas
Art. 85 — Especificações das condições
1 Condições do livramento condicional
1.1 Condições de imposição obrigatória
1.2 Condições de imposição facultativa
1.3 Possibilidade de modificação da condições
1.4 Necessidade de aceitação das condições impostas
Art. 86 — Revogação do livramento
1 Causas de revogação do livramento condicional
1.1 Causas de revogação obrigatória
Art. 87 — Revogação facultativa
1 Causas de revogação facultativa
1.1 Questões diversas
2 Suspensão do livramento condicional

2.1 Novo crime e extinção do período de prova
2.2 Condição judicial de não delinquir
Art. 88 — Efeitos da revogação
1 Efeitos de nova condenação
1.1 Fundamento político da revogação
Arts. 89 e 90 — Extinção
1 Prorrogação do livramento e extinção da pena
2 Prorrogação do período de prova
3 Crime anterior e extinção do livramento
4 Não prorrogação das condições
5 Marco da extinção da pena
Capítulo VI - Dos efeitos da condenação
Art. 91 — Efeitos genéricos e específicos
1 Efeitos gerais
2 Finalidade dos efeitos da condenação
3 Efeitos genéricos
4 Independência das jurisdições
5 Transmite-se até os limites da herança
6 Limites subjetivos da coisa julgada
6.1 Legitimidade do Ministério Público
7 Extinção da punibilidade e reparação do dano
7.1 Prescrição da pretensão punitiva
7.2 Absolvição criminal e ação reparatória
8 Confisco e contravenção penal
8.1 Confisco de objetos lícitos
8.2 Finalidade do confisco
8.3 Confisco, prescrição e *Sursis*
8.4 Confisco: lesado e terceiro de boa-fé
Art. 92

1 Efeitos específicos
1.1 Crime contra a Administração Pública (I, *a*)
1.1.1 Requisitos necessários (I, *a*)
1.1.2 Correlação entre crime e atividade exercida
1.1.3 Reabilitação e reintegração na situação anterior
1.1.4 Crimes comuns: condenação superior a quatro anos
1.1.5 Irretroatividade da nova previsão
1.2 Incapacidade para o exercício de pátrio poder, tutela ou curatela (II)
1.2.1 Incapacidade presumida
1.2.2 Requisitos necessários à inaptidão
1.2.3 Crimes contra a assistência familiar
1.2.4 Incapacidade e reabilitação
1.3 Inabilitação para dirigir veículo utilizado em crime doloso (III)
1.3.1 Penas acessórias em crimes falimentares
1.3.2 Efeitos da condenação nos crimes falimentares

Capítulo VII - Da reabilitação

Art. 93 — Reabilitação

1 Efeitos práticos do instituto
2 Definição doutrinária
3 Reiteração do pedido

Art. 94

1 Requisitos necessários
2 Reabilitação de reincidente
3 Domicílio no País: exigência de duvidosa constitucionalidade
4 Atualização monetária da reparação
5 Reparação do dano nos crimes de sedução
6 Crimes sem dano a reparar
7 Finalidades da reabilitação
8 Efeitos da reabilitação

8.1 Efeitos inócuos da reabilitação
9 Fontes do sigilo dos registros criminais
Art. 95
1 Revogação da reabilitação
1.1 Requisitos para a revogação
1.2 Consequências da revogação
2 Competência para conhecer do pedido
3 Recurso cabível

Título VI - DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Art. 96 — Espécies de medidas de segurança
1 Abandono do duplo binário
2 Fundamentos da pena e da medida de segurança
3 Sistema vicariante
4 Aplicação ao semi-imputável
5 Diferenças entre pena e medida de segurança
6 Princípio da legalidade
7 Aplicabilidade dos princípios limitadores do poder punitivo
8 Pressupostos para aplicação de medida de segurança
8.1 Prática de fato típico punível
8.2 Periculosidade do agente
8.2.1 Tipos de periculosidade
8.3 Ausência de imputabilidade plena
9 Imputabilidade e inimputabilidade
10 Espécies de medidas de segurança
11 Tratamento ambulatorial: possibilidade
12 Alternativas para o semi-imputável
13 Tipos de estabelecimentos
13.1 Locais de tratamento
14 Prescrição e extinção da punibilidade

14.1 Peculiaridades da prescrição nas medidas de segurança
14.2 Prescrição e semi-imputabilidade
15 Impossibilidade de aplicação direta de medida de segurança ao semi-imputável
16 Limite da medida de segurança
17 Prescrição e medidas de segurança
Art. 97 — Imposição da medida de segurança para inimputável
§ 1º — Prazo
§ 2º — Perícia médica
§§ 3º e 4º — Desinternação ou liberação condicional
1 Natureza da pena *versus* natureza da medida de segurança
2 Conversibilidade do tratamento ambulatorial em internação
3 Prazo de duração da medida de segurança
4 Execução, suspensão e extinção da medida de segurança
4.1 Término da medida de segurança
4.2 Persistência de periculosidade
4.3 Suspensão condicional da medida de segurança
Art. 98 — Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável
1 Substituição da pena por medida de segurança
1.1 Hipótese de substituição de pena por medida de segurança
1.2 Para semi-imputável, somente medida de segurança substitutiva
2 Superveniência de doença mental do condenado
3 Duração da medida de segurança substitutiva
4 Verificação da cessação da periculosidade
4.1 Repetição do exame *ex officio*
4.2 Exame requerido pelo Ministério Público
5 Contratação de médico particular
6 Assistente técnico na verificação da cessação de periculosidade
Art. 99 — Direitos do internado

Título VII - DA AÇÃO PENAL
Art. 100 — Ação pública e de iniciativa privada
1 Ação penal
2 Limitação do poder punitivo estatal
3 Espécies de ação penal
4 Ação penal pública
4.1 Ação pública incondicionada
4.2 Ação pública condicionada
5 Conflito de interesses públicos e particulares
6 Requisição do Ministro da Justiça: juízo político
7 Vigência do art. 141, I, do CP
8 Ação penal privada
8.1 Exclusivamente privada e subsidiária da pública
8.1.1 Decadência na ação privada subsidiária
8.2 Ação privada personalíssima
9 Ação penal na Lei n. 9.099/95
10 Sucessão do direito de queixa
Art. 101 — A ação penal no crime complexo
1 Crime complexo
1.1 Crime complexo nos crimes contra os costumes
1.2 Crime complexo e concurso de crimes
1.3 Violência presumida
Art. 102 — Irretratabilidade da representação
1 Representação criminal
1.1 Informalidade da representação
1.2 Irretratabilidade da representação
1.3 Retratação da retratação
2 Requisição do Ministro da Justiça
Art. 103 — Decadência do direito de queixa ou de representação

1 Decadência
1.1 Natureza do prazo decadencial
1.2 Lapso de duração do prazo decadencial
1.3 Prazo decadencial na Lei n. 9.099/95
1.4 Intimação da vítima: somente para fatos anteriores
2 Crimes contra a propriedade imaterial
3 Dupla titularidade do direito de ação
Art. 104 — Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa
1 Renúncia
1.1 Fase processual para a renúncia
1.2 Modalidades de renúncia
2 Perdão e perempção
3 Omissão da queixa e indivisibilidade da ação penal
4 Extensão da renúncia
5 A renúncia nos Juizados Especiais Criminais
5.1 Reparação do dano e renúncia
5.2 Ausência de conflito de normas
Art. 105 — Perdão do ofendido
1 Perdão do ofendido
2 Formalidade do perdão
Art. 106
1 Perdão expresso ou tácito
2 Limites do perdão
3 Vários querelantes
4 Bilateralidade do perdão
5 Incondicionalidade do perdão
6 Limites temporais do perdão e da renúncia
7 Perdão e a coisa julgada
8 Distinções entre perdão e renúncia

Título VIII - DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Art. 107 — Extinção da punibilidade

1 A punibilidade e sua extinção

2 Causas extintivas da punibilidade

3 Morte do agente (I)

3.1 Morte do agente e dano *ex delicto*

3.2 Falsa morte do agente

4 Anistia, graça e indulto (II)

4.1 Comutação de penas

4.2 Exclusão constitucional

4.3 Competência legislativa

5 *Abolitio criminis* (III)

6 Prescrição, decadência e perempção (IV)

7 Renúncia e perdão aceito (V)

8 Retratação do agente (VI)

9 Casamento do agente com a vítima (VII)

9.1 Casamento para evitar pena criminal (art. 1.520 do CC)

10 Casamento da vítima com terceiro (VIII)

11 Perdão judicial (IX)

11.1 Alguns casos especiais de perdão judicial

11.2 Natureza da sentença concessiva do perdão judicial

Art. 108

1 Alcance das causas extintivas de punibilidade

2 A incomunicabilidade nos crimes conexos

Art. 109 — Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Parágrafo único — Prescrição das penas restritivas de direito

1 Limitação do poder punitivo

2 Definição de prescrição

3 Retrocesso da Constituição “cidadã”

4 Natureza jurídica da prescrição
5 Natureza publicística da prescrição
6 *Ius puniendi* e *ius punitionis*
6.1 Distinção entre *ius puniendi* e *ius punitionis*
7 Prescrição da pretensão punitiva
7.1 Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva
7.2 Modalidades de prescrição da pretensão punitiva
7.2.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata
7.2.2 Parâmetro regulador da prescrição abstrata
7.2.3 Como encontrar o prazo prescricional abstrato

Art. 110 — Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

1 Três modalidades de prescrição
2 Prescrição da pretensão executória
2.1 Efeitos da prescrição da pretensão executória
2.2 Pressupostos da prescrição da pretensão executória
2.3 Como encontrar o prazo prescricional
3 Prescrição da pretensão punitiva retroativa
3.1 Marco da prescrição retroativa
3.2 Pressupostos da prescrição retroativa
3.3 Como encontrar o prazo prescricional
3.4 Prescrição retroativa hipotética
4 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou subsequente
4.1 Marco temporal da prescrição intercorrente
4.2 Pressupostos da prescrição intercorrente
4.3 Como encontrar o prazo prescricional
5 Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta
5.1 A prescritibilidade das infrações penais, com duas exceções
5.2 Oficializado o engavetamento de investigações preliminares

5.3 Ausência de parâmetros para a prescrição *in concreto*
5.4 Irrazoável demora do processo: fere a dignidade da pessoa humana
6 Supressão de parcela do lapso prescricional e violação do princípio da proporcionalidade
6.1 A culpabildiade é a medida da pena e esta a medida da prescrição
6.2 Evolução e abrangência do princípio da proporcionalidade
6.3 Abrangência do princípio da proporcionalidade: os três Poderes
6.4 Excessos do Parlamento: controle jurisdicional de constitucionalidade
7 Violação da garantia constitucional da duração razoável do processo
7.1 Efeitos criminógenos do processo e a dignidade humana
7.2 Lapso prescricional como marco do prazo razoável: arts. 109 e 110
7.3 A multiplicação dos prazos prescricionais: causas interruptivas
7.4 Carta branca às autoridades repressoras: violação do prazo razoável
7.5 A Lei n. 12.234/2010 viola o princípio da duração razoável do processo
7.6 Inconstitucionalidade da supressão de parcela do lapso prescricional
Art. 111 — Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final
1 Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva
1.1 Teoria da ação e teoria do resultado
Art. 112 — Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível
1 Termo inicial da prescrição da pretensão executória
1.1 Pressuposto básico da prescrição executória
Art. 113 — Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional
Art. 114 — Prescrição da multa
1 Prescrição da multa disciplinada pela Lei n. 7.209/84
2 Prescrição da multa disciplinada pela Lei n. 9.268/96
2.1 Trouxe uma novidade
2.2 Prescrição bienal

2.3 Causas interruptivas e suspensivas da prescrição da pena de multa
2.4 Irretroatividade
Art. 115 — Redução dos prazos de prescrição
1 Menoridade e velhice
2 Menor emancipado
3 Incomunicabilidade das causas redutoras do art. 115
Art. 116 — Causas impeditivas da prescrição
1 Causas modificadoras do curso prescricional
2 Suspensão do prazo prescricional
2.1 Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva
2.1.1 Imunidade parlamentar — prescrição
2.2 Causa suspensiva da prescrição da pretensão executória
2.3 Novas causas suspensivas da prescrição
3 Suspensão condicional do processo
3.1 Fundamento político da previsão do art. 89, § 6º, da Lei n. 9.099/95
4 Citação por edital, sem comparecimento ou constituição de defensor
4.1 Requisitos necessários
4.2 Defensor constituído na fase policial
4.3 Recomeço do curso prescricional
4.4 Suspensão automática e irretroatividade
4.5 Suspensão da prescrição sem suspensão do processo
4.6 Retroatividade parcial ou *tempus regit actum*
4.7 Suspensão da prescrição nos termos do art. 366 do CPP: acerto da Súmula 415 do STJ
4.7.1 Limite temporal do prazo da suspensão da prescrição
4.7.2 Orientação do STF: viola a "duração razoável do processo"
5 Citação mediante rogatória
5.1 Citação por edital: no estrangeiro
Art. 117 — Causas interruptivas da prescrição
1 Interrupção do prazo prescricional

2 Causas interruptivas da prescrição
3 Prescrição em crimes conexos
4 Causas interruptivas no Tribunal do Júri
5 Nova redação do art. 117: Lei n. 9.268/96
5.1 Obrigatoriedade da nova redação
Art. 118
Art. 119
Art. 120 — Perdão judicial

PARTE ESPECIAL

Título I - DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

Capítulo I - Dos crimes contra a vida
Art. 121 — Homicídio simples
§ 1º — Caso de diminuição de pena
§ 2º — Homicídio qualificado
§ 3º — Homicídio culposo
§§ 4º e 5º — Aumento de pena
1 Homicídio simples
2 Homicídio privilegiado
3 Homicídio qualificado
4 Homicídio culposo
4.1 Homicídio culposo no trânsito
4.2 Constitucionalidade de maior reprovação
5 Majorantes do homicídio
5.1 No homicídio culposo (§ 4º, 1ª parte)
5.2 No homicídio doloso (§ 4º, 2ª parte)
5.3 Proteção do idoso: maior de sessenta anos
5.4 Isenção de pena ou perdão judicial

6 Questões especiais
Art. 122 — Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio
Parágrafo único, I e II — Aumento de pena
Art. 123 — Infanticídio
Art. 124 — Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
Arts. 125 e 126 — Aborto provocado por terceiro
Arts. 127 e 128 — Forma qualificada
I — Aborto necessário
II — Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
1 Figuras típicas de aborto
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
3.3 Dupla subjetividade passiva
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Espécies de aborto criminoso
5.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
5.2 Aborto provocado sem consentimento da gestante
5.3 Aborto provocado com consentimento da gestante
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
7.1 Consumação
7.2 Tentativa de aborto
7.3 Tentativa de autoaborto
8 Classificação doutrinária
9 Figuras “qualificadas” de aborto
10 Excludentes especiais da ilicitude
10.1 Aborto necessário e aborto humanitário
10.2 Aborto necessário ou terapêutico

10.3 Aborto humanitário ou ético
10.4 Extensão da excludente: violência ficta
10.5 Aborto necessário ou humanitário praticados por enfermeira
11 Ação penal e sanção penal
11.1 Ação penal
11.2 Sanção penal
12 Questões especiais
Capítulo II - Das lesões corporais
Art. 129 — Lesão corporal
§§ 1º e 2º — Lesão corporal de natureza grave
§ 3º — Lesão corporal seguida de morte
§ 4º — Diminuição de pena
§ 5º — Substituição da pena
§ 6º — Lesão corporal culposa
§§ 7º e 8º — Aumento de pena
§§ 9º, 10 e 11 — Violência doméstica
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Lesão corporal leve ou simples
8 Lesão corporal grave
8.1 Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias
8.2 Perigo de vida
8.3 Debilidade permanente de membro, sentido ou função

8.4 Aceleração de parto
9 Lesão gravíssima (§ 2º)
9.1 Incapacidade permanente para o trabalho
9.2 Enfermidade incurável
9.3 Perda ou inutilização de membro, sentido ou função
9.4 Deformidade permanente
9.5 Aborto
10 Lesão seguida de morte (§ 3º)
11 Lesões majoradas
12 Figuras privilegiadas
13 Formas privilegiadas (§§ 4º e 5º)
13.1 Diminuição de pena (§ 4º)
13.2 Substituição de pena (§ 5º)
14 Lesão corporal culposa
15 Isenção de pena ou perdão judicial
15.1 Natureza jurídica do perdão judicial
16 Concurso de crimes
17 Majorantes da lesão corporal (§ 7º)
18 Violência doméstica (§ 9º): adequação típica
18.1 Fundamentos político-sociais da neo-criminalização
18.2 Equivocada manutenção da natureza da ação penal
18.3 Violência doméstica: gravidade da ofensa
18.4 Violência doméstica: bem jurídico tutelado
18.5 Violência doméstica: impropriedade técnica
18.6 Lesão corporal e “vias de fato”: distinção
18.7 Violência doméstica: deficiência e insuficiência da tipificação
18.8 Relativa importância do local da violência doméstica
18.9 Prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação etc.
18.10 Violência doméstica e relação empregatícia
18.11 Violência e lesão corporal: distinção

18.12 Contra pessoa portadora de deficiecia
18.13 Natureza da ação penal no crime de “violência doméstica”
19 Causa de aumento de pena (§ 10)
19.1 Pessoa portadora de deficiência: majoração de pena
20 Pena e ação penal
21 Questões especiais
Capítulo III - Da periclitação da vida e da saúde
Art. 130 — Perigo de contágio venéreo
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Tipo penal aberto e norma penal em branco
4 Tipo subjetivo: adequação típica
4.1 Espécies de dolo: direto e eventual
4.2 Dolo eventual — “deve saber” que está contaminado
5 Qualificadora e elemento subjetivo especial do tipo
6 Consumação e tentativa
7 Crime impossível
8 Classificação doutrinária
9 Formas qualificadas
10 Pena e ação penal
10.1 Pena
10.2 Ação penal
11 Questões especiais
Art. 131 — Perigo de contágio de moléstia grave
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
4.1 Dolo geral — elemento subjetivo geral
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
7.1 Lesão corporal gravíssima
7.2 Morte da vítima: preterdolo
7.3 Elemento subjetivo e resultado
7.4 Concurso formal: contágio e epidemia
7.5 Desclassificação: dificuldade
8 Pena e ação penal
Art. 132 — Perigo para a vida ou saúde de outrem
1 Crime subsidiário
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Vida e saúde: crime de perigo
3 Sujeitos do crime
3.1 Requisitos especiais: ausência
3.2 Inexistência de relação jurídica
3.3 Dever de enfrentar o perigo: atividades especiais
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Perigo futuro e incerto
4.2 Perigo intolerável
4.3 Desnecessidade de dano
4.4 Concurso de crimes: possibilidade
4.5 Concurso com outros crimes: possibilidade
4.6 Consentimento da vítima: irrelevância
4.7 Perigo para a vida ou para a saúde

4.8 Vida ou saúde: dosimetria penal
4.9 Crimes de abandono e maus-tratos
4.10 Perigo de vida e crimes de perigo comum
4.11 Subsidiariedade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo: não inclui dolo de dano
5.2 Dolo de dano: crime de dano
5.3 Dolo eventual: admissibilidade
6 Exclusão do crime
6.1 Atividades perigosas: limites
6.2 Dever e poder agir
7 Consumação e tentativa
7.1 Consumação
7.2 Tentativa: admissibilidade
8 Classificação doutrinária
9 Forma culposa
10 Lesão corporal seguida de morte
11 Figura majorada
11.1 Transporte de pessoas para estabelecimentos
11.2 Estabelecimento de qualquer natureza
11.3 Transportes com outra destinação
12 Pena e ação penal
12.1 Pena
12.2 Ação penal
13 Questões especiais
Art. 133, §§ 1º e 2º — Abandono de incapaz
§ 3º — Aumento de pena
1 Abandono: de incapaz e de recém-nascido
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Irrelevância do consentimento do ofendido

3 Sujeitos do crime
  3.1 Sujeito ativo
  3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
  4.1 Cuidado, guarda, vigilância e autoridade
  4.2 Abandono do dever e abandono da pessoa
  4.3 Abandono temporário
  4.4 Incapazes de fato
  4.5 Dever de assistência: pressuposto fático
  4.6 Fontes da relação de dever
  4.7 Elementares do crime de abandono
5 Tipo subjetivo: adequação típica
  5.1 Dolo de dano e dolo de perigo
  5.2 Especial fim de agir: inexistência
6 Consumação e tentativa
  6.1 Consumação
  6.2 Tentativa: admissível
  6.3 Desistência voluntária e arrependimento eficaz
7 Classificação doutrinária
8 Formas qualificadas
  8.1 Majoração de pena
  8.2 Causa de aumento assegurada pelo Estatuto do Idoso
9 Forma culposa
10 Pena e ação penal
  10.1 Pena cominada
  10.2 Ação penal
11 Questões especiais
Art. 134 — Exposição ou abandono de recém-nascido
1 Bem jurídico tutelado
  1.1 Periclitação da vida e da saúde

2 Sujeitos do crime
  2.1 Sujeito ativo
  2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
  5.1 Consumação
  5.2 Tentativa: admissibilidade
6 Classificação doutrinária
7 Formas qualificadas
8 Forma culposa
9 Pena e ação penal
  9.1 Pena cominada
  9.2 Ação penal
10 Questões especiais

Art. 135 — Omissão de socorro

1 Crime omissivo: definição
2 Bem jurídico tutelado
  2.1 Fonte: dever geral
3 Sujeitos do crime
  3.1 Sujeito ativo
  3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
  4.1 Deixar de prestar assistência
  4.2 Não pedir socorro à autoridade pública
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Concurso de pessoas nos crimes omissivos
7 Consumação e tentativa
8 Classificação doutrinária
9 Formas qualificadas

10 Figuras majoradas
10.1 Relação de causalidade
11 Forma culposa
12 Pena e ação penal
13 Questões especiais
Art. 136 — Maus-tratos
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Formas qualificadas
8 Figura majorada: menor de quatorze anos
9 Forma culposa
10 Pena e ação penal
10.1 Penas cominadas
10.2 Ação penal
11 Questões especiais
Capítulo IV - Da rixa
Art. 137 — Rixa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo

3 Participantes da rixa
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Figuras qualificadas
9 Forma culposa
10 Pena e ação penal
10.1 Pena cominada
10.2 Natureza da ação penal
11 Questões especiais

Capítulo V - Dos crimes contra a honra

Art. 138, §§ 1º e 2º — Calúnia

§ 3º — Exceção da verdade

1 Bem jurídico tutelado
1.1 Consentimento do ofendido como excludente de tipicidade
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Imputar, falsamente, fato definido como crime
3.2 Propalação da calúnia
4 Elemento normativo do tipo: falsamente
5 Calúnia contra os mortos
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
7.1 Consumação
7.2 Tentativa punível
8 Classificação doutrinária

9 Exceção da verdade
10 Consequência da *exceptio veritatis*
11 Exceção da verdade e foro privilegiado: competência
12 Imputação verdadeira de fato criminoso: exceção proibida
13 Consequências da proibição da exceção da verdade
14 Calúnia e denunciação caluniosa
15 Crime de calúnia e exercício da advocacia: incompatibilidade
16 Retratação
17 Pena e ação penal
  17.1 Pena cominada
  17.2 Natureza da ação penal
18 Questões especiais
Art. 139 — Difamação
Parágrafo único — Exceção da verdade
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
  2.1 Sujeito ativo
  2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
  5.1 Consumação
  5.2 Tentativa: admissibilidade
6 Classificação doutrinária
7 Figuras majoradas
8 Forma culposa
9 Retratação
10 Exceção da verdade: impossibilidade, em tese
11 Exceção da notoriedade
12 Pena e ação penal

12.1 Pena cominada
12.2 Natureza da ação penal
13 Questões especiais

Art. 140 — Injúria

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa: admissibilidade restrita
6 Classificação doutrinária
7 Exceção da verdade: inadmissibilidade
8 Perdão judicial: definição
9 Provocação reprovável e retorsão imediata
9.1 Provocação reprovável e provocação justa
9.2 Retorsão imediata: presença dos protagonistas
10 Compensação de injúrias
11 Injúria real (qualificada)
12 Violência e lesões corporais: distinção
13 Injúria preconceituosa (qualificada)
13.1 Condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência
14 Dolo e elemento subjetivo especial do tipo
15 Pena e ação penal
15.1 Pena cominada
15.2 Natureza da ação penal
16 Pena e ação penal da injúria por preconceito
16.1 Pena cominada
16.2 Natureza da ação penal: iniciativa privada
17 Questões especiais

Art. 141 — Disposições comuns
Art. 142 — Exclusão do crime
Arts. 143 a 145 — Retratação
1 Formas majoradas dos crimes contra a honra
2 Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro
3 Contra funcionário público, em razão de suas funções
4 Na presença de várias pessoas
5 Meio que facilita a divulgação da ofensa
6 Condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência
7 Mediante paga ou promessa de recompensa
8 Consentimento do ofendido: afasta a tipicidade
9 Renúncia e perdão: excluem a punibilidade
10 Causas especiais de exclusão de crimes
10.1 Natureza jurídica das excludentes especiais
10.2 Nossa posição: exclusão de crime
10.3 Natureza constitutiva da previsão do art. 142
10.4 Excludentes especiais e elemento subjetivo
10.5 Consciência e vontade de agir corretamente
11 Espécies de excludentes especiais
11.1 Ofensa irrogada em juízo (I) — imunidade judiciária
11.2 Crítica literária, artística ou científica (II)
11.3 Conceito desfavorável emitido por funcionário público (III)
12 Exclusão do crime de calúnia
13 Retratação: definição
13.1 Falsa perícia e falso testemunho
13.2 Efeitos da retratação
13.3 Forma, conteúdo e momento processual da retratação
14 Retratação nos crimes de ação pública condicionada: possibilidade
15 Pedido de explicações em juízo: interpelação judicial
16 Ação penal nos crimes contra a honra

16.1 Fase preliminar da ação penal
16.2 Início da ação penal
16.3 Regra geral: ação de exclusiva iniciativa privada
16.4 Primeira exceção: pública condicionada
16.5 Segunda exceção: pública incondicionada
16.6 Influência do art. 88 da Lei n. 9.099/95

Capítulo VI - Dos crimes contra a liberdade individual
Seção I - *Dos crimes contra a liberdade pessoal*

Art. 146 — Constrangimento ilegal
§§ 1º a 3º — Aumento de pena

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Formas ou meios de execução
3.2 Crime de constrangimento ilegal e crime de tortura
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
5.3 Desistência voluntária e arrependimento eficaz
6 Concurso com crimes praticados com violência
7 Classificação doutrinária
8 Formas majoradas (§ 1º)
8.1 Reunião de mais de três pessoas
8.2 Emprego de armas
9 Natureza subsidiária
10 Exclusão de tipicidade

11 Pena e ação penal
11.1 Penas cominadas
11.2 Natureza da ação penal
12 Questões especiais
Art. 147 — Ameaça
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa: dificuldade
6 Classificação doutrinária
7 Natureza subsidiária da ameaça
8 Pena e ação penal
8.1 Cominada
8.2 Natureza da ação penal
Art. 148 — Sequestro e cárcere privado
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa: admissibilidade
6 Classificação doutrinária

6.1 Cárcere privado no interior da prisão: possibilidade
7 Formas qualificadas
7.1 Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente
7.2. Se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital (§ 1º, II)
7.3 Se a privação da liberdade dura mais de quinze dias (§ 1º, III)
7.4 Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral (§ 2º)
7.5 Vítima menor de dezoito anos
7.6 Se a finalidade for libidinosa
8 Concurso entre os crimes de sequestro e de roubo
8.1 Majorante especial
8.2 Concurso material: roubo e sequestro
8.3 Ausência de *bis in idem*: fatos e subjetividades distintas
9 Pena e ação penal
9.1 Penas cominadas
9.2 Natureza da ação penal
10 Questões especiais
Art. 149 — Redução a condição análoga à de escravo
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação
6 Tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Redução a condição análoga à de escravo e crimes afins

9 Pena e ação penal
9.1 Pena cominada
9.2 Natureza da ação penal
10 Inovações da Lei n. 10.803/2003
10.1 Limitações consagradas (mesmo não desejadas)
10.2 Como evitar o equívoco legislativo
10.3 Sujeito passivo especial da novel figura
Seção II - *Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio*
Art. 150 — Violação de domicílio
1 Bem jurídico tutelado
1.1 Definição jurídico-penal de domicílio
1.2 Definição jurídico-penal de “casa”
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Formas de entrada ou permanência: francas, astuciosas ou clandestinas
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Formas qualificadas: tipos derivados
7.1 Durante a noite
7.2 Lugar ermo
7.3 Emprego de violência
7.4 Emprego de arma
7.5 Duas ou mais pessoas
8 Formas majoradas: causas de aumento
9 Causas de exclusão da antijuridicidade

10 Pena e ação penal
10.1 Pena cominada
10.2 Natureza da ação penal
Seção III - *Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência*
Art. 151 — Violação de correspondência
§ 1º, I — Sonegação ou destruição de correspondência
II a IV e §§ 2º a 4º — Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Violação de correspondência
3.2. Elemento normativo do tipo: indevidamente. Inconstitucionalidade das “exceções legais”
3.3 Apossamento de correspondência
4 Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica
5 Interceptação de comunicação telefônica: exceção constitucional
6 Impedimento de comunicação ou conversação
7 Instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico
7.1 Instalar e utilizar ilegalmente
7.2 Elemento normativo: sem a devida licença
8 Tipo subjetivo: adequação típica
9 Consumação e tentativa
9.1 Consumação
9.2 Tentativa
10 Classificação doutrinária
11 Cônjuge do destinatário: ilegitimidade da devassa
12 Formas majoradas e qualificadas

12.1 Majorante especial
12.2 Qualificadora: abuso de função
13 Subsidiariedade: fim em si mesmo
14 Exclusão da ilicitude: abrangência
15 Pena e ação penal
15.1 Pena cominada
15.2 Natureza da ação penal
16 Questões especiais
Art. 152 — Correspondência comercial
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Pena e ação penal
8.1 Pena cominada
8.2 Natureza da ação penal
9 Questões especiais
Seção IV - *Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos*
Art. 153 — Divulgação de segredo
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo

3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Documento particular ou correspondência confidencial
4.2 Elemento normativo do tipo: sem justa causa
4.3 Natureza do segredo tutelado: tipo aberto
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Divulgação de informações sigilosas ou reservadas
8.1 Bem jurídico protegido
8.2 Informações sigilosas ou reservadas: definidas em lei
9 Pena e ação penal
9.1 Pena cominada
9.2 Natureza da ação penal
10 Questões especiais
Art. 154 — Violação do segredo profissional
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Elemento normativo da descrição típica: sem justa causa
8 Classificação doutrinária

9 Pena e ação penal
9.1 Pena cominada
9.2 Natureza da ação penal
10 Questões especiais

Título II - DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Capítulo I - Do furto

Art. 155, §§ 1º a 3º — Furto

§§ 4º e 5º — Furto qualificado

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Não podem ser objeto de furto
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Objeto material do crime de furto
4.2 Elemento normativo: coisa “alheia”
4.3 Proprietário que subtrai coisa da qual não tem a posse: atipicidade
4.4 Lesão patrimonial: bem economicamente apreciável
4.5 Irrelevância da motivação do crime de furto
4.6 Coisa perdida, abandonada e coisa comum
5 Natureza e efeito do consentimento da vítima no crime de furto
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
7.1 Consumação
7.2 Tentativa
7.2.1 Questões controvertidas
7.3 Furtos em supermercados: tentativa ou crime impossível
8 Furto durante o repouso noturno
8.1 Lugar habitado e com pessoas repousando
8.2 Lugar desabitado e ausência dos moradores

8.3 Inaplicabilidade à hipótese de furto qualificado
9 Furto de pequeno valor: aplica-se ao furto qualificado
9.1 Primariedade: reincidentes e não reincidentes
9.2 Coisa de pequeno valor
9.3 Aplicabilidade das privilegiadoras no furto qualificado
9.4 Pequeno valor e pequeno prejuízo: distinção
10 Furto qualificado: tipo derivado
10.1 Com destruição ou rompimento de obstáculo (I)
10.1.1 O tempo da prática da violência
10.2 Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza (II)
10.2.1 (In)comunicabilidade do abuso de confiança
10.2.2 Abuso de confiança e apropriação indébita
10.2.3 Furto mediante fraude
10.2.4 Furto mediante escalada
10.2.5 Furto praticado com destreza
10.3 Com emprego de chave falsa (III)
10.3.1 *Modus operandi* e simples posse de chave falsa
10.4 Mediante concurso de duas ou mais pessoas (IV)
11 *Concursus delinquentium* e concurso de duas ou mais pessoas
11.1 Teoria monística temperada pelo conceito restritivo de autor
11.2 O ajuste e a determinação são, em tese, impuníveis
11.3 Coautoria e participação em sentido estrito
11.3.1 Participação em sentido estrito
11.3.2 Causalidade física e psíquica: elemento objetivo-subjetivo
11.4 Participação impunível: impede a configuração da qualificadora
11.5 Autoria colateral: atipicidade da qualificadora do concurso de pessoas
12 Autoria mediata: impossibilidade da qualificadora de concurso de pessoas
13 Comunicabilidade ou incomunicabilidade da qualificadora: desvio

subjetivo de condutas
14 Punibilidade desproporcional da qualificadora do concurso de pessoas
15 Furto de veículo automotor: qualificadora especial
15.1 Dois momentos consumativos distintos
15.2 Furto de veículo automotor para uso e de componentes de veículo: atipicidade
15.3 Furto de uso: intenção de restituir
15.3.1 Restituição *in integro* do objeto furtado para uso
15.4 Subtração de veículo para fuga de perseguição policial
16 Furto de energia: equiparação a coisa móvel
16.1 Uso indevido de energia: furto ou estelionato
16.2 Equiparação aberta: qualquer energia que tenha valor econômico
16.3 Natureza da subtração de energia: permanente ou instantânea
16.4 Furto de energia e furto de sinal de TV a cabo
17 Pena e ação penal
Art. 156 — Furto de coisa comum
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Sócio que furta da própria sociedade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação de furto de coisa comum
6.2 Tentativa de furto de coisa comum
7 Causa especial de exclusão da antijuridicidade
8 Pena e ação penal
Capítulo II - Do roubo e da extorsão
Art. 157 — Roubo
1 Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Irrelevância de motivação distinta da finalidade de apossamento da *res*
5 *Modus operandi*: mediante violência ou grave ameaça ou qualquer outro meio
5.1 Violência física (*vis corporalis*)
5.2 Grave ameaça (*vis compulsiva*)
5.2.1 Idoneidade da grave ameaça
5.2.2 Simulação de arma e arma de brinquedo
5.3 Qualquer outro meio de redução da resistência
5.3.1 A individualização de outros meios na legislação estrangeira
5.4 Violência ou grave ameaça para fugir sem a coisa
5.4.1 Violência para assegurar a fuga não tipifica crime de roubo
6 Espécies de roubo: próprio e impróprio
6.1 Roubo próprio
6.2 Roubo impróprio
6.2.1 A tipificação do roubo impróprio não admite a hipótese de "qualquer outro meio"
6.2.2 Limites temporais do roubo impróprio
6.2.3 Marcos temporais delimitadores do roubo impróprio
6.3 Roubo próprio e impróprio: distinção
7 Objeto material do crime de roubo
8 Tipo subjetivo: adequação típica
8.1 Duplicidade de elementos subjetivos especiais
9 Roubo majorado ("qualificado", § 2º)
9.1 Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma (I)
9.1.1 Inidoneidade lesiva de arma de brinquedo ou descarregada
9.1.2 O emprego de arma de brinquedo e a velha doutrina clássica
9.1.3 O emprego de arma de brinquedo e a Súmula 174 do STJ

9.2 Se há concurso de duas ou mais pessoas (II)
9.3 Em serviço de transporte de valores e o agente conhece essa circunstância (III)
9.4 Roubo de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (IV)
9.5 Roubo de veículo automotor com sequestro da vítima (V)
9.5.1 Sequestro cometido como meio de execução do roubo ou contra ação policial
9.5.2 Sequestro relâmpago = extorsão mediante sequestro
9.6 Elevação da pena mínima no roubo qualificado
10 Eventual presença de duas causas de aumento
11 Consumação e tentativa
11.1 Consumação do crime de roubo
11.1.1 Crime complexo: consuma-se com a realização das infrações que o integram
11.2 Tentativa do crime de roubo
12 Roubo qualificado pelo resultado: lesão grave ou morte
12.1 Afastamento da responsabilidade objetiva nos resultados agravadores
12.2 Latrocínio: crime hediondo
12.3 Pela lesão corporal grave
12.4 Pelo resultado morte: latrocínio
12.5 Erro crasso do legislador: equiparação de dolo e culpa
12.6 Resultado morte decorrente de grave ameaça: não tipifica latrocínio
12.7 Morte de comparsa: inocorrência de latrocínio
13 Tentativa de latrocínio: pluralidade de alternativas
14 Latrocínio com pluralidade de vítimas
15 Concurso do crime de roubo com o de quadrilha
16 Pena, ação penal e competência
16.1 Inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos
16.2 Eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc*

16.3 Nova disciplina da progressão de regimes nos crimes hediondos

Art. 158 — Extorsão

1 Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeitos ativo e passivo

4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Meios e formas de execução da extorsão: violência física e grave ameaça

4.2 A extorsão mediante grave ameaça e o crime de ameaça do art. 147

4.3 Obtenção de indevida vantagem econômica

4.4 Ato juridicamente nulo e a tipificação da extorsão

5 Tipo subjetivo: adequação típica

6 Extorsão majorada: coautoria e emprego de armas

6.1 Se a extorsão é cometida por duas ou mais pessoas

6.2 Com emprego de arma

7 Omissão da Lei n. 9.426/96: majorantes relativas a veículo automotor

8 Extorsão qualificada: lesão grave ou morte

9 Roubo e extorsão: semelhanças e dessemelhanças

9.1 Roubo e extorsão: são crimes da mesma espécie

9.2 Roubo e extorsão: constrangimento mediante violência ou grave ameaça

10 Crimes de extorsão e de constrangimento ilegal: conflito aparente de normas

A inconstitucionalidade da nova tipificação do crime de “sequestro-relâmpago”

11 Extorsão mediante restrição de liberdade

11.1 Nova tipificação: extorsão especial

11.2 Extorsão mediante restrição da liberdade

11.3 Interpretação conglobada: *caput* e § 3º

11.4 Elementar típica: restrição da liberdade

11.5 Indispensabilidade da restrição da liberdade

11.6 Excepcionalmente pode retroagir
12 “Sequestro-relâmpago” qualificado pelo resultado
12.1 Não caracteriza crime hediondo: não há previsão legal
13 A gravidade da semelhança entre roubo e extorsão especial
13.1 Roubo e extorsão: faculdade de escolha
13.2 (Ir)relevância de eventual ato da vítima
14 Equivocada exasperação punitiva
14.1 A desproporcional cominação de penas entre roubo e extorsão especial
15 Violação da proporcionalidade e inconstitucionalidade
15.1 Abrangência do princípio da proporcionalidade
15.2 Controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário
15.3 Equilíbrio da proporcionalidade em matéria penal
16 Consumação e tentativa
16.1 Consumação
16.2 Tentativa
17 Pena e ação penal
Art. 159 — Extorsão mediante sequestro
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Finalidade do sequestro: obter qualquer vantagem como condição ou preço
4.2 (Ir)relevância da natureza ou espécie da vantagem visada
4.2.1 Abrangência da elementar normativa: qualquer vantagem
4.2.2 Natureza pluriofensiva da extorsão mediante sequestro
4.3 Vantagem devida: seria outra tipificação
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Extorsão qualificada: *modus operandi*

6.1 Duração do sequestro: superior a vinte e quatro horas
6.2 A idade da vítima: menor de dezoito anos ou maior de sessenta
6.3 Cometido por bando ou quadrilha
7 Extorsão mediante sequestro qualificada pelo resultado: lesão grave ou morte
7.1 Se resulta lesão corporal de natureza grave
7.2 Se resulta a morte
7.3 Extorsão mediante sequestro como crime hediondo
8 Delação premiada: favor legal antiético
8.1 A condenável proliferação da denominada “delação premiada”
8.2 Premiação do traidor-delator: Estado imoral estimula a falta de ética e a imoralidade
8.3 *Modus operandi* da delação premiada: omissão legislativa imperdoável
8.4 A definição do quanto a reduzir: necessidade de critérios objetivos
9 Crime hediondo
10 Consumação e tentativa
11 Pena e ação penal
Art. 160 — Extorsão indireta
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 O fundamento ou a razão de ser da dívida inteiramente irrelevante
4.2 A existência da dívida ou sua legitimidade não exclui o crime
4.3 Documento confessando a prática de crime existente ou não
4.4 Recebimento de cheque sem fundos não caracteriza extorsão indireta
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Capítulo III - Da usurpação

Art. 161, § 1º — Alteração de limites
I — Usurpação de águas
II, §§ 2º e 3º — Esbulho possessório
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
3.1 A (im)possibilidade de o condômino ser sujeito ativo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Formas ou aspectos dos diferentes sinais divisórios
4.2 Atipicidade da conduta de acrescer outros sinais divisórios
4.3 Peculiaridades especiais do crime de usurpação
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial: para apropriar-se de coisa móvel alheia
5.1.1 Objeto do fim especial: somente imóvel por natureza
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Usurpação de águas (I)
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 O objeto material da proteção penal são as águas
4.2 Águas represadas e águas correntes
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Esbulho possessório (II)
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime

4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Violência à pessoa ou grave ameaça
4.2 Esbulho mediante concurso de mais de duas pessoas
4.3 Esbulho civil e esbulho penal
4.4 Esbulho de imóvel do SFH
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Usurpação em concurso com violência
8 Pena e ação penal
Art. 162 — Supressão ou alteração de marca em animais
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Somente em animais já marcados
4.2 Concurso com outros crimes
4.3 Elementares típico-normativas: “indevidamente” e “alheio”
4.4 Significado e limite das locuções “gado” ou “rebanho”
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Capítulo IV - Do dano
Art. 163 — Dano
Parágrafo único — Dano qualificado
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Natureza do dano: diminuição da utilidade da coisa

4.2 Melhoria da coisa alheia decorrente da ação do agente
4.3 Fazer desaparecer: lacuna na descrição típica
4.4 Desaparecimento e fazer desaparecer: significados distintos
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Especial fim de agir: pode configurar crime distinto
6 Dano qualificado
6.1 Concurso de qualificadoras e sua comunicabilidade
6.2 Com violência à pessoa ou grave ameaça
6.3 Equiparação de violência e grave ameaça: uma praxe do legislador de 1940
6.4 Graduação do mal ameaçado: dano ou perigo
6.5 Dano praticado com violência: concurso material de crimes ou cúmulo material de penas
6.6 Com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave
6.7 Contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista
6.8 Por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima
6.8.1 Por motivo egoístico
6.8.2 Com prejuízo considerável
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal
Art. 164 — Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Introduzir animais em propriedade alheia
4.2 Deixar animais em propriedade alheia
4.3 Sem consentimento de quem de direito
4.3.1 As possíveis funções dogmáticas do consentimento do ofendido

4.3.2 Função dogmática do consentimento na introdução ou abandono de animais em propriedade alheia
4.4 A ocorrência efetiva de prejuízo
4.5 Prejuízo: condição objetiva da punibilidade ou elementar típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Tentativa: entendimento ultrapassado da doutrina clássica
6.2 Aspectos caracterizadores da tentativa
6.3 Aporias do passado e falácia de autoridade
7 Questões especiais: abrangência da locução “animais”
8 Pena e ação penal
Art. 165 — Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico
1 Considerações especiais
Art. 166 — Alteração de local especialmente protegido
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 167 — Ação penal
Capítulo V - Da apropriação indébita
Art. 168 — Apropriação indébita
§ 1º — Aumento de pena
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeitos do crime
4 Pressuposto da apropriação indébita
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo transformador da natureza da posse
6 Tipo subjetivo: adequação típica
6.1 Inversão do título ou natureza da posse
6.2 Real sentido da locução dolo subsequente
7 Consumação e tentativa
7.1 A consumação
7.2 A tentativa
8 Formas majoradas de apropriação indébita
8.1 Coisa recebida em depósito necessário
8.1.1 Depósito necessário: legal ou miserável
8.1.2 Depósito originário de hospedagem
8.2 Qualidade pessoal do agente: tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial
8.3 Em razão de ofício, emprego ou profissão
9 Apropriação, furto e estelionato
10 Apropriação indébita e relação mandante-mandatário
10.1 Necessidade de prova cabal sobre o *animus* de inversão da natureza da posse
11 Pena e ação penal
12 Algumas questões especiais
Art. 168-A — Apropriação indébita previdenciária
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos ativo e passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Pressuposto: contribuições recolhidas
3.2 Prazo e forma legal ou convencional: norma penal em branco
4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Figuras do *caput* e do § 1º: distinção
6 Deixar de recolher no prazo legal (§ 1º, I)
6.1 Pressuposto: que tenha sido descontado de pagamento efetuado
6.2 Antiga figura do art. 95, “d”
7 Deixar de recolher contribuições devidas (§ 1º, II)
7.1 Despesas contábeis ou custos relativos a produtos e serviços
7.2 Pressuposto: que tenham integrado os custos
8 Deixar de pagar benefício devido (§ 1º, III)
8.1 Pressuposto: reembolso realizado
9 Consumação e tentativa
10 Causa extintiva da punibilidade
10.1 Início da ação fiscal (antes)
10.2 Requisitos para extinção da punibilidade
10.3 Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/95
11 Irretroatividade da lei nova (n. 9.983/2000)
12 Perdão judicial ou pena de multa
12.1 Valor de pouca monta: inocuidade
12.2 Princípio da insignificância: configurado
12.3 Requisitos necessários ao perdão judicial ou multa
13 Crimes praticados após a Lei n. 9.983/2000: efeitos práticos
14 Pena e ação penal
Art. 169 — Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza
I — Apropriação de tesouro
II — Apropriação de coisa achada
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Apropriação de tesouro

5.1 A definição de tesouro
6 Apropriação de coisa achada
6.1 Coisa perdida
6.1.1 O Código Civil impõe a obrigação de devolver coisa achada
6.2 Elemento temporal: quinze dias
7 Tipo subjetivo: adequação típica
8 Consumação e tentativa
9 Minorante do pequeno valor nos crimes de apropriação indébita
9.1 Pequeno valor: definição doutrinário-jurisprudencial
9.2 Pequeno valor da coisa alheia e pequeno prejuízo
10 Pena e ação penal
Art. 170
Capítulo VI - Do estelionato e outras fraudes
Art. 171, §§ 1º e 2º — Estelionato
I — Disposição de coisa alheia como própria
II — Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria
III — Defraudação de penhor
IV — Fraude na entrega de coisa
V — Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro
VI e § 3º — Fraude no pagamento por meio de cheque
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
3.1 Criança e débil mental: impossibilidade
4 Fraude civil e fraude penal: ontologicamente iguais
4.1 Atos maliciosos de comércio não se confundem com a burla fraudulenta
4.2 Critérios para distinguir fraude civil e fraude penal
4.3 Teorias explicativas da distinção entre fraude civil e penal
5 Tipo objetivo: adequação típica

5.1 Emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento
5.2 Induzimento ou manutenção da vítima em erro
5.3 Obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio: elemento normativo
5.4 À vantagem ilícita deve corresponder um prejuízo alheio
6 Vantagem ilícita: irrelevância da natureza econômica
6.1 Nosso entendimento: irrelevância da natureza da vantagem
6.2 O prejuízo alheio além de patrimonial deve ser concreto
6.3 A vantagem deve ser injusta, embora não precise ser econômica
7 Tipo subjetivo: adequação típica
7.1 Elemento subjetivo especial: obter vantagem ilícita
8 Consumação e tentativa
8.1 Consumação do estelionato
8.2 Tentativa de estelionato
9 Estelionato e falsidade
10 Estelionato privilegiado: minorante de aplicação obrigatória
11 Figuras especiais de estelionato
11.1 Disposição de coisa alheia como própria (I)
11.2 Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (II)
11.3 Defraudação de penhor (III)
11.4 Fraude na entrega de coisa (IV)
11.5 Fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro (V)
11.6 Fraude no pagamento por meio de cheque (VI)
11.6.1 Cheque pós-datado e cheque especial
11.6.2 Sujeitos ativo e passivo do crime
12 Majorante especial do crime de estelionato
13 Arrependimento posterior e as Súmulas 246 e 554
13.1 Reparação de danos e as Súmulas 246 e 554
14 Algumas questões especiais
15 Pena e ação penal
16 Transcrição das principais súmulas relativas ao estelionato

16.1 Súmulas do Supremo Tribunal Federal
16.2 Súmulas do Superior Tribunal de Justiça
Art. 172 — Duplicata simulada
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Falsificação ou adulteração do livro de registro de duplicatas
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 173 — Abuso de incapazes
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Necessidade, paixão ou inexperiência do menor
4.2 Ato suscetível de produzir efeito jurídico
4.3 Natureza do proveito ou vantagem
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Dolo eventual. Elemento subjetivo especial
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 174 — Induzimento à especulação
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa

7 Pena e ação penal
Art. 175 — Fraude no comércio
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 A possível revogação pelo Código de Defesa do Consumidor
4.2 Fraude no comércio de metais ou pedras preciosas (§ 1º)
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 176 — Outras fraudes
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 177 — Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Fraude na fundação de sociedade por ações: crime subsidiário
4.2 Conflito aparente de normas
4.3 Princípios da subsidiariedade e da especialidade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa

7 Fraude sobre as condições econômicas de sociedade por ações (§ 1º, I)
7.1 Bem jurídico tutelado
7.2 Sujeitos ativo e passivo
7.3 Tipo objetivo: adequação típica
7.4 Consumação e tentativa
8 Falsa cotação de ações ou título de sociedade (§ 1º, II)
8.1 Sujeitos ativo e passivo
8.2 Tipo objetivo: adequação típica
8.3 Consumação e tentativa
9 Empréstimo ou uso indevido de bens ou haveres (§ lº, III)
9.1 Sujeitos ativo e passivo
9.2 Tipo objetivo: adequação típica
9.3 Consumação e tentativa
10 Compra e venda de ações da sociedade (§ lº, IV)
10.1 Sujeitos ativo e passivo
10.2 Tipo objetivo: adequação típica
10.3 Consumação e tentativa
11 Caução de ações da sociedade (§ lº, V)
11.1 Sujeitos ativo e passivo
11.2 Tipo objetivo: adequação típica
11.3 Consumação e tentativa
12 Distribuição de lucros ou dividendos fictícios (§ 1º, VI)
12.1 Sujeitos ativo e passivo
12.2 Tipo objetivo: adequação típica
12.3 Consumação e tentativa
13 Aprovação fraudulenta de conta ou parecer (§ lº, VII)
13.1 Sujeitos ativo e passivo
13.2 Tipo objetivo: adequação típica
13.3 Consumação e tentativa
14 Crimes de liquidante (§ 1º, VIII)

15 Crimes do representante da sociedade estrangeira (§ lº, IX)
15.1 Sujeitos ativo e passivo
16 Crime de acionista: negociação de voto (§ 2º)
16.1 Sujeitos ativo e passivo
16.2 Tipo objetivo: adequação típica
17 Pena e ação penal
Art. 178 — Emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Conhecimento de depósito e *warrant*
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Elemento normativo: em desacordo com disposição legal
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal
Art. 179 — Fraude à execução
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Pressuposto do crime de fraude à execução
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Capítulo VII - Da receptação
Art. 180 — Receptação
§§ 1º a 6º — Receptação qualificada
1. Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado
2.1 O ser humano vivo não pode ser objeto de receptação
2.2 Os direitos, reais ou pessoais, não podem ser objeto de receptação
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica: receptação simples
4.1 Modalidades de receptação própria
4.2 Receptação imprópria: influência sob terceiro
4.2.1 Influência como atividade nuclear da conduta típica
4.2.2 Omissão do legislador de 1996
4.3 Um tipo misto: alternativo e, ao mesmo tempo, cumulativo
5 Novas figuras da Lei n. 9.426/96: receptação ou favorecimento
5.1 Distinção entre favorecimento e receptação
5.2 Receptação de receptação: possibilidade
6 Significado dogmático das elementares: “sabe” e “deve saber”
6.1 Síntese dos postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade
6.2 Sentido e função das elementares “sabe” e “deve saber” na definição do crime de receptação
6.3 Reelaboração de Welzel do conceito de consciência de ilicitude
6.4 “Sabe” e “deve saber” como simples elementares normativas do tipo penal
7 Consumação e tentativa
8 Receptação qualificada: tipo autônomo ou derivado
8.1 A qualificadora constitui tipo derivado
8.2 Adequação típica: receptação qualificada
8.2.1 Ter em depósito
8.2.2 Desmontar
8.2.3 Montar
8.2.4 Remontar
8.2.5 Vender ou expor à venda

8.2.6 Utilizar, de qualquer forma
9 Receptação simples, receptação qualificada e princípio da proporcionalidade
9.1 Criar, via interpretação, um terceiro tipo penal de receptação
9.2 Nosso entendimento divergente: não há inconstitucionalidade
9.3 Política de combate ao comércio clandestino de veículos
9.4 Outras características subjetivas que podem integrar os tipos penais
9.5 Elemento normativo da receptação qualificada: no exercício de atividade comercial ou industrial
10 Tipo subjetivo: adequação típica: dolo direto
10.1 Em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos
10.2 Elemento subjetivo especial do injusto: em proveito próprio ou alheio
11 Receptação culposa: metodologia diferenciada
11.1 Devem-se observar os postulados fundamentais do crime culposo
11.2 Indícios de natureza objetiva que exigem observação criteriosa
12 Autonomia da receptação: independência relativa
12.1 Crime acessório, como autonomia relativa
13 “Autor de crime”: a culpabilidade não é mero pressuposto da pena
13.1 Fundamento dessa política criminal do Código Penal de 1940
14 Perdão judicial (§ 5º, 1ª parte)
14.1 Direito público subjetivo de liberdade
15 Receptação privilegiada (§ 5º, 2ª parte)
15.1 Primariedade do acusado
15.2 Coisa de pequeno valor
16 Receptação majorada (§ 6º)
17 Pena e ação penal
Capítulo VIII - Disposições gerais
Art. 181
Art. 182
Art. 183

1 Considerações introdutórias
2 Repercussão do Estatuto do Idoso nos crimes patrimoniais
2.1 Ampliação das imunidades relativas aos crimes patrimoniais
3 Imunidade penal absoluta
3.1 As escusas absolutórias não excluem o crime: impedem a aplicação da pena
4 Imunidade relativa: condição de procedibilidade
4.1 Hipóteses de imunidades relativas
5 Exclusão de imunidade ou privilégio
5.1 Concurso eventual de estranhos: coautoria ou participação

Título III - DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

Capítulo I - Dos crimes contra a propriedade intelectual
Art. 184 — Violação de direito autoral
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Inovações da Lei n. 10.695/2003
5 Figuras qualificadas: majoração penal
5.1 Intuito de lucro é o fundamento da majoração penal
5.2 Combate à indústria do xerox
5.3 Elemento normativo do tipo: sem autorização
6 Repressão da *cyberpirataria*
7 Tipo subjetivo: adequação típica
8 Consumação e tentativa
9 Classificação doutrinária
10 Pena e ação penal
11 Algumas questões especiais

Art. 185 — Usurpação de nome ou pseudônimo alheio
1 Considerações especiais
Art. 186
1 Considerações introdutórias
2 Natureza da ação penal
3 Prazo decadencial: geral ou especial
4 Prova do direito de ação (art. 526 do CPP): pré-constituída
Capítulo II - Dos crimes contra o privilégio de invenção
Arts. 187 a 191 (*Revogados pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996*)
Capítulo III - Dos crimes contra as marcas de indústria e comércio
Arts. 192 a 195 (*Revogados pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996*)
Capítulo IV - Dos crimes de concorrência desleal
Art. 196 (*Revogado pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996*)
Título IV - DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO
Art. 197 — Atentado contra a liberdade de trabalho
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
3.1 Pessoa jurídica: impossibilidade
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Modalidades do constrangimento
4.2 Tipificação quando se tratar de greve ilegal
4.3 Formas ou meios de execução: mediante violência ou grave ameaça
4.4 Ameaça de mal futuro, imediato e determinado
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial do tipo
6 Consumação e tentativa

6.1 Possibilidade de tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 198 — Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho
4.2 Boicotagem violenta na área do comércio-indústria
4.3 Formas ou meios de execução: mediante violência ou grave ameaça
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Impossibilidade da modalidade culposa
6 Consumação e tentativa
7 Concurso de crimes: violência tipificada
8 Pena e ação penal
Art. 199 — Atentado contra a liberdade de associação
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Trabalho individual e crime contra a organização do trabalho
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 200 — Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo

4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 A incriminação alcança todos os participantes
4.2 Abandono coletivo e suspensão do trabalho
4.3 Violência contra pessoa ou coisa
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 201 — Paralisação de trabalho de interesse coletivo
1 Considerações introdutórias
1.1 A possível revogação do dispositivo em exame
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Tipicidade de greve pacífica: excepcionalmente
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 202 — Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
8 Questões especiais
Art. 203 — Frustração de direito assegurado por lei trabalhista
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Novos tipos assemelhados
8 Penas e ação penal
8.1 Sanções cominadas
8.2 Natureza da ação penal
9 Questões especiais
10 Competência para processar e julgar
Art. 204 — Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Meios executórios normativos: mediante fraude ou violência
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Penas e ação penal
Art. 205 — Exercício de atividade com infração de decisão administrativa
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Emanação de órgão administrativo competente
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 206 — Aliciamento para o fim de emigração

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Punibilidade da emigração fraudulenta
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal

Art. 207 — Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Novo tipo penal (§ 1º)
8 Pena e ação penal
9 Leis n. 9.099/95 e 9.714/98: “fundamentos” para exasperação penal

Título V - DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

Capítulo I - Dos crimes contra o sentimento religioso

Art. 208 — Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
3.1 A orientação que adotamos
4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Escárnio por motivo de religião
4.2 Impedimento ou perturbação de culto religioso
4.3 Vilipêndio público de ato ou objeto obsceno
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Majorante especial: com violência
8 Pena e ação penal
Capítulo II - Dos crimes contra o respeito aos mortos
Art. 209 — Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Contra enterro ou cerimônia fúnebre
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Figura majorada
8 Pena e ação penal
Art. 210 — Violação de sepultura
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Furto em sepultura: tipificação
8 Pena e ação penal
Art. 211 — Destruição, subtração ou ocultação de cadáver
1 Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Objeto material do crime: cadáver
4.2 O corpo do natimorto e o feto como objeto material
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 212 — Vilipêndio a cadáver
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal

Título VI - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

1. Crimes contra a liberdade e a dignidade sexual
2 Alterações da Lei n. 11.106/2005
3 Impropriedade do título “Dos crimes contra os costumes”
4 Adequação do bem jurídico tutelado
4.1 Pluralidade de bens jurídicos tutelados
4.2 Liberdade sexual: faculdade de escolha
5 Moral sexual: não é o bem jurídico tutelado
6 Abrangência do Título VI

Capítulo I - Dos crimes contra a liberdade sexual

Art. 213 — Estupro
1 Considerações preliminares
2 Rigores dos povos antigos

3 Unificação dos crimes sexuais violentos
4 Bem jurídico tutelado
4.1 Liberdade sexual feminina
4.2 Limitações eticamente toleráveis
5 Sujeitos ativo e passivo
5.1 Sujeito ativo de estupro
5.1.1 Prostituta vítima e autora de estupro
5.1.2 Qualquer dos cônjuges pode ser autor
5.2 Sujeito passivo de estupro
5.2.1 Homem sujeito passivo de estupro
6 Tipo objetivo: adequação típica
6.1 Um conceito abrangente de estupro
6.2 Primeira modalidade: constranger à conjunção carnal
6.2.1 Introdução de dedos na vagina
6.2.2 Atos preliminares são absorvidos pela ação principal
6.3 Segunda modalidade: constranger à prática de outro ato libidinoso
6.3.1 Lacuna: na forma de permitir
6.3.2 Atos de libidinagem *in genere*
6.4 *Modus operandi*: violência ou grave ameaça
6.4.1 Grave ameaça: violência moral
6.4.2 Irrelevância da injustiça do mal prometido
6.4.3 Dissenso da vítima: nível de resistência do ofendido
7 Importunação ofensiva ao pudor e o princípio da proporcionalidade
7.1 Desproporcionalidade dos respectivos desvalores
8 Beijo lascivo e regiões pudendas
9 Estupro qualificado pelo resultado: lesão grave ou morte da vítima
9.1 Tratamento semelhante à lesão seguida de morte
9.2 Resultado doloso: não há concurso de crimes
9.3 Abrangência da lesão corporal grave
9.4 Estupro e morte da vítima: equiparação equivocada

10 Tipo subjetivo: adequação típica
10.1 Fim de satisfazer a própria lascívia: desnecessidade
11 Consumação do crime de estupro
12 Admissibilidade da tentativa
13 Classificação doutrinária
14 Pena e ação penal
14.1 Aplicação de majorantes especiais
14.2 Natureza da ação penal
Art. 214 (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009*.)
Art. 215 — Violação sexual mediante fraude
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeito ativo
4 Sujeito passivo
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Ter conjunção carnal com alguém
5.1.1 Necessidade típica: vítima ludibriada
5.1.2 Mulher honesta: discriminação superada
5.2 Praticar outro ato libidinoso com alguém
5.2.1 Semelhança: atentado ao pudor mediante fraude
5.2.2 Desígnios autônomos
5.3 Meios ou formas de execução das modalidades de violação sexual
5.3.1 Mediante fraude
5.3.1.1 Idoneidade da fraude: indispensabilidade
5.3.1.2 Estelionato sexual: difícil caracterização
5.3.2 Outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima
5.3.2.1 Previsão analógica: similitude ao paradigma
5.3.2.2 Mulher “desonesta”: erro de tipo e erro de proibição
6 Tipo subjetivo: adequação típica

6.1 Elemento intelectual do dolo
6.2 Elemento volitivo
6.3 Elemento subjetivo especial do injusto: crime de tendência
6.3.1 Crimes de tendência
7 Consumação da violação fraudulenta
7.1 Admissibilidade da tentativa
8 Classificação doutrinária
9 Pena e ação penal
Art. 216 (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009*.)
Art. 216-A — Assédio sexual
1 Considerações preliminares
1.1 Princípio da intervenção mínima
1.2 Assédio sexual: significado jurídico
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeito ativo do assédio sexual
4 Sujeito passivo do assédio sexual
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Dificuldade interpretativa: equivocada construção frasal
5.2 Solução da dificuldade linguística
5.3 Crime de ação livre
5.4 Taxatividade da tipicidade
5.5 Dano ou prejuízo à vítima
5.6 Desnecessidade da prática de atos libidinosos
5.7 Prática de ameaça grave: excesso retórico
5.8 Condição especial: relação de hierarquia ou ascendência
5.8.1 Relação superior-subalterno
5.8.2 Vantagem ou favorecimento sexual
6 Patrão e empregado doméstico: abrangência da tipificação brasileira
6.1 Professores e alunos: atipicidade de eventual assédio
6.2 Atipicidade da relação incestuosa

7 Tipo subjetivo: adequação típica
8 Consumação e tentativa
9 Classificação doutrinária
10 *Onus probandi*: extensão e limites
11 Absoluta insuficiência de indícios
12 Importunação ofensiva ao pudor e assédio sexual
13 Constrangimento ilegal e assédio sexual
14 Assédio sexual e assédio moral
15 Causas de aumento de pena
16 Veto do parágrafo único
16.1 Fundamentos do veto presidencial
17 Pena e natureza da ação penal
17.1 Pena cominada
17.2 Correção na previsão da majorante: até um terço
17.3 Engessamento do julgador: desrecomendável
17.4 Natureza da ação penal

Capítulo II - Dos crimes sexuais contra vulnerável

Art. 217 (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005*.)

Art. 217-A — Estupro de vulnerável

1 Considerações preliminares
2 Menor vulnerável e o tratamento do ECA
3 A verdade real e a vitimização secundária
4 Vitimização primária e vitimização secundária
5 Abuso sexual intrafamiliar
6 Menor sujeito de direitos e não apenas objeto
7 Produção de prova sem revitimizar
8 Proteção do menor sem revitimizá-lo
9 Bem jurídico tutelado
9.1 Não há autonomia suficiente para falar-se em liberdade

10 Sujeito ativo
11 Sujeito passivo
12 Vulnerabilidade e a violência presumida
  12.1 Concepções distintas de vulnerabilidade
  12.2 Dissimulação da violência presumida
  12.3 Tentativa de impedir orientação do STF
13 Tipo objetivo: adequação típica
  13.1 Fundamento da punição: presumida incapacidade
  13.2 Misto de estupro (antigo) e atentado violento ao pudor
  13.3 Prática de conjunção carnal com menor de 14 anos
  13.4 Prática de outro ato libidinoso com alguém
  13.5 Dissenso da vítima: nível de resistência do ofendido
  13.6 Inexistência de grau de resistência
14 Tipo subjetivo: adequação típica
  14.1 Elementos do dolo: consciência e vontade
  14.2 Elemento subjetivo especial do injusto: crime de tendência
  14.3 Crimes de tendência
  14.4 Especial fim: fundamenta a ilicitude
  14.5 Resultado: lesão grave ou morte da vítima
15 Consumação do estupro de vulnerável
16 Admissibilidade da tentativa
17 Classificação doutrinária
18 Pena e ação penal
Art. 218 — Lenocínio
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeito ativo
4 Sujeito passivo
5 Tipo objetivo: adequação típica
  5.1 Fim do induzimento: satisfazer a lascívia de outrem

5.2 Tipificação: necessidade de contato físico
5.3 Distingue-se da nova previsão do art. 218
5.4 Punição do partícipe em crime de estupro de vulnerável
5.5 Limites da abrangência do art. 218
5.6 A previsão do art. 218 não exige contato físico
5.7 Induzimento e instigação
5.8 Instigação e princípio da taxatividade
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Classificação doutrinária
9 Pena e ação penal
Art. 218-A — Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Interferência na liberdade de vontade
4.2 Meio executivo do crime
4.3 Não há participação direta da vítima
4.4 Na presença de alguém menor de quatorze anos
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Fim especial: satisfazer a própria lascívia
7 Consumação do crime
7.1 Figura tentada
8 Classificação doutrinária
9 Majoração de pena
10 Pena e ação penal
Art. 218-B — Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

1 Considerações preliminares
1.1 Inovação terminológica
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Condutas que seduzem para o crime
4.2 Condutas que visam impedir o abandono
4.3 Meios morais visando impedimento do abandono
4.4 Não há necessidade de finalidade lucrativa
4.5 Revogação do art. 244-A do ECA
5 Menor de dezoito anos e extensão do conceito de vulnerável
5.1 Duas espécies de vulnerabilidade
5.2 Fórmulas de equiparação das menoridades
5.3 Ampliação do conceito de vulnerabilidade
5.4 Confusão entre moral e direito
5.5 Necessidade de comprovar a vulnerabilidade
6 Prática de libidinagem com vítima vulnerável de favorecimento da prostituição
6.1 Menor em condição de ser explorado sexualmente
6.2 Atipicidade da conduta do cliente ocasional
6.3 Inovação criminalizadora do legislador
6.4 Elementar normativa: condição de vulnerável
6.5 Possível erro de tipo
7 Lacuna do inciso I do § 2º do art. 218-B
7.1 Lacuna que não pode ser colmatada
8 Prática de ato libidinoso com menor de catorze anos
9 Responsabilidade penal objetiva: proprietário ou responsável pelo local
9.1 Violação do princípio da legalidade
9.2 Inexistência de verbo nuclear
9.3 Tipo penal aberto

9.4 Direito penal de autor
9.5 Ausência de conduta descrita
10 Tipo subjetivo: adequação típica
10.1 Erro de tipo: desconhecimento de elementar típica
11 Consumação e tentativa
12 Classificação doutrinária
13 Pena e ação penal
Capítulo III - Do rapto
Art. 219 — Rapto violento ou mediante fraude (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005*.)
Art. 220 — Rapto consensual (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005*.)
Art. 221 — Diminuição de pena (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005*.)
Art. 222 — Concurso de rapto e outro crime (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005*.)
Capítulo IV - Disposições gerais
Art. 223 (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009*.)
Art. 224 (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009*.)
Art. 225 — Ação penal
1 Considerações preliminares: previsão anterior
2 A ação penal nos crimes previstos nos capítulos I e II do Título VI
3 A ação penal nos crimes contra vítima vulnerável
3.1 Paradoxo: restringe o exercício da liberdade sexual
3.2 Interpretação sistemática
3.3 Irrelevância da *mens legislatoris*: erro crasso
3.4 A interpretação mais favorável: ação pública condicionada
4 Violação do exercício da liberdade sexual
4.1 Imperativo de foro íntimo
4.2 Obrigatoriedade da ação inibirá denúncia de muitas vítimas

5 (In)constitucionalidade da publicização da ação penal
6 Injustificável polêmica sobre a vigência da Súmula 608 do STF
7 Estupro qualificado pelo resultado: crime complexo
7.1 A especialidade da previsão constante do art. 101
7.2 Prevalência da natureza dos fatos que compõem o crime complexo
7.3 Desnecessidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.301
8 Síntese sobre a definição de ação penal
Art. 226 — Aumento da pena
1 A majoração da pena nos crimes sexuais
1.1 A inclusão de novos dados
1.2 Inalteração do art. 226
2 Concurso de duas ou mais pessoas e *concursus delincuencium*
2.1 Coautoria e participação
2.2 Orientação do STF: participação efetiva
2.3 Autoria e participação: distinção legal
2.4 (Im)punibilidade do ajuste e determinação
3 Violação dos princípios morais-familiares
3.1 Abuso de autoridade
3.2 Relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade
3.3 Qualquer outro meio: interpretação analógica
3.4 Maior censurabilidade
3.5 Concurso de causas de aumento
4 Parcelas de aumento
Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual
Art. 227 — Mediação para servir a lascívia de outrem
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Desnecessidade de habitualidade ou venalidade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Formas qualificadas
9 Concurso com crimes praticados com violência
9.1 Sistema do cúmulo material de penas
9.2 Possibilidade e concurso material
10 Pena e ação penal
Art. 228 — Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeito ativo
4 Sujeito passivo
4.1 Homossexual como sujeito passivo
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Condutas incriminadas
5.2 Condutas sedutoras
5.3 Impedir o abandono da prostituição
5.4 Questionável punição do impedimento
5.5 Desnecessidade de fim de lucro
6 Tipo subjetivo: adequação típica
6.1 Desnecessidade de elemento subjetivo especial do tipo
7 Consumação e tentativa
8 Classificação doutrinária
9 Redefinição das formas qualificadas
9.1 Manutenção da qualificadora relativa à violência
10 Pena e ação penal
10.1 Punição das figuras qualificadas

Art. 229 — Casa de prostituição
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeito ativo
4 Sujeito passivo
4.1 A coletividade não é sujeito passivo desta infração penal
5 Casa de prostituição
6 Tipo objetivo: adequação típica
6.1 Exploração sexual: sentido e alcance
6.2 Crime habitual
6.3 A tolerância das autoridades
7 Natureza e finalidade do "estabelecimento"
7.1 Migração dos prostíbulos para a zona urbana
7.2 Finalidade específica do local: exploração sexual
7.3 Hotéis e motéis de alta rotatividade: inadequação típica
7.4 Manutenção de hotéis e motéis: inadequação típica
7.5 Bar e ginástica: inadequação típica
8 Consentimento do ofendido e exclusão da antijuridicidade
8.1 Tolerância da sociedade com o exercício da prostituição
8.2 Local adequado para o exercício da prostituição
8.3 Prostituição: exercício de atividade lícita
8.4 Efeitos do consentimento da ofendida
9 Tipo subjetivo: adequação típica
10 Consumação do crime
11 Figura tentada
12 Classificação doutrinária
13 Pena e ação penal
Art. 230 — Rufianismo
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeito ativo
4 Sujeito passivo
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Somente a prostituição alheia
5.2 Consentimento da vítima
5.3 Necessidade da característica da habitualidade
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação do crime habitual
7.1 Figura tentada
8 Classificação doutrinária
9 Formas qualificadas
9.1 Nova definição (?) de concurso material de crimes
9.2 Sistema de cumulação material de crime
10 Pena e ação penal

Art. 231 — Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

1 Considerações preliminares
2 Início da modernização da legislação
3 Inclusão de finalidade especial do tipo
4 Destinatários: países de terceiro mundo
5 Bem jurídico tutelado
6 Sujeito ativo
7 Sujeito passivo
8 Tipo objetivo: adequação típica
9 A finalidade de lucro
10 Figuras equiparadas
11 Irretroatividade das novas condutas
12 Consciência de que se trata de pessoa traficada
13 Omissão da conduta vender
14 Tipo subjetivo: adequação típica

15 Consumação e tentativa
16 Classificação doutrinária
17 Pena e ação penal
Art. 231-A — Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Bem jurídico genérico
3 Sujeitos ativo e passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009
4.2 A proibição limita-se ao território nacional
4.3 Descriminalização de condutas
5 Figuras equiparadas
5.1 Consciência da condição de pessoa traficada
6 Tipo subjetivo: adequação típica
6.1 Polêmica sobre o elemento subjetivo do tipo
6.2 Que venha exercer a prostituição
6.3 O resultado deve ser abrangido pelo dolo
6.4 Consequências das distintas redações
6.5 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Pena e ação penal
Art. 232 — (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009*)
Capítulo VI - Do ultraje público ao pudor
Art. 233 — Ato obsceno
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Exemplos clássicos de ato obsceno
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Pena e ação penal
Art. 234 — Escrito ou objeto obsceno
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 A inevitável descriminalização
4.2 Crime de ação múltipla: fim especial
4.3 Descriminalização relativa a obras artísticas, literárias e científicas
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 O fim especial do tipo
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Pena e ação penal
Capítulo VII - Disposições gerais
Art. 234-A — Aumento da pena
1 Disposições gerais acrescidas pela Lei n. 12.015/2009
1.1 Se do crime resultar gravidez
1.2 Resultando gravidez da infratora
1.3 Ofensora sem direito
1.4 Contaminação da vítima com doença sexualmente transmissível
1.4.1 Conhecimento de sua situação pessoal
Art. 234-B
Processos que devem tramitar em segredo de justiça
Art. 234-C (*Vetado*.)

Título VII - DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

Capítulo I - Dos crimes contra o casamento

Art. 235 — Bigamia

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária

7 Bigamia e falsidade documental

8 Bigamia: pluralidade de crimes

9 Questões especiais

10 Pena e ação penal

Art. 236 — Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária

7 Condição de procedibilidade

8 Prescrição: termo inicial

9 Questões especiais

10 Pena e ação penal

Art. 237 — Conhecimento prévio de impedimento

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 238 — Simulação de autoridade para celebração de casamento
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Convalidação do ato e tipicidade
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 239 — Simulação de casamento
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Elemento normativo do tipo
3.2 Crime subsidiário
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 240 — Adultério (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005*)
Capítulo II - Dos crimes contra o estado de filiação
Art. 241 — Registro de nascimento inexistente
1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal

Art. 242 — Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma privilegiada
8 Falsidade ideológica: absorção
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal

Art. 243 — Sonegação de estado de filiação

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Abandono em outro local
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Limitação à liberdade de prova penal
9 Pena e ação penal

Capítulo III - Dos crimes contra a assistência familiar
Art. 244 — Abandono material
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Ascendente maior de sessenta anos
3.2 Crime cumulativo misto
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 245 — Entrega de filho menor a pessoa inidônea
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada (§ 1º)
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 246 — Abandono intelectual
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais

8 Pena e ação penal

Art. 247

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

3.1 Habitualidade

3.2 Pessoa viciosa ou de má vida

3.3 Espetáculo capaz de perverter ou ofender o pudor

3.4 Mendigo que excita a comiseração pública

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária

7 Questões especiais

8 Pena e ação penal

Capítulo IV - Dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela

Art. 248 — Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária

7 Questões especiais

8 Pena e ação penal

Art. 249 — Subtração de incapazes

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

3.1 Meios ou formas de execução

3.2 Crime subsidiário
3.3 Fuga do menor: atipicidade
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Subtração de incapazes e outros crimes
8 Perdão judicial
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal

Título VIII - DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

Capítulo I - Dos crimes de perigo comum

Art. 250 — Incêndio

§ 1º — Aumento de pena

§ 2º — Incêndio culposo

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Fogo ou incêndio não perigoso
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Perigo a pessoa certa e determinada
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Formas qualificadas
9 Forma culposa
10 Concurso com o crime de homicídio
11 Incêndio em mata ou floresta
12 Incêndio em lavoura ou pastagem
13 Poluição atmosférica decorrente de incêndio

14 Questões especiais
15 Pena e ação penal
Art. 251, § 1º — Explosão
§ 2º — Aumento de pena
§ 3º — Modalidade culposa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma privilegiada
8 Formas majoradas
9 Forma culposa
10 Dano qualificado
11 Questões especiais
12 Pena e ação penal
Art. 252 — Uso de gás tóxico ou asfixiante
Parágrafo único — Modalidade culposa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Toxicidade do gás: potencialidade lesiva
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma culposa
8 Letalidade do gás: irrelevância
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal

Art. 253 — Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Elemento normativo: sem licença da autoridade
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 254 — Inundação
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma culposa
8 Inundação e perigo de inundação
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 255 — Perigo de inundação
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Questões especiais
7 Pena e ação penal

Art. 256 — Desabamento ou desmoronamento

Parágrafo único — Modalidade culposa

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária

7 Forma culposa

8 Questões especiais

9 Pena e ação penal

Art. 257 — Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária

7 Questões especiais

8 Pena e ação penal

Art. 258 — Formas qualificadas de crime de perigo comum

1 Crime qualificado pelo resultado

2 Majoração da pena

3 Concurso de crimes

Art. 259 — Difusão de doença ou praga

Parágrafo único — Modalidade culposa

1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica

4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma culposa
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal

Capítulo II - Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos

Art. 260 — Perigo de desastre ferroviário

§§ 1º a 3º — Desastre ferroviário

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Forma culposa
9 Atividade de cunho político
10 Questões especiais
11 Pena e ação penal

Art. 261 — Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 1º — Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 2º — Prática do crime com o fim de lucro

§ 3º — Modalidade culposa

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Forma culposa
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 262 — Atentado contra a segurança de outro meio de transporte
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Forma qualificada
7 Forma culposa
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 263 — Forma qualificada
Art. 264 — Arremesso de projétil
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 265 — Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime

3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Espécies de serviços públicos
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma majorada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 266 — Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Abrangência do tipo penal
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma majorada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Capítulo III - Dos crimes contra a saúde pública
Art. 267 — Epidemia
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Forma culposa

9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 268 — Infração de medida sanitária preventiva
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma majorada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 269 — Omissão de notificação de doença
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 270, § 1º — Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal
§ 2º — Modalidade culposa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária

7 Forma culposa
8 Pena e ação penal
Art. 271 — Corrupção ou poluição de água potável
Parágrafo único — Modalidade culposa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma culposa
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 272, §§ 1º -A e 1º — Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios
§ 2º — Modalidade culposa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Ampliação de crimes hediondos
3.2 Proteção a bebidas: crime hediondo
4 Potencialidade lesiva das ações
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Forma culposa
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 273, §§ 1º a 1º -B — Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

§ 2º — Modalidade culposa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Objeto material do crime
3.2 Inclusão de novos objetos materiais
3.3 Produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Crime hediondo
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Forma culposa
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 274 — Emprego de processo proibido ou de substância não permitida
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Revestimento
3.2 Gaseificação artificial
3.3 Substância corante, aromática ou antisséptica
3.4 Qualquer outra substância não permitida
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 275 — Invólucro ou recipiente com falsa indicação
1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 276 — Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Concurso de crimes
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 277 — Substância destinada à falsificação
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Substância destinada à falsificação
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 278 — Outras substâncias nocivas à saúde pública
Parágrafo único — Modalidade culposa

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Crime subsidiário e alternativo
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma culposa
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal

Art. 279 — Substância avariada (*Revogado pela Lei n. 8.137, de 27-12-1990*)

Art. 280 — Medicamento em desacordo com receita médica

Parágrafo único — Modalidade culposa

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma culposa (parágrafo único)
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal

Art. 281 (*Revogado pela Lei n. 6.368, de 21-10-1976*)

Art. 282 — Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Exercício ilegal de outras profissões
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 283 — Charlatanismo
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 284 — Curandeirismo
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Concurso com outros crimes
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal
Art. 285 — Forma qualificada
Título IX - DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA
Art. 286 — Incitação ao crime
1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 287 — Apologia de crime ou criminoso
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 288 — Quadrilha ou bando
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Quadrilha ou bando e concurso de pessoas
9 Questões especiais
10 Pena e ação penal

Título X - DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Capítulo I - Da moeda falsa

Art. 289 — Moeda falsa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Classificação doutrinária
6 Falsificação grosseira: atipicidade
7 Questões especiais
8 Figura do § 1º: crime subsequente à falsificação
9 Figura privilegiada: crime subsequente
10 Figura qualificada (§ 3º)
10.1 Desviar e fazer circular moeda não autorizada (§ 4º)
11 Concurso de crimes
12 Questões especiais
13 Pena e ação penal
Art. 290 — Crimes assimilados ao de moeda falsa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 291 — Petrechos para falsificação de moeda
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 292 — Emissão de título ao portador sem permissão legal
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Capítulo II - Da falsidade de títulos e outros papéis públicos
Art. 293 — Falsificação de papéis públicos
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Inovações da Lei n. 11.035/2004
3.2 *Post factum* impunível e exaurimento do crime
3.3 Selo falsificado destinado a controle tributário
3.4 Crime especial quanto ao autor
3.5 Responsabilidade penal dos camelôs (§ 5º)
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma privilegiada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal

Art. 294 — Petrechos de falsificação
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 295
Capítulo III - Da falsidade documental
Art. 296 — Falsificação do selo ou sinal público
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma majorada
7.1 Prevalecendo-se do cargo
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 297 — Falsificação de documento público
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Documento público
4 Folha de pagamento ou documento de informações (§ 3º, I)
4.1 Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado (II)

4.2 Documento contábil ou qualquer outro documento (III)
5 Falsidade ideológica confundida com falsidade material
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Classificação doutrinária
9 Figura majorada
10 Falsificação grosseira: estelionato
11 Falsificação e sonegação fiscal: absorção
12 Falsificação total ou parcial: irrelevância
13 Questões especiais
14 Pena e ação penal
Art. 298 — Falsificação de documento particular
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 299 — Falsidade ideológica
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Falsidade ideológica e falsidade material: distinção
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Forma qualificada
8 Falsidade e simulação fraudulenta

9 Folha assinada em branco
10 Questões especiais
11 Pena e ação penal
Art. 300 — Falso reconhecimento de firma ou letra
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Firma ou letra: definições
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 301 — Certidão ou atestado ideologicamente falso
§§ 1º e 2º — Falsidade material de atestado ou certidão
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo subjetivo: adequação típica
4 Consumação e tentativa
5 Classificação doutrinária
6 Figura majorada
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 302 — Falsidade de atestado médico
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária

7 Forma qualificada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 303 — Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 304 — Uso de documento falso
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Apresentação espontânea ou solicitação de autoridade
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 305 — Supressão de documento
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Documento original
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária

7 Supressão de documento e crime de dano
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal

Capítulo IV - De outras falsidades

Art. 306 — Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal

Art. 307 — Falsa identidade

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal

Art. 308

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Como próprio
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa

6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 309 — Fraude de lei sobre estrangeiros
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
  3.1 Atribuir falsa qualidade
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Questões especiais
8 Pena e ação penal
Art. 310
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Norma penal em branco
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal
Art. 311 — Adulteração de sinal identificador de veículo automotor
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
3 Tipo objetivo: adequação típica
  3.1 Contribuição de funcionário público
  3.2 Qualquer sinal identificador
4 Tipo subjetivo: adequação típica

5 Consumação e tentativa
6 Classificação doutrinária
7 Figura majorada
8 Questões especiais
9 Pena e ação penal

Capítulo V - Das fraudes em certames de interesse público

Art. 311-A — Fraudes em certames de interesse público

1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Abrangência da divulgação e conteúdo do objeto sigiloso
4.2 Elemento normativo do tipo: indevidamente
5 Permissão ou facilitação de acesso a conteúdo sigiloso referido no *caput*
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Figura majorada: fato cometido por funcionário público
9 Pena e ação penal

Título XI - DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Capítulo I - Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral

Art. 312, § 1º — Peculato

§§ 2º e 3º — Peculato culposo

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Dupla ofensividade
2.2 Pluriofensividade do peculato
2.3 Crime funcional

3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
3.2.1 Estado como sujeito passivo direto
4 Pressuposto do crime de peculato
4.1 Insuficiência da posse prévia: em razão de cargo
4.2 Em razão do cargo: relação objetiva
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Peculato-apropriação: objeto material (1ª parte)
5.1.1 Objeto material: dinheiro ou qualquer bem móvel
5.1.2 Objeto fungível e infungível
5.1.3 Mistura de dinheiro: (a)tipicidade
5.1.4 Prestação de serviço: atipicidade
5.2 Peculato-desvio (2ª parte)
5.2.1 Natureza do proveito exigido
5.2.2 Posse viciada: inadmissibilidade
5.3 Peculato-furto
5.3.1 Posse momentânea: atipicidade
5.4 Peculato culposo
5.4.1 Participação culposa em crime doloso: impossibilidade
5.4.2 Reparação de dano: extinção da punibilidade
6 Tipo subjetivo: adequação típica
6.1 Atualidade do dolo
7 Consumação e tentativa
7.1 Consumação
7.2 Tentativa
8 Comunicabilidade da condição de funcionário público
9 Sonegação de tributo incidente sobre produto de crime: impossibilidade moral e jurídica
9.1 Delimitação do tema

9.2 Disponibilidade econômica ou jurídica *versus* confisco
9.2.1 Disponibilidade econômica ou jurídica
9.2.2 Disponibilidade de valores de origem criminosa
9.3 Ofensa ao princípio da capacidade contributiva
9.3.1 Capacidade contributiva e efeitos da condenação penal
9.3.2 Confisco penal e isonomia tributária
9.4 Ofensa ao princípio da moralidade administrativa
9.4.1 Imoralidade na tributação de produto de crime
10 Pena e ação penal
Art. 313 — Peculato mediante erro de outrem
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Objeto material
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeitos passivos
4 Ausência do pressuposto do crime de peculato: *posse* prévia da *res*
4.1 No exercício de cargo público
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Má-fé subsequente
5.2 Erro de outrem não provocado
5.3 Objeto material: dinheiro ou qualquer outra utilidade
5.4 Equiparação com estelionato: impropriedade
5.5 Recusa de devolução da coisa havida por erro
5.6 O erro como elementar típica
5.6.1 Irrelevância da causa do erro
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
7.1 Consumação
7.2 Tentativa

8 Pena e ação penal
Art. 313-A — Inserção de dados falsos em sistema de informações
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Objeto material: dados verdadeiros dos sistemas informatizados
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Facilitar sua inserção
4.2 Alterar ou excluir dados corretos
4.3 Somente alteração ou exclusão indevidas
4.4 Obtenção de vantagem indevida: elemento normativo
4.5 Natureza da vantagem indevida
5 Inserção de dados falsos em sistemas de informações e estelionato
5.1 Equiparações desautorizadas
5.2 Dessemelhanças com o estelionato
5.3 Natureza da finalidade especial
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal
Art. 313-B — Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
2.1 Objeto material: sistema de informações e de informatização
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Objeto material
4.2 Elemento normativo especial: sem autorização ou solicitação de autoridade competente
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Classificação doutrinária
7 Consumação e tentativa
8 Causa de aumento: produção de dano
9 Pena e ação penal
Art. 314 — Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeitos passivos
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Entendimento doutrinário clássico
4.2 Entendimento doutrinário recente
4.3 Nossa interpretação sobre “extraviar”
4.3.1 Extraviar: natureza omissiva
4.3.2 Reforma Penal de 1984: figura do garantidor
4.3.3 Pressupostos do crime omissivo impróprio
4.3.4 Modalidade culposa do Código argentino
5 Sonegar e inutilizar
5.1 Em razão do cargo
5.2 Livro oficial ou qualquer documento
5.3 Violação do dever funcional
6 Subsidiariedade expressa: se não constituir crime mais grave
7 Tipo subjetivo: adequação típica
8 Consumação e tentativa
9 Subsidiariedade expressa: crimes residuais

10 Pena e ação penal
Art. 315 — Emprego irregular de verbas ou rendas públicas
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.1.1 Ordenador de despesas
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Necessidade de leis orçamentárias
4.2 Aplicação diversa da estabelecida em lei e despesa não autorizada por lei
4.3 Despesa “justificada” (embora não autorizada por lei)
4.4 Inexigibilidade de conduta diversa
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 316 — Concussão
§§ 1º e 2º — Excesso de exação
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Necessidade da elementar normativa: vantagem indevida
4.2 Natureza da vantagem indevida
4.3 Corrupção passiva e concussão: na dúvida, a menos grave

4.4 Exigência de vantagem indevida “para o órgão público”: excesso de exação
4.4.1 Destinatário do produto da concussão: particular ou ente público
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial: para si ou para outrem
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa (inadmissibilidade)
7 Excesso de exação
7.1 Tipo objetivo: adequação típica
7.2 Tarifas, emolumentos e custas: atipicidade
7.3 Sujeitos do crime de excesso de exação
7.4 Tipo subjetivo: adequação típica
8 Desvio de produto recebido indevidamente
9 Consumação e tentativa
10 Pena e ação penal
Art. 317 — Corrupção passiva
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Elemento normativo especial da ilicitude: vantagem indevida
4.2 Corrupção antecedente e consequente: irrelevância
4.2.1 Inaplicabilidade na corrupção ativa
4.3 Vantagem indevida e os princípios da adequação social e da insignificância
4.4 Reembolso de despesas indenizáveis: atipicidade
4.5 Natureza da vantagem indevida: patrimonial e extrapatrimonial

4.6 A indispensável bilateralidade residual no crime de corrupção
4.6.1 Modalidade *sui generis* de autoria colateral
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Figura majorada (parágrafo único)
8 Figura privilegiada: pedido ou influência
9 Pena e ação penal
Art. 318 — Facilitação de contrabando ou descaminho
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Competência da Justiça Federal
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 319 — Prevaricação
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
3.1 Sujeito ativo
3.2 Sujeito passivo
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Ação de retardar
4.2 Ação de deixar de praticar
4.2.1 Ausência de prazo: dificuldade na sua caracterização
4.2.2 Elementar normativa: indevidamente
4.3 Praticar ato de ofício, contra disposição legal

4.3.1 Proporcionalidade ignorada
4.4 Ato de ofício: próprio da função ou cargo
4.5 Satisfação de interesse ou sentimento pessoal
5 A prevaricação praticada por juiz no exercício da função jurisdicional ou administrativa
5.1 Prevaricação judicial no Código Penal espanhol
5.2 Motivação: similar nos dois diplomas legais
6 Tipo subjetivo: adequação típica
6.1 Satisfação de interesse ou sentimento pessoal
6.2 Satisfação de interesse ou sentimento de terceiro
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal

Art. 319-A — Prevaricação imprópria

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Impropriedade dessa criminalização
4 Sujeitos do crime
4.1 Sujeito ativo
4.2 Sujeito passivo
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Crime omissivo próprio: deixar de vedar
5.2 A ação do diretor afasta a tipicidade
5.3 Abrangência do elemento subjetivo
5.4 Ato de ofício: deixar de cumprir dever de vedar acesso
6 Pressupostos fundamentais do crime omissivo
7 Tipo subjetivo: adequação típica
8 Consumação e tentativa
8.1 Consumação
8.2 Tentativa: impossibilidade
9 Pena e ação penal

Art. 320 — Condescendência criminosa
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
  4.1 Criminalização desnecessária
5 Tipo subjetivo: adequação típica
  5.1 Especial motivo de agir: por indulgência
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Pena e ação penal
Art. 321 — Advocacia administrativa
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
  4.1 Objeto material: interesse privado
  4.2 Patrocínio direto ou indireto
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Forma qualificada
8 Causa de aumento de pena
9 Questões especiais: derrogação
10 Pena e ação penal
Art. 322 — Violência arbitrária
1 Considerações introdutórias
  1.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal
  1.2 Entendimento do TACRIMSP
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime

4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Violência praticada no exercício da função ou a pretexto de exercê-la
4.2 Violência arbitrária: crime de policiais
4.3 Violência arbitrária em concurso com violência
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 323 — Abandono de função
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Abandono sem afastamento do cargo
4.2 Abandono temporário de função pública
4.3 Desnecessidade da ocorrência de prejuízo
4.4 Acefalia do cargo: necessidade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Formas qualificadas: prejuízo público e faixa de fronteira
7.1 O prejuízo não pode ser representado pelo próprio abandono
7.2 Abandono em local de fronteira
8 Pedido de aposentadoria ou demissão
9 Pena e ação penal
Art. 324 — Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Entrar no exercício de função e continuar a exercê-la
5 Tipo subjetivo: adequação típica

6 Consumação e tentativa

7 Pena e ação penal

Art. 325 — Violação de sigilo funcional

1 Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeitos do crime

4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Ausência de notoriedade e dever funcional

5 Tipo subjetivo: adequação típica

6 Novas figuras penais acrescentadas pela Lei n. 9.983/2000

6.1 Violação do sigilo através do sistema informatizado da Administração Pública

6.2 Utilização, indevida, de acesso restrito

7 Consumação e tentativa

8 Forma qualificada

9 Pena e ação penal

Art. 326 — Violação do sigilo de proposta de concorrência

1 Considerações especiais

Art. 327 — Funcionário público

1 Conceituação penal de funcionário público

2 Conceito de funcionário público: mesma amplitude para sujeitos ativo e passivo

3 Equiparação do conceito de funcionário público: irretroatividade

3.1 Ampliação vigente a partir de julho de 2000: não há repristinação de jurisprudência pretérita

4 Atividade típica de Administração Pública

5 Causa especial (genérica) de aumento

Capítulo II - Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral

Art. 328 — Usurpação de função pública

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Prática de ato de ofício da função usurpada
4.2 Usurpação e abuso de poder
4.3 Exercício de função por delegação
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Forma qualificada: auferimento de vantagem
7.1 Obtenção de vantagem: fundamento da reprovação
8 Contravenções penais
9 Pena e ação penal
Art. 329 — Resistência
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Oposição ativa, mediante violência ou ameaça
4.1.1 Violência física ou ameaça
4.1.2 Atualidade da prática do ato de ofício
4.1.3 Violência contra o funcionário ou seu auxiliar
4.2 A qualidade ou condição de funcionário competente do sujeito passivo
4.3 A legalidade do ato a ser executado
4.3.1 Direito de resistência ao abuso da autoridade
4.3.2 Ilegalidade do ato legitima oposição
4.3.3 Resistência contra ato legal: taxatividade
4.3.4 Ilegalidade e injustiça do ato: distinção
4.4 Elemento subjetivo informador da conduta
4.4.1 Elemento subjetivo especial do tipo

5 Consumação e tentativa
6 Forma qualificada: não realização do ato
7 Resistência e concurso com outro crime violento: cúmulo material de penas
7.1 Violência: crime autônomo
7.2 Lesões corporais ou morte
8 Resistência, desacato e desobediência
9 Pena e ação penal
Art. 330 — Desobediência
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Desobediência praticada por funcionário público
4.1.1 Desobediência à ordem judicial
4.2 Desobediência e cominação de sanções civis ou administrativas: atipicidade
4.2.1 Orientação jurisprudencial
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 331 — Desacato
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Desacato e resistência
4.1.1 Ofensa praticada na presença do ofendido
4.2 No exercício da função ou em razão dela
4.2.1 Relação causal: no exercício da função ou em razão dela

4.2.2 Desacato e resistência
4.2.3 Desacato, ambiente hostil e seus fundamentos políticos
4.2.4 Desacato “forçado” pela ação da autoridade
4.2.5 Crítica sem propósito de ofender: atipicidade
4.2.6 Embriaguez e desacato: incompatibilidade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial do injusto
6 Consumação e tentativa
6.1 Tentativa e absorção de infrações menores
7 Pena e ação penal
Art. 332 — Tráfico de influência
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Tráfico de influência e exploração de prestígio
4.2 Obtenção de vantagem a pretexto de influir
4.3 Absorção do crime de estelionato
4.4 Objeto material: vantagem ou promessa dela
5 Responsabilidade penal do “beneficiário-vítima” do tráfico de influência
5.1 A pretexto de influir: duplo sentido
5.2 Gozar de influência ou pretextar gozá-la
5.3 Relação triangular entre sujeito ativo, funcionário público e “beneficiário” da influência
5.3.1 Entendimento da doutrina tradicional
5.4 Responsabilidade do beneficiário do tráfico
5.5 Outros equívocos da doutrina tradicional
5.6 Lobistas — neologismo dos exploradores de prestígio
5.7 A (im)punibilidade do pseudocrime putativo: erro jurídico-penal
5.7.1 A discutível escusabilidade de determinados erros: punibilidade do

pagador da influência
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
7.1 Recebimento da vantagem prometida: exaurimento
8 Forma majorada
9 Pena e ação penal
Art. 333 — Corrupção ativa
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
2.1 A moralidade da Administração Pública e o princípio da insignificância
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Oferecer vantagem indevida
4.2 A funcionário público
4.3 Para determiná-lo a praticar ato de ofício
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial do tipo
6 Consumação e tentativa
7 Figura majorada (parágrafo único)
8 Pena e ação penal
Art. 334 — Contrabando ou descaminho
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Contrabando: natureza e forma
4.2 Descaminho: natureza e forma
5 Crimes equiparados a contrabando ou descaminho
5.1 Prática de navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei

5.2 Prática de fato assemelhado, em lei especial, a contrabando ou descaminho
5.3 Uso comercial ou industrial de mercadoria importada, clandestina ou fraudulentamente, ou que sabe ser produto de contrabando ou descaminho
5.3.1 Vendedores ambulantes: possíveis sujeitos ativos
5.3.2 Conflito aparente de normas
5.4 Elemento normativo: no exercício de atividade comercial ou industrial
5.5 Receptação de produto de contrabando ou descaminho
6 Contrabando e descaminho: distinção fática e semelhança jurídica
6.1 Distinção entre contrabando ou descaminho e crimes contra a ordem tributária
7 Aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 no crime de descaminho
7.1 Extinção da punibilidade do descaminho pelo pagamento do tributo devido
7.2 Analogia *in bonam partem* e tratamento isonômico
7.2.1 Irrelevância da diversidade de bens jurídicos
8 Tipo subjetivo: adequação típica
8.1 Erro de tipo: escusável ou inescusável
9 Consumação e tentativa
10 Figura majorada: contrabando em transporte aéreo
11 Descaminho: limite fiscal e princípio da insignificância
12 Pena e ação penal
Art. 335 — Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Concorrência ou venda em hasta pública: distinção
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal

Art. 336 — Inutilização de edital ou de sinal
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Local de afixação do edital
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 337 — Subtração ou inutilização de livro ou documento
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Objeto material: livro oficial, processo ou documento
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 337-A — Sonegação de contribuição previdenciária
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Omissão em folha de pagamento ou outro documento previdenciário
4.2 Omissão de lançamentos de outros descontos previdenciários
4.3 Omissão de receitas, lucros ou remunerações pagas ou creditadas
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Causas extintivas da punibilidade: com ou sem pagamento
7.1 Causa extintiva de punibilidade sem pagamento dos tributos devidos

7.2 Perdão judicial ou aplicação alternativa da pena de multa
8 Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.349/95: analogia *in bonam partem*
8.1 Isonomia no tratamento penal tributário
9 Causa de diminuição de pena
10 Pena e ação penal

Capítulo II-A - Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira

Art. 337-B — Corrupção ativa em transação comercial internacional

1 Considerações introdutórias e fundamentos político-constitucionais
2 Novo crime antecedente ao de lavagem de dinheiro
3 Bem jurídico protegido
4 Sujeitos do crime
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Ato de ofício relacionado à transação comercial internacional
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Causa de aumento de pena
9 Pena e ação penal

Art. 337-C — Tráfico de influência em transação comecial internacional

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Objeto material: vantagem ou promessa dela
4.2 Postular vantagem a pretexto de influir
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Causa de aumento de pena
8 Pena e ação penal

9 Conceituação penal de funcionário público (*caput*)
10 Equiparação e causa de aumento de pena
Art. 337-D — Funcionário público estrangeiro
1 Conceituação penal de funcionário público (*caput*)
2 Equiparação e causa de aumento de pena
Capítulo III - Dos crimes contra a administração da justiça
Art. 338 — Reingresso de estrangeiro expulso
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Só reingressa quem saiu do território
4.2 Expulsão de estrangeiro: pressuposto do crime de reingresso
4.2.1 Natureza da expulsão: pena ou medida preventiva
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 339 — Denunciação caluniosa
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Direito de petição: exercício regular de direito
4.1 A verdade subjetiva é suficiente para afastar o dolo
4.2 Abuso de autoridade e abuso de poder: distinção
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Fato definido como crime
5.2 Indispensabilidade da inocência do sujeito ativo
5.3 Espontaneidade da denunciação caluniosa
6 Novidades da Lei n. 10.028/2000: investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa

6.1 Conflito aparente de leis
6.2 Improbidade administrativa e princípio da fragmentariedade
6.3 Lacuna legal: comissão parlamentar de inquérito
7 Tipo subjetivo: adequação típica
7.1 Admissibilidade de dolo eventual
7.2 Elemento normativo: de que o sabe inocente
8 Consumação e tentativa
9 Figura majorada (§ 1º)
10 Forma privilegiada ou minorada (§ 2º)
11 Concurso de crimes e conflito aparente de normas
11.1 Denunciação caluniosa e calúnia
11.2 Denunciação caluniosa e crimes contra a honra
12 Pena e ação penal
Art. 340 — Comunicação falsa de crime ou de contravenção
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Pretende-se evitar a má-fé
4.2 (Ir)relevância dos motivos determinantes
4.3 Comunicação falsa de infração penal e denunciação caluniosa
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 341 — Autoacusação falsa
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Autoacusação perante a autoridade

5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Irrelevância da motivação da autoacusação
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 342 — Falso testemunho ou falsa perícia
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Recusar-se a responder e recusar-se a prestar depoimento
4.2 Modalidades de falso testemunho: positiva, negativa e omissiva
4.3 Limites do depoimento testemunhal
4.4 Falsidade sobre fato juridicamente relevante
4.5 Teorias sobre conteúdo e essência da falsidade
4.6 Falsidade sobre a qualificação pessoal: atipicidade da conduta
4.7 Inverdades na qualificação pessoal da testemunha
4.8 A paradoxal condição de imputado travestida na de “testemunha”
4.9 Falsidade da conduta da autoridade: altamente censurável
4.10 Limite espacial do falso testemunho: judicial e extrajudicial
5 Compromisso legal de dizer a verdade: testemunha não compromissada
5.1 Falso testemunho independe do compromisso de falar a verdade
5.2 Sem compromisso não há crime de falso testemunho
5.2.1 A melhor orientação doutrinária
5.3 Testemunha *versus* declarante ou informante
5.4 Vítima não é testemunha — é parte interessada
5.5 Entendimento contraditório de Hungria
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Substituição de qualificadora por majorantes
9 Retratação do falso testemunho ou falsa perícia

9.1 Limites dos efeitos decorrentes da retratação
9.2 Não exigência formal para a retratação
9.3 Incomunicabilidade da retratação
10 Pena e ação penal
Art. 343
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Objeto material: dinheiro ou qualquer outra vantagem
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Figura majorada: qualificadora *versus* majorante
8 Lei n. 10.268/2001: irretroatividade, ultratividade e inconstitucionalidade
9 Pena e ação penal
Art. 344 — Coação no curso do processo
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Violência: força física
4.2 Grave ameaça ou *vis compulsiva*
4.3 Desnecessidade de resistência efetiva
4.4 Coação objetivando pretensão legítima
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial: interesse próprio ou alheio
6 Consumação e tentativa
7 Concurso com crimes praticados com violência
7.1 Sistema de aplicação de penas: cúmulo material
7.2 Dupla criminalização da violência

8 Pena e ação penal

Art. 345 — Exercício arbitrário das próprias razões

1 Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeitos do crime

4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Necessidade da existência de uma pretensão

4.2 Natureza do direito objeto da pretensão

5 Tipo subjetivo: adequação típica

6 Consumação e tentativa

7 Concurso com crime resultante de violência: sistema do cúmulo material

8 Pena e ação penal

Art. 346

1 Considerações introdutórias

2 Bem jurídico tutelado

3 Sujeitos do crime

4 Tipo objetivo: adequação típica

4.1 Objeto material: coisa própria

4.2 Furto de coisa própria ou modalidade especial de exercício arbitrário das próprias razões: desinteligência histórica a ser superada dogmaticamente

4.3 Furto de coisa própria: heresia técnico-jurídica

4.4 Atipicidade do furto de coisa própria

4.5 Elementares típicas e anatomia do Código definidoras da objetividade jurídica

4.6 Tipo penal que não exige elemento subjetivo especial

5 Tipo subjetivo: adequação típica

6 Consumação e tentativa

7 Pena e ação penal

Art. 347 — Fraude processual

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Inovação artificiosa *versus* inovação fraudulenta
4.2 Limites interpretativos de inovação artificiosa
4.3 Interpretação restritiva: limites do arbítrio judicial
4.4 Inovação artificiosa: idoneidade indispensável
5 Elementar normativa: na pendência de processo civil ou administrativo
5.1 Inovação antes de iniciado o processo penal
5.2 Induzimento do juiz ou perito em erro
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Figura majorada
9 Pena e ação penal

Art. 348 — Favorecimento pessoal

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Pressupostos do favorecimento e punibilidade do crime precedente
4.1 Punibilidade do crime precedente
4.2 Autoridade pública: abrangência
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 Auxiliar ou verbo núcleo do tipo
5.2 Crime de forma livre: qualquer meio ou forma de execução
5.3 Favorecimento pessoal mediante omissão imprópria
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Escusa absolutória: sua extensão (§ 2º)
8.1 Equiparação constitucional do parentesco

9 Autor de crime: a culpabilidade não é mero pressuposto da pena
10 Pena e ação penal
Art. 349 — Favorecimento real
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Objeto material: produto ou proveito de crime
4 Sujeitos do crime
5 Tipo objetivo: adequação típica
5.1 A condenação do crime precedente
5.2 Natureza dos crimes precedentes
5.3 Elementar negativa do tipo: fora dos casos de coautoria ou de receptação
5.4 Receptação: similitude com o favorecimento real
6 Tipo subjetivo: adequação típica
6.1 Ausência de previsão da modalidade culposa
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal
Art. 349-A
1 Considerações preliminares
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos ativo e passivo do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 A real conotação do verbo “auxiliar”
4.2 Eficácia causal e consciência de auxiliar
4.3 Atipicidade das condutas de usar e portar
4.4 Participação do detento ou recluso
4.5 Elementar normativa: sem autorização legal
4.6 Existência de autorização legal
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Elemento subjetivo especial

5.2 Finalidade especial implícita
5.3 Não há previsão de modalidade culposa
6 Consumação e tentativa
7 Classificação doutrinária
8 Pena e ação penal
Art. 350 — Exercício arbitrário ou abuso de poder
1 Considerações especiais
Art. 351 — Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Promoção ou facilitação de fuga e favorecimento pessoal
4.2 Facilitar fuga de pessoa legalmente presa
4.3 Liberdade de meios, formas ou modos de condutas incriminadas
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Formas qualificadas: à mão armada, pluralidade de pessoas ou mediante arrombamento
7.1 Graduação do injusto penal e reprovabilidade
7.2 Se o crime é praticado à mão armada
7.3 Se o crime é praticado por mais de uma pessoa
7.3.1 Diferenças entre a qualificadora e o concurso de pessoas
7.4 Se o crime é praticado mediante arrombamento
7.5 Com violação de dever funcional: encarregado de custódia ou guarda de preso ou interno
7.5.1 Incomunicabilidade de qualificadora de caráter pessoal
8 Forma culposa: negligência no exercício de dever funcional
9 Pena e ação penal
Art. 352 — Evasão mediante violência contra a pessoa

1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Fuga extramuros: tipicidade
4.2 Crime de resistência e evasão de presídio
4.3 Legalidade da prisão ou medida de segurança
4.4 Punição cumulativa da elementar típica “violência”: *bis in idem*
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 353 — Arrebatamento de preso
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Irrelevância da natureza da prisão: criminal, civil ou administrativa
4.2 Lacuna: arrebatamento de pessoa submetida à medida de segurança
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Relevância da motivação da conduta: finalidade especial
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 354 — Motim de presos
1 Considerações introdutórias
2 Aspectos político-criminais da conflitivida de carcerária
2.1 A clássica prisão de segurança máxima
2.2 As graves deficiências do regime penitenciário
3 Bem jurídico tutelado
4 Sujeitos do crime
5 Tipo objetivo: adequação típica

5.1 A natureza militante da violência contra funcionários e agentes públicos
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal
Art. 355 — Patrocínio infiel
Parágrafo único — Patrocínio simultâneo ou tergiversação
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Defesa de interesses de partes contrárias
4.2 Limites do patrocínio infiel: somente em relação a interesse legítimo
4.3 Somente em relação à causa judicial, independentemente de sua natureza
4.4 Consequência do consentimento do interessado
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 356 — Sonegação de papel ou objeto de valor probatório
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Objeto material: autos, documento ou objeto de valor probatório
4.2 Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314)
4.3 Supressão de documento (art. 305)
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal

Art. 357 — Exploração de prestígio
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Tráfico de influência e exploração de prestígio
4.2 Modalidade *sui generis* de estelionato
4.3 Dinheiro ou outra utilidade solicitados “a pretexto de influir”
4.4 Exploração de prestígio ou corrupção
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Figura majorada
8 Pena e ação penal
Art. 358 — Violência ou fraude em arrematação judicial
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Tipo objetivo: adequação típica
4.1 Impedimento da arrematação judicial
4.2 Afastamento do concorrente ou licitante
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 359 — Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito
1 Considerações introdutórias
2 Bem jurídico tutelado
3 Sujeitos do crime
4 Objeto da proteção legal: penas acessórias ou efeitos da condenação
4.1 Dispositivo revogado pela Reforma Penal (Lei n. 7.209/84)

4.2 Inaplicabilidade nas penas restritivas de direitos
4.3 Discutível aplicabilidade nos efeitos específicos da condenação penal
4.3.1 Efeitos extrapenais da condenação
5 Tipo objetivo: adequação típica
6 Tipo subjetivo: adequação típica
7 Consumação e tentativa
8 Pena e ação penal
Capítulo IV - Dos crimes contra as finanças públicas
1 Pressuposto dos crimes contra as finanças
2 Fundamentos constitucionais
3 Criminalização de infrações administrativas
4 Bem jurídico e injusto penal
5 Responsabilidade fiscal e improbidade administrativa: crimes
6 Sanções decorrentes de improbidade administrativa
7 Cumulação de sanções e *bis in idem*: inconstitucionalidade
8 Abrangência do disposto no art. 63 do CPP
9 Penas alternativas na Lei n. 10.028/2000
10 Pena de multa
11 Efeitos da condenação (art. 92, I, *a*, do CP)
12 Efeitos da condenação (art. 92, I, *b*, do CP)
13 Coisa julgada: extensão
14 Efeitos extrapenais da condenação
15 Excessiva punição dos agentes públicos
16 Ausência de modalidade culposa
17 Leis penais em branco
18 *Novatio legis* criminalizadora: irretroatividade
19 Suspensão condicional do processo
Art. 359-A — Contratação de operação de crédito
1 Bem jurídico tutelado

2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Sem prévia autorização legislativa
3.2 Autorização legislativa e autorização legal
3.3 Operação de crédito
3.4 Interno ou externo: elementar típica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
6 Operação de crédito além do limite
6.1 Inobservância do limite, condição ou montante
6.2 Inobservância do limite da dívida consolidada
6.3 Definição legal de “dívida consolidada”
Art. 359-B — Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Despesa não empenhada previamente
3.2 Que exceda limite estabelecido em lei
4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
6 Distinção do crime anterior
6.1 Interpretação garantista

7 Desistência voluntária
8 Conflito aparente de normas
8.1 Exceção à teoria monística
9 Pena e ação penal

Art. 359-C — Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Despesa não paga no mesmo exercício financeiro
3.2 Indisponibilidade de caixa para o exercício seguinte
3.3 Contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa
4 Assunção de obrigação antes dos dois últimos quadrimestres
4.1 Mandato ou legislatura
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Erro de tipo: irrelevância da evitabilidade
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Pena e ação penal

Art. 359-D — Ordenação de despesa não autorizada

1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Despesa não autorizada por lei
3.2 Despesa “justificada” (embora não autorizada por lei)

4 Tipo subjetivo: adequação típica
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
6 Pena e ação penal
Art. 359-E — Prestação de garantia graciosa
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Concessão de garantia de operação de crédito
3.2 Contragarantia de operação de crédito
3.3 De valor igual ou superior
3.4 Na forma da lei
3.5 Contragarantia exigida por ente federativo superior
3.6 Ausência de garantia dispensa contra garantia
4 Garantia sem condicionar à adimplência: atipicidade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Pena e ação penal
Art. 359-F — Não cancelamento de restos a pagar
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Deixar de ordenar

3.2 Deixar de autorizar
3.3 Deixar de promover
4 Inscrição não superior ao limite permitido: atipicidade
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Erro de tipo e erro de proibição
6 Consumação e tentativa
7 Conflito aparente de normas
7.1 Exceção à teoria monística
8 Pena e ação penal
Art. 359-G — Aumento de despesa total com pessoal no último ano de mandato ou legislatura
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo
2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
3.1 Despesa total com pessoal
3.2 Elementar temporal
3.3 Executar: obediência hierárquica
4 Tipo subjetivo: adequação típica
4.1 Erro de tipo
5 Consumação e tentativa
5.1 Consumação
5.2 Tentativa
6 Semelhanças e diferenças com o disposto no art. 359-C
7 Pena e ação penal
Art. 359-H — Oferta pública ou colocação de títulos no mercado
1 Bem jurídico tutelado
2 Sujeitos do crime
2.1 Sujeito ativo

2.2 Sujeito passivo
3 Tipo objetivo: adequação típica
4 Controle jurídico ou legislativo
5 Tipo subjetivo: adequação típica
5.1 Erro de tipo
5.2 Erro de proibição
6 Consumação e tentativa
6.1 Consumação
6.2 Tentativa
7 Pena e ação penal

DISPOSIÇÕES FINAIS

Arts. 360 e 361

DECRETO-LEI N. 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940[1]

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

— V. art. 22, I, da CF.

PARTE GERAL

Título I - Da aplicação da lei penal

Anterioridade da lei

Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

— V. art. 5º, XXXIX e XL, da CF.
— V. arts. 2º e 3º do CPP.
— V. art. 1º do Dec.-lei n. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal) e LCP.
— V. art. 61 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo,* deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

2 Princípio da legalidade ou da reserva legal

O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal por meio da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça; somente os regimes totalitários o têm negado.

2.1 Competência legislativa: corolário da reserva legal

Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

2.2 “Nullum crimen, nulla poena sine lege”

Seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

3 Princípio da irretroatividade da lei penal

Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da *irretroatividade da lei penal*, sem a qual não haveria nem segurança nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao *princípio da legalidade* e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do CP e no art. 5º, XXXIX, da CF.

3.1 Origem do princípio da irretroatividade

A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo *Iluminismo*, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da

irretroatividade ficou desde então incluído no *princípio da legalidade*, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

3.2 Retroatividade da lei mais benigna

Contudo, o *princípio da irretroatividade* vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5º, XL, da CF). Assim, pode-se resumir a questão no seguinte princípio: *o da retroatividade da lei penal mais benigna*. A lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage.

4 Princípio da intervenção mínima

O princípio da *intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

4.1 Fundamento político da “ultima ratio”

A razão deste princípio — afirma Claus Roxin — “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”. Por isso, antes de recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

4.2 Deturpação da função do Direito Penal

Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram

desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais".

4.3 Criminalização e penalização: políticas populistas

Os legisladores contemporâneos — tanto de primeiro como de terceiro mundo — têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos.

5 Princípio da fragmentariedade

Resumindo, "caráter fragmentário" do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

5.1 Seletividade em razão da importância do bem jurídico

O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. "Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa" (Luiz R. Prado).

5.2 Aspectos da fragmentariedade do Direito Penal

1º) defende o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; 2º) tipifica somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas; 3º) deixa, em princípio, sem punir *ações meramente imorais*, como a homossexualidade ou a mentira.

6 Princípio de culpabilidade

Segundo Muñoz Conde, a culpabilidade “não é uma categoria abstrata ou ahistórica, à margem ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por que, e para que, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio”.

6.1 Culpabilidade como fundamento da pena

Refere-se, nesta acepção, ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — *capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude* e *exigibilidade da conduta* —, que constituem os *elementos positivos* específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

6.2 Culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena

Nesta acepção a culpabilidade funciona não como *fundamento da pena*, mas como *limite desta*, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

6.3 Culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva

Nesta acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa. *Nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

6.4 Consequências do princípio de culpabilidade

Pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) *não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado;* b) *a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor;* c) *a culpabilidade é a medida da pena.*

7 Princípio de humanidade

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio de humanidade. Este princípio determina "a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito" (Zaffaroni).

7.1 Função do Direito Penal: Justiça distributiva

Contudo, não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente *assistencial* e visa primeiramente à *Justiça distributiva*, responsabilizando o delinquente pela violação da ordem jurídica. Dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem ser presididas pelo princípio de humanidade.

7.2 Proscrição da pena de morte e da prisão perpétua

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

8 Princípio da adequação social

Segundo Welzel, o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa *relevância social*; caso contrário, não poderiam ser crimes. Deduz-se, consequentemente, que há condutas que por sua "adequação social" não podem ser consideradas criminosas e, por isso, não se revestem de tipicidade.

8.1 Função seletiva do tipo penal

O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, *uma valoração* (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem

de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Por isso, segundo Stratenwerth, "é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento".

8.2 Tipicidade: desvalor da ação e desvalor do resultado

A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado*, lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém, materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

8.3 Consequências da "adequação social": imprecisão inicial

Discute-se se afastaria a *tipicidade* ou simplesmente eliminaria a *antijuridicidade* de determinadas condutas típicas. O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo-a, inicialmente, como *excludente da tipicidade*, depois como *causa de justificação* e, finalmente, outra vez, como *excludente da tipicidade*. Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da "adequação social" somente como *princípio geral de interpretação*, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas.

8.4 Nosso entendimento: princípio geral de interpretação

Como "princípio geral de interpretação" não só da norma mas também da própria conduta contextualizada, é possível chegar a resultados fascinantes; por exemplo, no caso do famigerado "jogo do bicho", pode-se afastar sua aplicação em relação ao "apontador", por política criminal, mantendo-se a norma plenamente válida para punir o "banqueiro", cuja ação e resultados desvaliosos merecem a censura jurídica.

9 Princípio de insignificância

A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é

suficiente para configurar o *injusto típico*. Segundo este princípio, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal.* Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material.* Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

9.1 Princípio da insignificância: grau de intensidade da ofensa

Assim, a *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, *pela extensão da lesão produzida*.

9.2 Consequência da insignificância: afasta a tipicidade

Concluindo, a *insignificância da ofensa* afasta a *tipicidade*. Mas essa insignificância só pode ser valorada por meio da *consideração global* da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, consequentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada".

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O sistema não permite analogia em desfavor do réu. Princípio da reserva legal" (TJRS, Agravo 70022739718, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 20-2-2008).

"No âmbito do direito penal, em que vige de forma soberana o princípio da legalidade ou da reserva legal, consagrado no art. 5º, XXXIX, da CF/88 e no art. 1º do CP, a aplicação da analogia somente é admissível *in bonam parte* e, ainda assim, quando se evidenciar uma lacuna acidental da lei" (TJRS, Apelação 70018595850, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 13-2-2008).

"O reconhecimento do princípio da insignificância não se limita apenas à análise da expressão monetária do objeto receptado, mas, também e principalmente, à desvaloração do resultado, elemento material do tipo (teoria constitucionalista do delito), onde se aferem as consequências do crime. No caso concreto, considerando que os cosméticos furtados (condicionador e ativador de cachos de cabelo) são de valor irrisório (R$ 13,30) e que, em razão do flagrante, restaram restituídos à drogaria proprietária, inexistindo, pois, efetivo dano ao bem jurídico tutelado (patrimônio da pessoa jurídica), é de se considerar que o ocorrido não teve repercussão alguma na esfera penal, aplicando-se, na hipótese, o

princípio da insignificância" (STJ, HC 89.113/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11-12-2007).

"O princípio da insignificância — que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado — que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada — apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: *de minimis, non curat praetor*. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor — por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes — não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (STF, HC 92.463/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-10-2007).

"A diferença de tratamento legal entre os crimes comuns e os crimes militares, mesmo em se tratando de crimes militares impróprios, não revela inconstitucionalidade, pois o Código Penal Militar não institui privilégios. Ao contrário, em muitos pontos, o tratamento dispensado ao autor de um delito é mais gravoso do que aquele do Código Penal comum (RE 115.770/RJ). O que se pretende, neste *habeas*, é a aplicação do Código Penal Militar apenas na parte que interessa ao paciente. Entretanto, isto representaria a criação de uma norma híbrida, em parte composta pelo Código Penal Militar e, em outra parte, pelo Código Penal comum. Isto, evidentemente, violaria o princípio da reserva legal e o próprio princípio da separação de poderes" (STF, HC 86.459/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 5-12-2006).

"O fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga — três gramas — não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa — introdução da droga em penitenciária para venda a detentos" (STF, HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7-11-2006).

"Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância" (STJ, REsp 798.319/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14-3-2006).

"Não se pode olvidar o caráter fragmentário de que se reveste o direito penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos" (STF, HC 86.553/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 7-3-2006).

"A Medida Provisória não é o instrumento normativo apropriado para dispor sobre Direito Penal, que exige sua regulamentação através de Lei em sentido estrito, como consequência do princípio da legalidade" (STJ, REsp 329.164/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 5-9-2002).

"O princípio do *nullun crimen, nulla poena sine praevia lege*, inscrito no art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, e no art. 1º do Código Penal, consubstancia uma das colunas centrais do Direito Penal dos países democráticos, não se admitindo qualquer tolerância sob o

argumento de que o fato imputado ao denunciado pode eventualmente ser enquadrado em outra regra penal. Se ao réu imputa-se um fato que somente em lei posterior veio a ser definido como crime, a denúncia não tem vitalidade por ferir o princípio da anterioridade, impondo-se o trancamento da ação penal" (STJ, RHC 8.171/CE, Rel. Min. Vicente Leal, j. 2-3-1999).

"O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. [...] Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva" (STJ, REsp 46.424/RO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14-6-1994).

Lei penal no tempo

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

— V. art. 5º, XL, da CF.

— V. arts. 91, 92 e 107, III, do CP.

— V. art. 2º do CPP.

— V. art. 66, I, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

— V. art. 5º, XXXVI, LIII e LIV, da CF.

— V. Súmula 611 do STF.

Lei excepcional ou temporária

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.

— V. art. 2º do CPP.

D O U T R I N A

1 Eficácia da lei penal no tempo

Desde que uma lei entra em vigor, rege todos os atos abrangidos por sua destinação, até que cesse a sua vigência. Não alcança os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage nem tem ultra-atividade, como regra.

2 Irretroatividade da lei penal

Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da *irretroatividade* da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança nem liberdade na sociedade, num flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei (arts. 1º do CP e 5º, XXXIX, da CF).

3 Retroatividade da lei mais benigna

O princípio da irretroatividade vige, entretanto, somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no *direito transitório*, a aplicação retroativa da lei mais benigna. Somente o exame acurado de cada caso concreto poderá demonstrar a maior benignidade de uma lei.

3.1 “Abolitio criminis”

Ocorre *abolitio criminis* quando a lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada (art. 2º do CP).

3.1.1 “Abolitio criminis”: abrangência

A *abolitio criminis* configura uma situação de lei penal posterior mais benigna, que deve atingir, inclusive, fatos definitivamente julgados, mesmo em fase de execução. A *abolitio criminis* faz desaparecer todos os efeitos penais, permanecendo os civis.

3.2 “Novatio legis” incriminadora

Ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado. A *novatio legis* incriminadora é irretroativa e não pode ser aplicada a fatos praticados antes da sua vigência, segundo o velho aforisma *nullum crimen sine praevia lege*, hoje erigido em dogma constitucional (art. 5º, XXXIX, da CF).

3.3 “Novatio legis in pejus”

Lei posterior, que de qualquer modo agravar a situação do sujeito, não retroagirá (art. 5º, XL, da CF). Se houver um conflito entre duas leis, a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa, aplicar-se-á a mais benigna: a anterior será ultra-ativa, por sua benignidade, e a posterior será irretroativa, por sua severidade.

3.4 “Novatio legis in mellius”

Pode ocorrer que a lei nova, mesmo sem descriminalizar, dê tratamento mais favorável ao sujeito. Mesmo que a sentença condenatória se encontre em fase de execução, prevalece a *lex mitior* que, de qualquer modo, favorecer o agente, nos estritos termos do parágrafo único do art. 2º do CP. O dispositivo citado deixa claro que a irretroatividade é incondicional.

4 Crimes permanentes e continuados

Nos crimes permanentes ou continuados aplicar-se-á a lei posterior em vigor, desde que ainda perdure a permanência ou a continuidade, mas resultam impuníveis a continuidade dos atos precedentes à entrada em vigor da lei.

5 Lei intermediária: dupla extra-atividade

De acordo com os princípios gerais do Direito Penal intertemporal, deve-se aplicar a lei mais favorável. Se a lei intermediária for a mais favorável deverá ser aplicada. Assim, a lei posterior, mais rigorosa, não pode ser aplicada pelo princípio geral da irretroatividade, como também não pode ser aplicada a lei da época do fato, mais rigorosa. Por princípio excepcional, só poderá ser aplicada a lei intermediária, que é a mais favorável. Nessa hipótese, a lei intermediária tem dupla extra-atividade: é, ao mesmo tempo, retroativa e ultra-ativa.

6 Conjugação de leis: aspectos mais favoráveis

Admitimos essa possibilidade: se é permitido escolher o “todo” para garantir tratamento mais favorável ao réu, nada impede que se possa selecionar parte de um todo e parte de outro, para atender a uma regra constitucional que deve estar acima de pruridos de lógica formal. Deve-se

aplicar sempre os dispositivos mais benéficos.

7 Leis excepcionais e temporárias

São leis que vigem por período predeterminado, pois nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias. *Leis temporárias* são aquelas cuja vigência vem previamente fixada pelo legislador, e são *leis excepcionais* as que vigem durante situações de emergência.

7.1 Tipicidade: elemento temporal

As leis temporárias e excepcionais têm ultra-atividade. A circunstância de o fato ter sido praticado durante o prazo fixado pelo legislador (temporária) ou durante a situação de emergência (excepcional) constitui elemento temporal do próprio fato típico.

8 Retroatividade e leis penais em branco

Leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal.

8.1 Normas penais em branco: disciplina tradicional

Aplicam-se as regras gerais que disciplinam a sucessão de leis no tempo: irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna. Contudo, quando a norma penal em branco tem por objetivo assegurar o *efeito* do elemento temporal, aplica-se o critério da ultra-atividade.

9 Retroatividade e lei processual

A lei processual não tem efeito retroativo. É bom frisar que o princípio *tempus regit actum* aplica-se, sem exceção, tão somente às normas que regem a realização dos atos processuais, isto é, às que se destinam a regular a formalização processual e a organização judiciária *lato sensu*.

9.1 Lei processual imprópria

Em qualquer caso em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou

implique qualquer forma de restrição da liberdade, não terá vigência o princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, nessas hipóteses, a legislação vigente na época do crime. Isso pode ocorrer, v. g., em matéria de prescrição, prisão preventiva, prisão provisória etc.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Art. 2º

- *Súmula 611 do STF:* "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna".

"Crime praticado sob a égide da Lei n. 6.368/76. A causa de aumento de pena referente à associação eventual para o tráfico de drogas deve ser decotada da condenação da paciente, eis que a Lei n. 11.343/2006 não a trouxe no rol taxativo de seu art. 40, tratando-se, portanto, de *novatio legis in mellius*, cuja retroatividade decorre de imperativo constitucional" (STJ, HC 88.971/SP, Rel. Jane Silva, j. 13-12-2007).

"Embora possua características eminentemente processuais, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, é medida de caráter despenalizador, enquadrando-se no conceito de *lex mitior*, aplicável, portanto, aos crimes cometidos antes de sua vigência. Tratando-se de norma de caráter processual e material, vedada sua aplicação apenas em parte, cindindo seu conteúdo, sob pena de esvaziar a efetividade do instituto" (STJ, HC 72.537/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13-12-2007).

"Esta Corte Superior já sedimentou o entendimento de que a exigência do cumprimento do lapso temporal previsto na Lei n. 11.464/07 somente se aplica como requisito objetivo para a progressão de regime aos crimes cometidos após sua vigência, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa" (STJ, HC 88.387/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28-11-2007).

"O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade. O fundamento constitucional do crime militar é o art. 124, parágrafo único, da Constituição da República: tratamento diferenciado do crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar. Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal reverencia a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes" (STF, HC 92.462/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23-10-2007).

"A Lei n. 11.464/07 — no ponto em que disciplinou a progressão de regime — trouxe critérios mais rígidos do que os anteriormente estabelecidos na Lei de Execução Penal, vigente à época do fato. Não se aplica o cumprimento da pena imposta pelos critérios da Lei n. 11.464/07, o que significaria afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da Constituição da República e art. 2º do Código Penal)" (STF, HC 91.631/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16-10-2007).

"A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal" (STJ, HC 79.011/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 16-10-2007).

"A Lei n. 10.826⁄2003, em seus arts. 30 a 32, estipulou um prazo para que os possuidores de arma de fogo regularizassem sua situação ou entregassem a arma para a Polícia

Federal. Dessa maneira, até que findasse tal prazo, que se iniciou em 23-12-2003 e que teve seu termo final prorrogado até 23-10-2005 (cf. Medida Provisória n. 253/2005, convertida na Lei n. 11.191/2005), ninguém poderia ser processado por possuir arma de fogo. A nova lei, ao menos no que tange aos prazos dos artigos 30 a 32, que a doutrina chama de *abolitio criminis* temporária ou de *vacatio legis* indireta ou até mesmo de anistia, deve retroagir, uma vez que mais benéfica para o réu (APn n. 394/RN, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, j. 15-3-2006)" (STJ, REsp 80.4830/PA, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-8-2006).

"Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade *in melius* já determinara" (STF, RE 418.876/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-2004).

"Continuidade delitiva. Se a conduta delituosa permanece sendo reiterada na vigência da lei nova (*lex gravior*), aplica-se esta a toda série delitiva, sem que isso constitua ofensa aos princípios da legalidade ou da ultra-atividade da *lex mitior*. Precedentes desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal" (STJ, HC 18.605/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-10-2002).

"Se a lei nova entra em vigor no decorrer do processo, agravando a pena de quem praticara conduta delituosa descrita no anterior diploma legal, inexiste *abolitio criminis*, mas *novatio legis in pejus*, conflito de leis penais no tempo, que se resolve pela aplicação da lei mais benéfica, vigente ao tempo dos fatos, em obediência ao princípio *tempus regit actum*" (STJ, HC 12.370/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13-2-2001).

Art. 3º

"Norma penal em branco. Inaplicável, à hipótese, o constante no art. 3º do Código Penal, se a norma integrativa veio simplesmente alterar os limites de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstos na Lei n. 8.666/93, como complemento desta, e sem alterar o tipo penal ali descrito, uma vez que o fato continua sendo punível, exatamente como era ao tempo de sua prática. Precedentes. As modificações operadas pela Lei n. 9.648/98 à Lei n. 8.666/93, já no curso do procedimento licitatório em questão, sendo de caráter puramente complementar, isto é, sem qualquer alteração da figura abstrata descrita no tipo penal, não podem retroagir de forma a beneficiar os réus, descriminalizando suas condutas, que continuam típicas, uma vez que tentaram, em tese, realizar contrato público sem prévia licitação" (STJ, REsp 474.989/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-6-2003).

"Trancamento da ação penal. Sonegação praticada quando vigente a obrigatoriedade do recolhimento do tributo. Não caracterização da *abolitio criminis*. A ação penal não deve ser trancada, seja porque não houve *abolitio criminis* em relação à sonegação de tributos, seja porque se interprete o art. 4º, da EC/93, como dispositivo legal excepcional ou temporário. Dessa forma, havendo a descrição de conduta típica, indícios de autoria e materialidade do delito, como *in casu*, a ação merece continuidade" (STJ, RHC 8.433/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 4-5-1999).

"Em princípio, o art. 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se

por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica (STF, HC 73.168/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21-11-1995).

Tempo do crime

Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

— V. arts. 13, 111 e s. do CP.

D O U T R I N A

1 Teoria da atividade

Adota-se a *teoria da atividade*, uma vez que é nesse momento que o indivíduo exterioriza a sua vontade, violando o preceito proibitivo. Isso evita o absurdo de uma conduta, praticada licitamente sob o império de uma lei, poder ser considerada crime, em razão de o resultado vir a produzir-se sob o império de outra.

2 Há algumas exceções à teoria da atividade

O Código adota, implicitamente, algumas exceções à teoria da atividade, como, por exemplo: o marco inicial da prescrição abstrata começa a partir do dia em que o crime se consuma; nos crimes permanentes, do dia em que cessa a permanência; e, nos de bigamia, de falsificação e alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se torna conhecido (art. 111).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Conflito de leis penais no tempo: cuidando-se de crime permanente — qual o delito militar de deserção — aplica-se-lhe a lei vigente ao tempo em que cessou a permanência, ainda que mais severa que a anterior, vigente ao tempo do seu início” (STF, HC 80.540/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 28-11-2000).

Territorialidade

Art. 5º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções,

tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

— V. arts. 4º, 5º, LII e § 2º, e 84, VIII, da CF.

— V. arts. 1º e 70 do CPP.

§ 1º Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

— V. art. 20, VI, da CF.

§ 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

— V. arts. 89 e 90 do CPP.

— V. art. 2º do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. arts. 76 a 94 da Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

D O U T R I N A

1 Princípios dominantes

A lei penal, em decorrência do princípio de soberania, vige em todo o território de um Estado politicamente organizado. No entanto, pode ocorrer, em certos casos, para um combate eficaz à criminalidade, a necessidade de que os efeitos da lei penal ultrapassem os limites territoriais para regular fatos ocorridos além de sua soberania, ou, então, a ocorrência de determinada infração penal pode afetar a ordem jurídica de dois ou mais Estados soberanos. Surge, assim, a necessidade de limitar a eficácia espacial da lei penal, disciplinando qual lei deve ser aplicada em tais hipóteses.

2 Princípio da territorialidade

Por este princípio, aplica-se a lei penal brasileira aos fatos puníveis praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do

agente, da vítima ou do bem jurídico lesado. É a principal forma de delimitação do âmbito de vigência da lei penal. O CP brasileiro adota essa diretriz como regra geral, ainda que de forma atenuada ou temperada (art. 5º, *caput*, do CP), uma vez que ressalva a validade de convenções, tratados e regras internacionais.

2.1 Fundamento do princípio da territorialidade

O fundamento deste princípio é a *soberania política* do Estado, que, segundo Juarez Cirino dos Santos, apresenta três caracteres: "a *plenitude*, como totalidade de competências sobre questões da vida social; a *autonomia*, como rejeição de influências externas nas decisões sobre essas questões; e a *exclusividade*, como monopólio do poder nos limites de seu território".

3 Princípio real, de defesa ou de proteção

Este princípio permite a extensão da jurisdição penal do Estado titular do bem jurídico lesado, para além dos seus limites territoriais, fundamentado na *nacionalidade do bem jurídico* lesado (art. 7º, I, do CP), independentemente do local em que o crime foi praticado ou da nacionalidade do agente infrator. Protegem-se, assim, determinados bens jurídicos que o Estado considera fundamentais.

4 Princípio da nacionalidade ou da personalidade

Aplica-se a lei penal da *nacionalidade do agente*, pouco importando o local em que o crime foi praticado. O Estado tem o direito de exigir que o seu nacional no estrangeiro tenha determinado comportamento. Este princípio pode apresentar-se sob duas formas: *personalidade ativa* — caso em que se considera somente a nacionalidade do autor do delito (art. 7º, II, *b*, do CP); *personalidade passiva* — nesta hipótese importa somente se a vítima do delito é nacional (art. 7º, § 3º, do CP). Visa impedir a impunidade de nacionais, por crimes praticados em outros países, que não sejam abrangidos pelo critério da territorialidade.

5 Princípio da universalidade ou cosmopolita

As leis penais devem ser aplicadas a todos os homens, onde quer que se

encontrem. Este princípio é característico da cooperação penal internacional, porque permite a punição, por todos os Estados, de todos os crimes que forem objeto de tratados e de convenções internacionais. Aplica-se a lei nacional a todos os fatos puníveis, sem levar em conta o lugar do delito, a nacionalidade de seu autor ou do bem jurídico lesado (ex.: art. 7º, II, *a*, do CP).

6 Princípio da representação ou da bandeira

Trata-se de um princípio subsidiário, e, quando houver deficiência legislativa ou desinteresse de quem deveria reprimir, aplica-se a lei do Estado em que está registrada a embarcação ou a aeronave ou cuja bandeira ostenta aos delitos praticados em seu interior (art. 7º, II, *c*, do CP).

7 Princípios adotados pelo Código Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro adotou, como regra, o *princípio da territorialidade*, e, como exceção, os seguintes princípios: a) real ou de proteção (art. 7º, I e § 3º); b) universal ou cosmopolita (art. 7º, II, *a*); c) nacionalidade ativa (art. 7º, II, *b*); d) nacionalidade passiva (art. 7º, § 3º); e) representação (art. 7º, II, *c*).

8 Conceito de território nacional

O conceito de território nacional, em sentido jurídico, deve ser entendido como âmbito espacial sujeito ao poder soberano do Estado. "O território nacional — efetivo ou real — compreende: a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas territoriais (fluviais, lacustres e marítimas) e o espaço aéreo correspondente. Entende-se, ainda, como sendo território nacional — por extensão ou flutuante — as embarcações e as aeronaves, por força de uma ficção jurídica". Em sentido estrito, território abrange solo (e subsolo) contínuo e com limites reconhecidos, águas interiores, mar territorial (plataforma continental) e respectivo espaço aéreo.

8.1 Delimitação do território nacional

Quando os limites são fixados por *montanhas* dois critérios podem ser utilizados: o da linha das *cumeadas* e o do *divisor de águas*. Quando os limites fronteiriços entre dois países forem fixados por um rio, no caso

internacional, podem ocorrer as seguintes situações: a) quando o rio pertencer a um dos Estados, a fronteira passará pela margem oposta; b) quando o rio pertencer aos dois Estados há duas soluções possíveis: 1) a divisa pode ser uma *linha mediana* do leito do rio, determinada pela equidistância das margens; 2) a divisa acompanhará a linha de maior profundidade do rio, conhecida como *talvegue*.

8.2 Lago ou lagoa: mesmos critérios

Em princípio, os mesmos critérios que acabamos de enunciar são aplicáveis quando os limites territoriais ocorrerem através de lago ou lagoa. Normalmente, o divisor é determinado por uma linha imaginária equidistante das margens.

8.3 Rio indiviso

Nada impede que um rio limítrofe de dois Estados seja *comum* aos dois países. Nesse caso, o rio será *indiviso*, cada Estado exercendo normalmente sua soberania sobre ele.

8.4 Mar territorial: 12 milhas

O *mar territorial* constitui-se da faixa ao longo da costa, incluindo o leito e o subsolo, respectivos, que formam a plataforma continental. Os governos militares, ignorando os limites do alcance de seu arbítrio, estabeleceram os limites do *mar territorial brasileiro* em 200 milhas, a partir da baixa-mar do litoral continental e insular (Decreto-lei n. 1.098/70). De modo geral os demais países nunca chegaram a admiti-las. As 12 milhas acabaram sendo fixadas pela Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

8.5 Navios públicos ou privados

Os navios podem ser *públicos* ou *privados*. *Navios públicos* são os de guerra, os em serviços militares, em serviços públicos (polícia marítima, alfândega etc.), e aqueles que são colocados a serviço de Chefes de Estado ou representantes diplomáticos. *Navios privados*, por sua vez, são os mercantes, de turismo etc.

8.6 Tratamento dos navios públicos

Os *navios públicos*, independentemente de onde se encontrem, são

considerados *território nacional*. Por isso, qualquer crime cometido dentro de um desses navios deverá ser julgado pela Justiça brasileira (art. 5º, § 1º, 1ª parte). Pela mesma razão, os crimes praticados em navios públicos estrangeiros, em águas territoriais brasileiras, serão julgados de acordo com a lei da sua bandeira. No entanto, marinheiro de navio público que descer em porto estrangeiro e lá cometer crime será processado de acordo com a lei local, e não segundo a lei do Estado a que pertence seu navio.

8.7 Tratamento dos navios privados

Os *navios privados* têm outro tratamento: a) quando em alto-mar, seguem a lei da bandeira que ostentam; b) quando estiverem em portos ou mares territoriais estrangeiros, seguem a lei do país em que se encontrem (art. 5º, § 1º, 2ª parte).

9 Espaço aéreo

O espaço aéreo é definido por três teorias: a) *absoluta liberdade do ar* — nenhum Estado domina o ar, sendo permitido a qualquer Estado utilizar o espaço aéreo, sem restrições; b) *soberania limitada ao alcance das baterias antiaéreas* — representaria, concretamente, os limites do domínio do Estado; c) *soberania sobre a coluna atmosférica* — o país subjacente teria domínio total sobre seu espaço aéreo, limitado por linhas imaginárias perpendiculares, incluindo o mar territorial.

9.1 Teoria adotada pelo CBA

O Código Brasileiro do Ar (Dec.-lei n. 32/66), com as modificações do Decreto n. 34/67, adota a teoria da soberania sobre a coluna atmosférica.

9.2 Aeronaves públicas e privadas

As *aeronaves*, a exemplo dos navios, também podem ser públicas e privadas. E a elas se aplicam os mesmos princípios examinados quanto aos navios (art. 5º, §§ 1º e 2º).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Consoante entendimento do Pretório Excelso (HC 80.730-5/MS, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, *DJU* de 14-12-2001), o crime de tráfico internacional via aérea consuma-se no

momento em que a aeronave decola do país de origem, no caso em tela, Paraguai. Assim, o ingresso da aeronave no espaço aéreo nacional firma a competência da Justiça Federal brasileira, não se devendo confundir o momento da consumação do delito com o da apreensão da droga. O crime, portanto, cometido a bordo de aeronave, enseja a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso IX, da CF (Precedentes do STF e do STJ)" (STJ, HC 35.143/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-3-2005).

"Conflito de competência. Juízos federal e estadual. Art. 155. Delito praticado dentro do navio 'República de Venezuela', no Cais do Porto, na cidade do Rio de Janeiro. Existindo sentença de mérito condenatória prolatada pelo juízo monocrático, impende que o Tribunal, ao analisar o recurso de apelação interposto, antes de suscitar o conflito, anule a respectiva decisão" (STJ, Conflito de competência 41.109/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 26-5-2004).

Lugar do crime

Art. 6º Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

— V. arts. 22, 70 e 71 do CPP.

— V. art. 63 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

D O U T R I N A

1 Dificuldades para apurar o lugar do crime

Nem sempre será fácil apurar o lugar do crime, tarefa importante para possibilitar a adoção do princípio da territorialidade, suas exceções, e definir, enfim, os demais princípios reguladores de competência e jurisdição. Várias teorias procuram definir o lugar do crime.

2 Teoria da ação ou da atividade

Lugar do delito é aquele em que se realizou a conduta típica. O defeito desta teoria reside na exclusão da atuação do Estado em que o bem jurídico tutelado foi atingido e, à evidência, onde o delito acabou produzindo os seus maiores efeitos nocivos.

3 Teoria do resultado ou do evento

Lugar do crime é aquele em que ocorreu o evento ou o resultado, isto é, onde o crime se consumou, pouco importando a ação ou intenção do agente.

A crítica a esta teoria reside na exclusão da atuação do Estado onde a ação se realizou, que tem justificado interesse na repressão do fato.

4 Teoria da intenção

Lugar do delito é aquele em que, segundo a intenção do agente, devia ocorrer o resultado. A insuficiência desta teoria manifesta-se nos crimes culposos e preterdolosos.

5 Teoria do efeito intermédio ou do efeito mais próximo

Lugar do delito é aquele em que a energia movimentada pela atuação do agente alcança a vítima ou o bem jurídico.

6 Teoria da ação a distância ou da longa mão

Lugar do delito é aquele em que se verificou o ato executivo.

7 Teoria limitada da ubiquidade

Lugar do delito tanto pode ser o da ação como o do resultado.

8 Teoria pura da ubiquidade, mista ou unitária

Lugar do crime tanto pode ser o da ação como o do resultado, ou ainda o lugar do bem jurídico atingido. *Esta é a teoria adotada pelo Direito brasileiro*: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou a omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado" (art. 6º do CP).

8.1 Solução dos conflitos negativos

Com a doutrina mista evita-se o inconveniente dos conflitos negativos de jurisdição (o Estado em que ocorreu o resultado adota a teoria da ação e vice-versa) e soluciona-se a questão do crime a distância, em que a ação e o resultado realizam-se em lugares diversos.

8.2 Duplicidade de julgamentos

A eventual duplicidade de julgamento é superada pela regra constante do art. 8º do Código Penal, que estabelece a compensação de penas, uma

modalidade especial de detração penal.

8.3 Lacuna: parte do resultado

A definição do *lugar do crime*, contida no referido art. 6º, deixa uma possível lacuna, quando, por exemplo, se produzir no território brasileiro "parte" do resultado, e a ação ou omissão tenha sido praticada fora do território nacional e o agente não tenha pretendido que o resultado aqui se produzisse. Ocorre que o texto legal refere-se a "parte" da ação ou omissão, mas não faz o mesmo em relação ao resultado, e "parte" do resultado não pode confundir com todo este.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O legislador de 1984, ao fixar a competência pelo lugar da infração, manifestou nitidamente sua preferência pela teoria da ubiquidade, ao considerar praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou a omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu o resultado. Os atos executórios do estelionato iniciaram-se em Torres, vindo o delito se consumar em Cachoeirinha, quando a vítima passou o numerário aos meliantes. Logo, o lugar do crime tanto pode ser tido como Torres ou Cachoeirinha, pelo que dispõe o art. 6º do CP" (TJRS, Conflito de Competência 70018917815, Rel. Marlene Landvoigt, j. 25-4-2007).

Extraterritorialidade

Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

— V. arts. 1º, 70 e 88 do CPP.

— V. art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

I — os crimes:

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;

— V. art. 5º, XLIV, da CF.

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

— V. art. 109, IV, da CF.

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

— V. art. 6º da Lei n. 2.889/56 (crime de genocídio).
— V. art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

II — os crimes:

— V. art. 2º do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

— V. art. 109, V, da CF.

b) praticados por brasileiro;

— V. art. 12 da CF.

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

— V. art. 261 do CP.

§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

— V. art. 77 da Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

— V. arts. 107 a 120 do CP.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

b) houve requisição do Ministro da Justiça.

— V. arts. 5º, § 2º, e 116, II, do CP.

D O U T R I N A

1 Extraterritorialidade

As situações de aplicação extraterritorial da lei penal brasileira estão previstas no art. 7º e constituem exceções ao princípio geral da territorialidade (art. 5º). As hipóteses são as seguintes: a) *extraterritorialidade incondicionada;* b) *extraterritorialidade condicionada.*

1.1 Extraterritorialidade incondicionada

Aplica-se a lei brasileira sem qualquer condicionante (art. 7º, I, do CP), na hipótese de crimes praticados fora do território nacional, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro (art. 7º, I, do CP), com fundamento nos princípios de defesa (art. 7º, I, *a*, *b* e *c*, do CP) e da universalidade (art. 7º, I, *d*, do CP). Os casos de *extraterritorialidade incondicional* referem-se a crimes: a) *contra a vida ou a liberdade do Presidente da República*; b) *contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, Território, Município, empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público*; c) *contra a Administração Pública, por quem está a seu serviço*; d) *de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil*.

1.2 O injustificável e odioso “bis in idem”

A circunstância de o *fato ser lícito* no país onde foi praticado ou se encontrar *extinta a punibilidade* será irrelevante. A excessiva preocupação do Direito brasileiro com a punição das infrações relacionadas no inciso I do art. 7º levou à consagração de um injustificável e odioso *bis in idem*, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, que dispõe: “Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”.

1.3 Provimento jurisdicional ignorado

Nenhum Estado Democrático de Direito pode ignorar o *provimento jurisdicional* de outro Estado Democrático de Direito, devendo, no mínimo, *compensar* a sanção aplicada no estrangeiro, mesmo que de natureza diversa. Menos mal que o disposto no art. 8º corrige, de certa forma, essa anomalia, prevendo a compensação da pena cumprida no estrangeiro.

1.4 Extraterritorialidade condicionada

Aplica-se a lei brasileira quando satisfeitos certos requisitos (art. 7º, II e §§ 2º e 3º, do CP), com base nos princípios da universalidade (art. 7º, II, *a*, do CP), da personalidade (art. 7º, II, *b*, do CP), da bandeira (art. 7º, II, *c*, do CP) e da defesa (art. 7º, § 3º, do CP). As hipóteses de *extraterritorialidade condicionada* referem-se a crimes: a) *que, por tratado ou convenção, o Brasil obrigou-se a reprimir*; b) *praticados por brasileiros*; c) *praticados em aeronaves ou em embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro, e aí não sejam julgados*; d) *praticados por estrangeiros contra brasileiro fora do Brasil*.

1.5 Cooperação penal internacional

A primeira hipótese de *extraterritorialidade condicionada* refere-se à *cooperação penal internacional*, que deve existir entre os povos para prevenir e reprimir aquelas infrações penais que interessam a toda a comunidade internacional. Os *tratados e convenções internacionais* firmados pelo Brasil e homologados pelo Congresso Nacional ganham *status* de legislação interna e são de aplicação obrigatória.

1.6 Crimes praticados por brasileiros no exterior

A segunda hipótese, de *extraterritorialidade condicionada*, refere-se a *crimes praticados por brasileiros* no exterior. Como vimos, pelo princípio da *nacionalidade* ou *personalidade* o Estado tem o direito de exigir que o seu nacional, no estrangeiro, tenha comportamento de acordo com seu ordenamento jurídico. Pelo mesmo princípio, aplica-se a lei brasileira, sendo indiferente que o crime tenha sido praticado no estrangeiro. Por outro lado, em hipótese alguma o Brasil concede extradição de brasileiro nato. Assim, para evitar eventual impunidade, não se concedendo extradição, é absolutamente correto que se aplique a lei brasileira.

1.7 Aeronaves e embarcações mercantes

O terceiro caso refere-se a crimes praticados em aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou privadas, quando no estrangeiro e aí não tenham sido julgados (art. 7º, *c*). Neste caso, na verdade, o agente está sujeito à soberania do Estado onde o crime foi praticado. No entanto, se referido Estado não aplicar sua lei é natural que o Brasil o faça, para evitar

a impunidade. Essa orientação fundamenta-se no *princípio da representação* e aplica-se, subsidiariamente, somente quando houver deficiência legislativa (lacuna) ou desinteresse de quem deveria reprimir.

1.8 Praticado por estrangeiro contra brasileiro

Aplicar-se-á a lei brasileira, ainda, quando o crime praticado por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil, reunir, além das condições já referidas, mais as seguintes: a) *não tiver sido pedida ou tiver sido negada a extradição*; b) *houver requisição do Ministro da Justiça* (art. 7º, § 3º).

1.9 Condições para aplicação da lei brasileira

São as seguintes: a) *entrada do agente no território nacional*; b) *o fato ser punível também no país em que foi praticado*; c) *estar o crime incluído entre aqueles em que a lei brasileira autoriza a extradição*; d) *o agente não ter sido absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena*; e) *não ter sido perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável* (art. 7º, § 2º).

2 Lei penal em relação às pessoas

O princípio da territorialidade, como vimos, faz ressalvas aos tratados, convenções e regras de Direito internacional, dando origem às *imunidades diplomáticas*. Há igualmente exceções decorrentes de normas de Direito público interno, que originam as *imunidades parlamentares*. As imunidades — diplomáticas e parlamentares — não estão vinculadas à pessoa autora de infrações penais, mas às funções eventualmente por ela exercidas.

2.1 Imunidade diplomática

A imunidade diplomática impõe limitação ao princípio *temperado* da territorialidade (art. 5º do CP). Trata-se de “privilégios outorgados aos representantes diplomáticos estrangeiros, observando sempre o princípio da mais estrita reciprocidade”. A Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 56.435/65, estabelece para o diplomata imunidade de jurisdição penal, ficando sujeito à jurisdição do Estado a que representa (art. 31).

2.1.1 Natureza jurídica: causa pessoal de exclusão de pena

A natureza jurídica desse privilégio, no âmbito do Direito Penal, constitui *causa pessoal de exclusão de pena*. No entanto, essa imunidade pode ser renunciada pelo Estado acreditante e não pelo agente diplomático, em razão da própria natureza do instituto.

2.1.2 Extensão da imunidade: todos os agentes diplomáticos e familiares

A imunidade se estende a todos os agentes diplomáticos e funcionários das organizações internacionais (ONU, OEA etc.), quando em serviço, incluindo os familiares. Estão excluídos desse privilégio os empregados particulares dos agentes diplomáticos.

2.1.3 Exclusão: agentes consulares

Os cônsules, agentes administrativos que representam interesses de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, não têm imunidade diplomática; têm apenas imunidade de jurisdição administrativa e judiciária *pelos atos realizados no exercício das funções consulares*. Nada impede, porém, que tratado bilateral estabeleça imunidade diplomática.

2.2 Imunidade parlamentar

Para que o Poder Legislativo possa exercer seu múnus público com liberdade e independência, a Constituição assegura-lhe algumas prerrogativas, dentre as quais se destacam as *imunidades*. A imunidade, por não ser um direito do parlamentar, mas do próprio Parlamento, é irrenunciável. A imunidade parlamentar é um privilégio ou prerrogativa de Direito público interno e de cunho personalíssimo, decorrente da função exercida.

2.2.1 Espécies de imunidades parlamentares

a) *Imunidade material* — assegura-se a imunidade material, que também é denominada *imunidade absoluta* (penal, civil, disciplinar e política) e refere-se à *inviolabilidade* do parlamentar (senador, deputado federal, estadual, vereador), no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (arts. 53, *caput*, 27, § 1º, e 29, VIII, da CF). A inviolabilidade pela manifestação do pensamento é considerada elementar nos regimes democráticos e inerente ao exercício do mandato.

b) *Imunidade formal* — também denominada *imunidade relativa* ou processual, refere-se à prisão, ao processo, a prerrogativas de foro (arts. 53, § 4º, e 102, I, *b*), isto é, refere-se ao processo e julgamento (art. 53, §§ 1º e 3º, da CF). O termo inicial da imunidade, material e formal, ocorre com a diplomação do parlamentar (art. 53, § 1º, da CF) e encerra-se com o término do mandato.

2.2.2 Imunidade do parlamentar estadual

A imunidade material e formal foi estendida ao deputado estadual (art. 27, § 1º, da CF). Contudo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, as imunidades e prerrogativas concedidas aos deputados estaduais limitam-se às autoridades judiciárias dos respectivos Estados-membros, dispondo na Súmula 3 o seguinte: "A imunidade concedida a Deputado Estadual é restrita à Justiça do Estado-membro".

2.2.3 Imunidade do vereador

Os vereadores também são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, mas somente no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29, VIII, da CF). Porém, os vereadores não têm imunidade processual nem gozam de foro privilegiado.

3 Da imunidade parlamentar a partir da EC n. 35/2001

Antes da vigência da Emenda Constitucional n. 35/2001, a *imunidade parlamentar* limitava-se, na verdade, à *inviolabilidade penal*. Essa Emenda deu ao *caput* do art. 53 da Constituição Federal a seguinte redação: "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos". Com essa redação, a Emenda n. 35 estendeu expressamente a *inviolabilidade* para o campo *civil*, razão pela qual os parlamentares também passam a não responder pelos *danos materiais e morais* decorrentes de suas manifestações representadas por palavras, opiniões e votos. Em outros termos, o pedido de reparação civil por danos materiais ou morais decorrentes de opiniões, palavras e votos passa a ser *juridicamente impossível*.

3.1 Inviolabilidade civil: criação pretoriana

A bem da verdade, antes mesmo da vigência da Emenda n. 35, o

Superior Tribunal de Justiça já havia reconhecido, a favor dos parlamentares, a inviolabilidade civil, uma vez que, embora não fosse expressamente previsto no Texto Constitucional, não havia, por outro lado, qualquer proibição em sentido contrário.

3.1.1 Ampliação da inviolabilidade: âmbito administrativo

A despeito de o Texto Constitucional emendado referir-se apenas à *inviolabilidade penal* e *civil*, acreditamos que não há nenhum óbice para estendê-la ao âmbito administrativo e político, na medida em que a nova redação constitucional refere-se a "quaisquer de suas opiniões, palavras e votos", ao contrário do texto anterior, que se limitava a "opiniões, palavras e votos".

3.2 Nexo funcional: pressuposto básico

Por outro lado, embora a locução "quaisquer de suas opiniões" possa sugerir que todas as manifestações do parlamentar estariam acolhidas pela inviolabilidade penal, inclusive quando proferidas fora do exercício funcional, não se pode atribuir-lhe tamanha abrangência; conflitaria, com efeito, com os princípios éticos orientadores de um Estado Democrático de Direito, no qual a *igualdade* assume o *status* de princípio dos princípios, além de divorciar-se de sua verdadeira finalidade, qual seja, a de assegurar o exercício pleno e independente da função parlamentar. Assim, conquanto o *nexo funcional* não se encontre expresso, quer nos parecer que se trata de *pressuposto básico* legitimador da *inviolabilidade parlamentar*, cuja ausência transformaria a inviolabilidade em privilégio odioso. Na realidade o interesse em preservar e assegurar a liberdade e independência do parlamentar não pode institucionalizar arbitrariedades e abusos manifestos.

3.3 Âmbito espacial: exclusão do licenciado

Contudo, é indiferente que as manifestações sejam praticadas dentro ou fora do Congresso Nacional, desde que haja *nexo funcional*, inclusive para aquelas manifestações proferidas através da mídia.

No entanto, o parlamentar que se licencia (afasta-se do parlamento) para ocupar algum cargo na Administração Pública não está acobertado pela *imunidade parlamentar*, embora mantenha o foro especial por prerrogativa de função. Nesse sentido, foi cancelada a Súmula 4 do STF, que tinha a

seguinte redação: “Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado”.

3.4 A imunidade processual e prisional

Antes da vigência da EC n. 35/2001, com um *controle legislativo prévio*, a *imunidade processual* impedia que o parlamentar, desde a expedição do diploma, pudesse ser processado criminalmente, sem *prévia licença* da Casa de origem (Câmara ou Senado). Tratava-se de um *ato vinculado* e unilateral. O pedido de licença era encaminhado pelo STF, depois de oferecida a denúncia ou queixa. A licença do Parlamento constituía, em outros termos, uma *condição de procedibilidade*.

Com a EC n. 35/2001 o controle legislativo passou a ser *a posteriori*, mudando toda a sistemática. O STF não mais depende de autorização para iniciar processo criminal contra todo e qualquer parlamentar autor de infração criminal; agora, ao contrário, para trancá-lo, o Senado ou a Câmara terão, necessariamente, de agir para sustá-lo. Volta-se a ter, praticamente, o mesmo sistema que fora implantado pela EC n. 22/82.

4 Sustação de processo em andamento

Resumindo, a *imunidade processual parlamentar* limita-se à possibilidade de sustar processo criminal em andamento, e não impedir que determinado processo seja instaurado. A imunidade processual “não constitui obstáculo para qualquer *ato investigatório* (investigação administrativa ou criminal), que (era e) é presidido por ministro pertencente ao STF” (STF, Recl. 511-PB, Celso de Mello, *DJU*, 15 fev. 1995). Em outros termos, o Parlamento não pode suspender qualquer tipo de investigação criminal, mas somente, por maioria, sustar processo criminal instaurado.

4.1 Imunidade prisional

A EC n. 35/2001 passou a assegurar também a *imunidade prisional*, nos seguintes termos: “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Neste caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

Constata-se, de plano, que por *crimes afiançáveis* jamais o parlamentar poderá ser preso. Contudo, deverá ser processado normalmente, na medida em que não existe imunidade material absoluta, desde que o fato não tenha conexão com o exercício do mandato.

5 Extradição

Segundo o Congresso Internacional de Direito Comparado de Haia, 1932, a extradição é "uma obrigação resultante da solidariedade internacional na luta contra o crime".

5.1 Conceito de extradição

Extraditar significa entregar a outro país um indivíduo, que se encontra refugiado, para fins de ser julgado ou cumprir a pena que lhe foi imposta. Em outros termos, extradição é "o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo".

5.2 Espécies de extradição

A extradição pode ser: a) *ativa*: em relação ao Estado que a reclama; b) *passiva*: em relação ao Estado que a concede; c) *voluntária*: quando há anuência do extraditando; d) *imposta*: quando há oposição do extraditando; e) *reextradição*: ocorre quando o Estado que obteve a extradição (requerente) torna-se requerido por um terceiro Estado, que solicita a entrega da pessoa extraditada.

5.3 Princípios da extradição

I — *Quanto ao delito:*

a) *princípio da legalidade* (art. 91, I, da Lei n. 6.815/80 — EE): por este princípio não haverá extradição se o crime imputado ao extraditando não estiver especificado em tratado ou convenção internacional;

b) *princípio da especialidade:* significa que o extraditado não poderá ser julgado por fato diverso daquele que motivou a extradição;

c) *princípio da identidade* da norma (art. 77, II, do EE): o fato que origina o pedido de extradição deve consistir em crime também no país ao qual a extradição foi solicitada.

II — *Quanto à pena e à ação penal:*

a) *princípio da comutação* (art. 91, III, da EE): como corolário do princípio de humanidade, a extradição concedida pelo Brasil é condicionada à não aplicação de pena de morte ou pena corporal. Se o país que a requerer tiver a cominação de tais penas, para o delito imputado, terá de comutá-las em pena privativa de liberdade;

b) *princípio da jurisdicionalidade* (art. 77, VIII, do EE): pretende impedir que o extraditando seja julgado, no país requerente, por Tribunal ou Juízo de exceção. Implicitamente procura garantir o princípio do *juiz natural*;

c) *princípio "non bis in idem"* (arts. 77, III, e 91, II, do EE): há dois aspectos a considerar: em primeiro lugar, um conflito positivo de competência, que impede a concessão da extradição quando o Brasil for igualmente competente para julgar o caso; em segundo lugar, a necessidade de assumir a obrigação de comutar o tempo de prisão que foi imposta no Brasil, em decorrência do pedido de extradição (art. 91, II, do EE);

d) *princípio da reciprocidade* (art. 76 do EE): a extradição institui-se basicamente sobre o princípio da reciprocidade, que convém a dois Estados soberanos, especialmente por dois aspectos: de um lado, porque o delito deve ser punido na comunidade onde foi praticado, e, de outro lado, porque expulsa do território nacional um delinquente, naturalmente indesejável, que um Estado estrangeiro deseja julgar e punir.

5.4 Condições para a extradição

As condições para a concessão da extradição vêm enumeradas no art. 77 (condições negativas) e no art. 78 (condições positivas) do Estatuto do Estrangeiro.

5.5 Limitações à extradição

a) *brasileiro nato* — a principal limitação em relação à pessoa é a da *não extradição de nacionais:* o *brasileiro nato* não pode ser extraditado em nenhuma hipótese;

b) *brasileiro naturalizado* — poderá ser extraditado por crime comum praticado antes da naturalização ou por envolvimento comprovado em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, LI, da CF e art. 77, I, do EE). O nacional não extraditado responde perante a Justiça brasileira (art. 7º, II e § 2º, do CP);

c) *alguns crimes especiais: ambiguidade* — em relação aos crimes religiosos, fiscais e puramente militares, a lei brasileira não é precisa. Na verdade, estabelece um regime facultativo, embora a doutrina e a jurisprudência dominantes se manifestem no sentido de não se conceder a extradição por tais infrações. O mesmo não ocorre com o crime político ou de opinião, em que a proibição constitucional é expressa (arts. 5º, LII, da CF e 77, VII, do EE). Ver nosso Manual sobre crimes políticos.

5.6 Requisitos para a concessão de extradição

São indispensáveis os seguintes requisitos para a concessão da extradição: 1º) exame prévio pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *g*); 2º) existência de convenção ou tratado firmado com o Brasil ou, na sua falta, o oferecimento de reciprocidade; 3º) existência de sentença final condenatória ou decreto de prisão cautelar; 4º) ser o extraditando estrangeiro; 5º) o fato imputado deve constituir crime perante o estado brasileiro e o estado requerente.

5.7 Cláusulas limitadoras da extradição

a) Não ser preso ou processado por fatos anteriores ao pedido; b) aplicar o princípio da detração (descontar na prisão ou medida de segurança o tempo de prisão provisória ou administrativa que teve no Brasil); c) não aplicar pena de morte (salvo em caso de guerra, como permite o Brasil) e de prisão perpétua; d) não entregar o extraditando a outro país, salvo se houver a concordância do Brasil; e) não agravar a pena do extraditando por motivo político.

5.8 Vinculação ao fato motivador da extradição

A imposição das cláusulas limitadoras demonstra a preocupação brasileira com as garantias e os direitos fundamentais; tais cláusulas decorrem do *princípio de especialidade*. Por esse princípio, o extraditando somente poderá ser processado no país requerente pelos fatos autorizados no próprio processo de extradição.

5.9 Pressupostos (ou requisitos negativos) da extradição

a) A pena máxima para o crime imputado ao extraditando deve ser superior a um ano, pela legislação brasileira; b) o crime imputado ao

extraditando não pode ser político ou de opinião; c) o extraditando não pode estar sendo processado, nem pode ter sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; d) o Brasil deve ser incompetente para julgar a infração, segundo as suas leis, e o estado requerente tem de provar a sua competência; e) o extraditando, no exterior, não pode ser submetido a tribunal de exceção.

6 Procedimento do processo de extradição

Quando se inicia o processo de extradição, o extraditando deve ser preso e colocado à disposição do STF (art. 81 do EE e art. 208 do RISTF). O entendimento, nesses casos, é de não admitir *prisão domiciliar, liberdade vigiada*, *prisão albergue*, nem mesmo as chamadas medidas alternativas. Na realidade, o STF tem considerado como uma espécie de *prisão preventiva*, embora seja de natureza obrigatória. Afora essa prisão obrigatória (que para alguns tem natureza administrativa), o Estado estrangeiro pode postular, cautelarmente, a *prisão preventiva* do extraditando e, nesse caso, terá 90 dias para formalizar o pedido de extradição, a não ser que tratado bilateral estabeleça prazo diverso (entre Brasil e Argentina, esse prazo é fixado em 45 dias).

6.1 Limitação da defesa do extraditando

A tramitação do processo de extradição tem prioridade no Supremo Tribunal Federal, podendo ser precedido somente por *habeas corpus*, que é a prioridade número um. A defesa do extraditando é limitada e circunscreve-se, fundamentalmente, em três aspectos: a) erro quanto à identidade da pessoa extraditanda; b) defeito formal dos documentos apresentados pelo Estado estrangeiro; e c) ilegalidade do pedido de extradição.

6.2 Obrigatoriedade da extradição

Finalmente, estando satisfeitos os princípios, os requisitos e as demais condições legais, previstas nas legislações ordinário-constitucionais de cada país, nos tratados e convenções ou, se for o caso, na adoção do princípio de reciprocidade, a extradição de estrangeiro não pode ser negada.

7 Deportação e expulsão

A *deportação* e a *expulsão* são medidas administrativas de polícia com a finalidade comum de obrigar o estrangeiro a deixar o território nacional. A primeira consiste na *saída compulsória* do estrangeiro para o país de sua nacionalidade ou procedência ou para outro que consinta em recebê-lo (art. 58 do EE). Verifica-se a deportação nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro (art. 57 do EE). O deportado pode reingressar no território nacional sob certas condições (art. 64).

7.1 Causas que levam à expulsão

Ocorre a expulsão quando o estrangeiro atentar, de qualquer forma, contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

7.2 Outros fundamentos para a expulsão

É passível, também, de expulsão o estrangeiro que: "a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro" (art. 65 do EE).

7.3 Natureza jurídica da expulsão

A expulsão não é pena, mas medida preventiva de polícia. Constitui medida administrativa, adotada pelo Estado, com suporte no poder político e fundamentada no legítimo direito de defesa da soberania nacional. Cabe ao Presidente da República deliberar sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão (art. 66 do EE). O art. 75 do Estatuto do Estrangeiro arrola as causas impeditivas da expulsão. O Decreto n. 98.961, de 15 de fevereiro de 1990, dispõe sobre a expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes e drogas afins.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 1 do STF:* "É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna".
- *Súmula 245 do STF:* "A imunidade parlamentar não se estende ao corréu sem essa

prerrogativa".

- *Súmula 421 do STF:* "Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro".

a) *Extraterritorialidade*

"Se a atividade, tida como ilícita, não ocorreu no Brasil, o paciente, como gerente de banco, não está sujeito às leis brasileiras, visto que os contratos foram assinados no Uruguai (art. 7º, I e II, do CP)" (TRF-1ª região, HC 2007.01.00.042175-0, Rel. Tourinho Neto, j. 22-10-2007).

"Crime perpetrado no exterior. Autoria imputada a brasileiro. Possibilidade de persecução penal no Brasil. Nos termos do art. 7º, II, *b*, e § 2º, do CP, é possível a persecução penal no Brasil contra cidadão brasileiro acusado de prática de crime no estrangeiro, a despeito de já haver processo em curso no país onde ocorreu o delito" (STJ, AgRg na CR 571/EX 2005/0020548-2, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 6-6-2007).

"Homicídio cuja execução se iniciou no Brasil e o resultado se ultimou no exterior. Princípio da extraterritorialidade. O crime cometido, no estrangeiro, contra brasileiro ou por brasileiro, é da competência da Justiça Brasileira e, nesta, da Justiça Federal, a teor da norma inserta no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, por força dos princípios da personalidade e da defesa, que, ao lado do princípio da justiça universal, informam a extraterritorialidade da lei penal brasileira (Código Penal, art. 7º, II, *b*, e § 3º) e são, em *ultima ratio*, expressões da necessidade do Estado de proteger e tutelar, de modo especial, certos bens e interesses" (STJ, HC 18.307/MT, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-4-2002).

b) *Imunidades*

"Imunidade parlamentar material (CF, art. 53): incidência. As declarações proferidas pelo querelado, na qualidade de Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, alusivas a denúncias de tortura sob investigação do Ministério Público são palavras absolutamente ligadas ao exercício do mandato, donde estarem cobertas pela imunidade parlamentar material. Não é cabível indagar sobre nenhuma qualificação penal do fato objetivo, se ele está compreendido na área da inviolabilidade parlamentar" (STF, Inq. 2.282/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-6-2006).

"A prerrogativa indisponível da imunidade material — que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) — não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. A situação registrada nos presentes autos indica que a data da suposta prática delituosa ocorreu em momento no qual o ora denunciado ainda não se encontrava investido na titularidade de mandato legislativo. Consequente inaplicabilidade, a ele, da garantia da imunidade parlamentar material" (STF, Inq-QO 1.024/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21-11-2002).

"Prisão preventiva. Acusado que exercia as funções de Cônsul de Israel no Rio de Janeiro. Crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Inexistência de obstáculo à prisão preventiva, nos termos do que dispõe o art. 41 da Convenção de Viena sobre relações consulares. Atos imputados ao paciente que não guardam pertinência com o desempenho de funções consulares. Necessidade da prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal" (STF, HC 81.158/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14-5-2002).

c) *Extradição e expulsão*

"A concordância do extraditando com o deferimento do pedido é juridicamente irrelevante, vez que não afasta o controle de legalidade conferido ao STF" (STF, Extr. 1.052, Rel. Min.

Eros Grau, j. 27-9-2006).

“Uma vez configurada a prescrição, de acordo com a regência do Direito brasileiro, cumpre limitar o deferimento do pedido de extradição” (STF, Extr. 975, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-6-2006).

“Pode ser extraditado o brasileiro naturalizado que adquiriu a nacionalidade após a prática do crime comum que fundamenta o pedido de extradição” (STF, HC 87.219/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14-6-2006).

“O Supremo Tribunal Federal, em recente revisão da jurisprudência, firmou a orientação de que o Estado requerente deve emitir prévio compromisso em comutar a pena de prisão perpétua, prevista pela legislação argentina, para a pena privativa de liberdade com o prazo máximo de trinta anos. Esse entendimento baseia-se na garantia individual fundamental prevista pelo art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal do Brasil” (STF, Extr. 985, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 6-4-2006).

“Pedido extradicional que atende às exigências formais da Lei n. 6.815/80. A ausência de tratado bilateral não impede a concessão de pedido extradicional, desde que o Estado requerente formalize promessa de reciprocidade, passível de fiel cumprimento” (STF, Extr. 971, Rel. Min. Carlos Britto, j. 23-3-2006).

“O postulado da dupla tipicidade — por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição — impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos” (STF, Extr. 953, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28-9-2005).

“Na linha da jurisprudência desta egrégia Corte, o Tratado de extradição, superveniente ao pedido, é imediatamente aplicável, seja em benefício, seja em prejuízo do extraditando” (STF, Extr. 937, Rel. Min. Carlos Britto, j. 3-3-2005).

“Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. Inexistência, ademais, dos requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica. Não ocorrência de causa impeditiva” (STF, HC 82.893, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 17-12-2004).

“Esta Corte firmou o entendimento no sentido de impossibilitar o pleito de extradição após a solene entrega do certificado de naturalização pelo juiz, salvo comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. A norma inserta no artigo 5º, LI, da Constituição do Brasil não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata” (STF, Extr. 934, Rel. Min. Eros Grau, j. 9-9-2004).

“O repúdio ao terrorismo: um compromisso éticojurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII, da Constituição da República – que veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião – não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista” (STF, Extr. 855, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26-8-2004).

“Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, *b*, e respectivo § 2º) — e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradição Brasil/Portugal (art. IV), fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP,

art. 88), a concernente *persecutio criminis*, em ordem a impedir, por razões de caráter éticojurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes. Doutrina. Jurisprudência" (STF, HC 83.113/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26-6-2003).

"Tratado bilateral, no Brasil, tem hierarquia de lei ordinária e natureza de lei especial, que afasta a incidência da lei geral de extradição" (STF, Extr. 795, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 8-2-2001).

Pena cumprida no estrangeiro

Art. 8º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

— V. art. 42 do CP.

— V. arts. 787 a 790 do CPP.

DOUTRINA

Quando a pena aplicada no exterior for diversa, pelo mesmo crime, será atenuada a pena aplicável no Brasil; quando se tratar de pena idêntica, haverá dedução da pena a cumprir, uma espécie de detração penal. Trata-se, na verdade, de um reconhecimento do democrático e universal princípio *ne bis in idem*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Crime iniciado em território nacional. [...] 1. Aplica-se a lei brasileira ao caso, tendo em vista o princípio da territorialidade e a teoria da ubiquidade consagrados na lei penal. [...] 4. Não existe qualquer óbice legal para a eventual duplicidade de julgamento pelas autoridades judiciárias brasileira e paraguaia, tendo em vista a regra constante do art. 8º do Código Penal". (STJ, HC 41.892/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 2-6-2005).

Eficácia de sentença estrangeira

Art. 9º A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

— V. art. 105, I, *i*, da CF.

— V. arts. 780 a 790 do CPP.

I — obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a

outros efeitos civis;

— V. arts. 63 a 68 do CPP.

II — sujeitá-lo a medida de segurança.

— V. arts. 96 a 99 do CP.

— V. arts. 171 a 179 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Parágrafo único. A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

D O U T R I N A

1 Limites dos efeitos de sentença estrangeira

A execução de pena é ato de soberania; por isso, os efeitos de sentença estrangeira no Brasil são limitadíssimos: resumem-se a dois (pouco usuais, inclusive). Assim como não se aplicam aqui as leis estrangeiras, seus julgados tampouco podem ser executados.

2 Efeitos que dependem de homologação do STJ

Os efeitos que sentença penal estrangeira produz no País são: a) *aplicação de medida de segurança;* b) *ressarcimento do dano ou restituição civil*, necessitando para tanto da homologação do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, da CF; arts. 787 a 790 do CPP). Esses efeitos ainda dependem da satisfação das condições exigidas no parágrafo único.

3 Efeitos que não dependem de homologação do STJ

a) reconhecimento da reincidência (art. 63);

b) requisito para a extraterritorialidade (art. 7º, § 2º, *d* e *e*, do CP). Para esses efeitos, não é necessária a homologação, sendo suficiente a comprovação legal da existência da condenação.

4 Competência para a homologação

É atribuição do Superior Tribunal de Justiça examinar sentença estrangeira e, se for o caso, homologá-la (art. 105, I, *i*, da CF e arts. 787 a 790 do CPP).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 420 do STF:* "Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova de trânsito em julgado".

"Sentença penal estrangeira. Decretação da prisão de pessoa domiciliada no Brasil. Impossibilidade de homologação pelo STF, sob pena de ofensa à soberania nacional. O ordenamento positivo brasileiro, tratando-se de sentença penal estrangeira, admite a possibilidade de sua homologação, desde que esse ato sentencial tenha por estrita finalidade (a) obrigar o condenado à reparação civil *ex delicto* (RTJ 82/57) ou (b) sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança (CP, art. 9º). Não pode ser homologada, no Brasil, sentença penal estrangeira que tenha decretado a prisão de pessoa com domicílio em território brasileiro" (STF, SE 5.705/EUA, Pres. Min. Celso de Mello, j. 17-3-1998).

Contagem de prazo

Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

— V. art. 798, § 1º, do CPP.

DOUTRINA

1 Prazos do Código Penal

O *prazo processual* desconsidera o dia inicial, começando no primeiro dia útil seguinte, e considera o termo final (art. 798, § 1º, do CPP). No *prazo penal material*, ao contrário, computa-se o primeiro dia e se exclui o último. Os prazos penais não se interrompem nem se suspendem por férias, domingos ou feriados. Essa disciplina prazal aplica-se a todos os prazos materiais: execução de penas, *sursis*, prescrição, livramento condicional, decadência etc. Assim, por exemplo, o prazo de dez dias, iniciado no dia cinco, encerra-se no dia 14, às 24 horas.

2 Prazos previstos em dois códigos

Quando o mesmo prazo estiver previsto em dois códigos (CP e CPP, v.

g.), aplica-se a contagem que for mais favorável ao acusado. Isso ocorre, por exemplo, na prescrição, decadência etc.

3 Contagem do prazo da perempção

A perempção é instituto de direito material, é causa de extinção da punibilidade, assumindo caráter e natureza material. Não comungamos da opinião dominante, segundo a qual deveria ser adotado o prazo processual.

4 Calendário comum: gregoriano

Calendário comum é o gregoriano, de maneira que os meses e os anos têm sempre seu número real de dias, com um ano bissexto a cada quatro anos. A contagem do lapso temporal é feita a partir do termo inicial ao dia correspondente do próximo mês, ou seja, de maneira direta ou corrida, sem levar em conta as horas (frações do dia). Assim, o prazo de um ano, iniciando-se a qualquer hora do dia 15 de setembro, terminará às 24 horas do dia 14 de setembro do ano seguinte. É irrelevante que o dia do início seja domingo ou feriado e que o ano seja ou não bissexto. A hora do início tampouco é relevante, computando-se por inteiro o dia do começo do prazo.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"O prazo de prescrição é prazo de natureza penal, expresso em anos, contando-se na forma preconizada no art. 10, do Código Penal, na linha do calendário comum, o que significa dizer que o prazo de um ano tem início em determinado dia e termina na véspera do mesmo dia do mês e ano subsequentes. Os meses e anos são contados não *ex numero*, mas *ex numeratione dierum*, seja, não se atribui 30 dias para o mês, nem 365 dias para o ano, sendo irrelevante o número de dias do mês — 28, 29, 30 e 31 —, mas o espaço entre duas datas idênticas de meses consecutivos" (STJ, REsp 188.681/SC, Rel. Min. Vicente Leal, j. 5-9-2000).

"Sendo a decadência causa extintiva de punibilidade, o prazo respectivo tem caráter penal e deve ser contado nos termos do art. 10, do Código Penal, computando-se o *dies a quo*, que é o dia da ciência da autoria do fato pelo querelante, e encerrando-se na véspera do mesmo dia do mês subsequente, obedecendo-se o calendário comum (gregoriano)" (STJ, REsp 103.231/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 16-4-1999).

"A legislação penal sufragou o calendário gregoriano para o cômputo do prazo. O período do dia começa a zero hora e se completa às 24 horas. Inclui-se o dia do começo. A idade é mencionada por ano. Não se leva em conta a hora do nascimento. O dia do começo, normativamente, independe do instante da ocorrência do nascimento. Termina às 24 horas. Assim, a pessoa nascida ao meio-dia completa o primeiro dia de vida à meia-noite" (STJ, REsp 16.849/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29-9-1992).

Frações não computáveis da pena

Art. 11. Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

D O U T R I N A

1 Alteração legislativa

O Decreto-lei n. 2.284/86 instituiu o *cruzado*; a Lei n. 7.730/89 criou o *cruzado novo*, mantendo o centavo; a Lei n. 8.024/90 voltou a adotar o *cruzeiro*, mantendo novamente o centavo; a Lei n. 8.697/93 criou o *cruzeiro real*; finalmente, a Lei n. 8.880/94 instituiu o *real*, mantendo o centavo.

2 Frações das penas temporais

Não são computadas nas *penas privativas de liberdade* e nas *restritivas de direitos* as frações de dias, isto é, as horas e minutos dessas penas; não podem ser desprezadas, porém, as frações de mês e ano. As frações de mês devem ser reduzidas a dias e as frações de ano a meses.

3 Frações das penas pecuniárias

Nas penas pecuniárias, não são computadas as frações da *unidade da moeda nacional* (ontem o cruzeiro, hoje o real, amanhã o que houver etc.). Adotamos esse raciocínio por extensão à *prestação pecuniária* e à *perda de bens e valores*, cuja natureza também é pecuniária, a despeito da ficção legal.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Fixação da pena. Considerando-se a continuidade delitiva reconhecida em primeira e segunda instâncias (art. 71 do CP), com o aumento da pena estabelecido em 1⁄6 (um sexto), e na ausência de outras causas de aumento ou diminuição, fica a pena definitivamente fixada em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 19 (dezenove) dias, desprezando-se as frações de dia, de acordo com o art. 11 do Código Penal" (STJ, HC 31.289/RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. 21-10-2004).

"São desprezáveis as frações de dia-multa e as frações de real, ou seja, os centavos. As frações de dia-multa (CP, art. 49) podem não ser computadas, por força do princípio que

manda desprezar as *frações de dia*" (TJMG, Apelação 2.0000.00.421366-1/000(1), Rel. Eduardo Brum, j. 3-12-2003).

Legislação especial

Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

— V. art. 1º do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. art. 287 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

D O U T R I N A

1 Aplicação das regras gerais: abrangência

O sistema penal brasileiro é composto pelos Códigos Penal e de Processo Penal e pelas leis extravagantes. As regras gerais do Código Penal são aplicáveis à legislação especial, quando não houver disposição expressa em sentido contrário. Assim, a regra é a aplicação; a exceção será a não aplicação.

2 Regras gerais: Parte Geral e Parte Especial

O Código Penal também contém regras gerais insertas na Parte Geral, como, por exemplo, conceito de funcionário público (art. 327).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Tratando-se de dispositivos legais que tipificam uma única conduta — homicídio culposo —, evidenciando o conflito aparente de normas, impõe-se a observância do princípio da especialidade, devendo prevalecer a norma especial, no caso, o Código de Trânsito Brasileiro, que, no art. 302, prevê a prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, não sendo de falar em violação dos princípios da proporcionalidade ou da isonomia" (STJ, HC 13.779/BA, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 17-8-2006).

Título II - DO CRIME

Relação de causalidade

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

— V. arts. 69 a 71 do CP.

— V. art. 19 do CP.

Superveniência de causa independente

§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

D O U T R I N A

1 Considerações gerais

O Direito Penal limita-se a regular a atividade humana (parte dela), uma vez que os demais *processos naturais* não podem ser objeto de regulação pelo Direito, porque são *forças ou energias cegas*, enquanto a atividade humana é uma *energia inteligente*.

2 Crime: ação e resultado

No CP há previsão de infrações chamadas de crimes de *mera atividade* ou de *mera conduta*, os quais se consumam com a simples realização de um comportamento, comissivo ou omissivo, não se dando importância às suas

eventuais consequências. Outras vezes, ao contrário, o Código engloba, na sua descrição, a conduta humana e a consequência por ela produzida, isto é, o resultado, de tal forma que só haverá *crime consumado* quando esse *resultado* se concretizar.

3 Ação e resultado: nexo causal

Em razão da integração na descrição típica de *ação e resultado*, surge a necessidade de identificar-se um terceiro elemento, que é a *relação causal* entre aqueles dois. Essa relação causal, enquanto categoria geral, é *elemento da ação*, visto que toda ação se utiliza do processo causal, de natureza ôntica.

4 Teoria da imputação objetiva

Fruto da teoria da relevância típica, desenvolvida por Mezger, vem a ser um critério normativo-restritivo da *causalidade natural*. Sobre esta incide o juízo de imputação objetiva do resultado, já que nem todo resultado causado é imputável à ação do agente. Não é a teoria consagrada pelo nosso Código Penal (art. 13, *caput*).

4.1 Fundamento da teoria da imputação objetiva

Fundamenta-se no *incremento do risco* e no fim de proteção da norma. A *causação* de um resultado típico só realizará o tipo objetivo delitivo se o agente criou um perigo juridicamente desaprovado que se consubstanciou naquele. Não se imputa objetivamente o resultado nas hipóteses de *diminuição do risco* (para o bem jurídico), ausência de um *risco juridicamente desaprovado*, resultado *fora do âmbito de proteção da norma* e comportamento *alternativo conforme o direito*, em sede de crime culposo. Essa teoria objetiva garantir a prevalência de um conceito jurídico sobre um conceito natural (pré-jurídico) de ação (Luiz Regis Prado).

5 Teoria da equivalência das condições ou “conditio sine qua non”

A primeira parte do *caput* do art. 13 afirma que a *relação de causalidade* limita-se aos *crimes de resultado* (materiais); a segunda parte, por sua vez, consagra expressamente a adoção da *teoria da equivalência das condições*,

também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, para determinar a relação de causalidade. Em nosso CP, não é uma questão doutrinária ou científica, mas uma questão legal.

5.1 Conteúdo e definição da teoria da equivalência das condições

Não há nenhuma base científica para distinguir *causa* e *condição*. É uma teoria que não distingue como prevalente ou preponderante nenhum dos diversos antecedentes de determinado resultado. Todo fator — seja ou não atividade humana — que contribui, de alguma forma, para a ocorrência do evento é causa desse evento. *Causa*, para essa teoria, é a soma de todas as *condições*, consideradas no seu conjunto, produtoras de um resultado.

5.2 Desvantagem da teoria da equivalência das condições

Tem a desvantagem de levar *ad infinitum* a pesquisa do que seja causa: todos os agentes das condições anteriores, em tese, responderiam pelo crime. Na verdade, se remontarmos todo o *processo causal*, vamos descobrir que uma série de antecedentes bastante remotos foi condição indispensável à ocorrência do resultado.

5.3 Necessidade de limitar o alcance da teoria

Procurou-se limitar o alcance desta teoria utilizando outros institutos do estudo dogmático-penal, como, por exemplo, a localização do dolo e da culpa no tipo penal, as *concausas* absolutamente independentes, além da superveniência de causas relativamente independentes. Na verdade, a concepção puramente naturalística funcionará somente como limite do nexo causal e não como único critério da imputação física. Assim, a exclusão da causalidade física impedirá o reconhecimento de um vínculo causal normativo.

6 Limitações do alcance da teoria da “conditio sine qua non”

A *relação de causalidade* entre a conduta humana e o resultado é uma *relação valorada*, que deve ser aferida conjuntamente com o *vínculo subjetivo* do agente. Causalidade relevante para o Direito Penal é aquela que pode ser prevista, isto é, aquela que é *previsível*, que pode ser mentalmente antecipada pelo agente. Em outros termos, a cadeia causal, aparentemente infinita sob a ótica puramente naturalística, será sempre

limitada pelo dolo ou pela culpa.

6.1 Dolo e culpa na ação: limitadores da teoria da equivalência

Pode ser que alguém dê causa a um resultado, *mas sem agir com dolo ou com culpa*. E fora do dolo ou da culpa entramos na órbita do *acidental*, portanto, fora dos limites do Direito Penal. Com efeito, uma pessoa pode ter dado *causa* a determinado resultado, e não ser possível imputar-se-lhe a responsabilidade por esse fato, por não ter agido nem dolosa nem culposamente, isto é, não ter agido tipicamente. Essa atividade permanece fora da esfera do Direito Penal, sendo impossível imputá-la a alguém pela falta de dolo ou culpa, constituindo a primeira limitação à teoria da *conditio sine qua non*.

6.2 Caso fortuito ou força maior

Toda conduta que não for orientada pelo dolo ou pela culpa estará na seara do acidental, do fortuito ou da força maior, onde não poderá configurar crime; portanto, fora do âmbito do Direito Penal.

6.3 Causas (concausas) absolutamente independentes

Qualquer que seja a *concausa* — preexistente, concomitante ou superveniente —, poderá *produzir o resultado* de forma *absolutamente independente* do comportamento que examinamos. Nessas circunstâncias, a *causalidade da conduta* é excluída pela própria disposição do art. 13, *caput*, do CP.

6.4 Causas relativamente independentes

Quaisquer que sejam as *concausas* — preexistente, concomitante ou superveniente —, é possível, no entanto, que elas atuem de tal forma que, poderíamos dizer, *auxiliam* ou *reforçam* o "*processo causal*" iniciado com o comportamento do sujeito. Há, portanto, aquilo que se diria uma soma de esforços, *uma soma de energias*, que produz o resultado.

6.5 Superveniência de causa relativamente independente

Quando alguém coloca em andamento determinado *processo causal* pode ocorrer que sobrevenha, no decurso deste, uma nova condição — produzida por uma atividade humana ou por um acontecer natural —, que,

em vez de se inserir no fulcro aberto pela conduta anterior, *provoca um novo nexo de causalidade*. Nesse caso, o perigo criado pelo comportamento do sujeito não chega ao dano final, *porque uma causa superveniente determina o surgimento de um novo perigo, de modo a determinar o dano final*. Essa *concausa superveniente, por si só,* ocasiona o resultado, excluindo então a imputação inicial. Tal situação então se enquadraria na previsão do § 1º do art. 13.

7 Exemplo de causa superveniente que produz por si só o resultado

Uma pessoa, que foi ferida por "A", é levada ao hospital para ser medicada, mas a ambulância que a conduz envolve-se em um acidente de trânsito, projetando a vítima, que bate a cabeça no meio-fio e morre. Neste caso, excluindo-se a conduta do ferimento, teria ocorrido o resultado morte? Se a vítima não tivesse sido ferida, *teria morrido naquele local e daquela maneira*? Não, nem estaria na ambulância, não teria sido projetada e muito menos batido com a cabeça. Não se pode dizer que a conduta anterior não foi condição indispensável para a ocorrência do resultado subsequente. Foi. Mas houve também uma *causa superveniente*, o acidente que projetou a vítima para fora da ambulância. Assim, temos de perguntar se *essa causa superveniente aliou-se ao ferimento, somando energias na produção do resultado morte*, ou se a vítima morreu exclusivamente em virtude da segunda causa. Evidentemente que ela morreu de comoção cerebral, de maneira, portanto, inusitada, anormal, *imprevisível, em relação à conduta primitiva*. Nesta hipótese, não houve, portanto, *soma de energias* entre as "causas" anterior e posterior. A segunda *causa* — superveniente e relativamente independente — produziu, por si só, o resultado morte.

8 A relevância causal da omissão

8.1 Crimes omissivos próprios

Os *crimes omissivos próprios* consistem simplesmente numa desobediência a norma mandamental, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há somente a *omissão de um dever de agir*, imposto normativamente, pois, via de regra, os *delitos omissivos próprios* dispensam a investigação sobre a *relação de causalidade*, porque

são delitos de mera atividade, ou melhor, *inatividade*.

8.2 Crimes omissivos impróprios

Nestes crimes o *dever de agir* é para *evitar um resultado concreto*. O agente deve agir com a *finalidade* de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes *comissivos por omissão* (omissivos impróprios) há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado, exigindo, consequentemente, a presença de um nexo causal entre a ação omitida (esperada) e o resultado.

8.3 Causalidade jurídica: omissão relevante

Na doutrina predomina o entendimento de que *na omissão não existe causalidade*, considerada sob o aspecto naturalístico. Como já afirmava Sauer, sob o ponto de vista científico, natural e lógico, "do nada não pode vir nada". No entanto, o próprio Sauer admitia a *causalidade na omissão*, concluindo que "a omissão é causal quando a ação esperada (sociologicamente) provavelmente teria evitado o resultado". Na verdade, existe tão somente um *vínculo jurídico*, diante da equiparação entre *omissão* e *ação*.

8.4 Cadeia causal: figura do garantidor

Na *omissão* ocorre o desenrolar de uma *cadeia causal* que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é mero observador. Acontece que a lei lhe determina a obrigação de intervir nesse processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Surge aí a figura do garantidor, daquele que deve interromper a cadeia causal.

8.5 Nexo de não impedimento

Na verdade, o sujeito não o *causou*, mas como não o *impediu* é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na *omissão* não há o *nexo de causalidade*, há o nexo de "*não impedimento*". A *omissão* relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse *não impedimento* é erigido pelo Direito a condição de *causa*, isto é, como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputação objetiva do fato.

8.6 Nexo causal: limita-se à imputação física

Determinado o nexo de causalidade e, por extensão, a autoria de um fato típico, necessitamos ainda, para responsabilizar alguém, analisar a ilicitude e a culpabilidade, logicamente. Assim, o *nexo de causalidade* é o primeiro passo na indagação da existência de uma infração penal que, finalmente, para poder ser atribuída a alguém, precisa satisfazer os requisitos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Ficou demonstrado que a ré agiu de forma imprudente, ao manobrar seu veículo sem o cuidado necessário, exigido de quem cruza via pública, o que acarretou o atropelamento da vítima, que ficou gravemente ferida e, em consequência do trauma sofrido, faleceu. O atropelamento da vítima tem indissociável nexo de causalidade com o evento morte da mesma, não se podendo falar na presença de causa absolutamente independente ou, ainda, em causa relativamente independente que por si só ocasionou o resultado" (TJRS, Apelação 70021711528, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 5-12-2007).

"Golpes de faca contra ex-amásia — encaminhamento ao hospital — atendimento hospitalar supostamente negligente — morte da vítima — ausência de exclusão do nexo de causalidade — teoria da equivalência de condições — morte que teria ocorrido independentemente da suposta negligência do médico — conduta que se soma à ação anterior — inexistência de superveniência de causa relativamente independente que por si só produzisse o resultado alcançado — presença de *animus necandi*" (TJPR, Apelação 0380007-9, Rel. Luiz Osório Moraes Panza, j. 28-6-2007).

"De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável" (STJ, REsp 82.2517/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-6-2007).

"Homicídio culposo. Morte por afogamento na piscina. Comissão de formatura. Narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa" (STJ, HC 46.525/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-3-2006).

"O nexo causal que resulta da omissão é de natureza normativa e não naturalística, de sorte que a omissão é erigida pelo Direito como causa do resultado porque quem tem o dever legal de evitá-lo, não o faz" (STJ, HC 23.362/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 1º-6-2004).

“O Código Penal, ao adotar a *conditio sine qua non* (Teoria dos antecedentes causais) para a aferição entre o comportamento do agente e o resultado, o fez limitando sua amplitude pelo exame do elemento subjetivo (somente assume relevo a causalidade dirigida pela manifestação da vontade do agente — culposa ou dolosamente)” (STJ, HC 29.894/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 1º-4-2004).

“Nexo de causalidade. Sendo incerta a relação de causalidade entre a conduta do recorrente e o furto do qual foi condenado, não pode ele ser responsabilizado por crime, porque inadmissível no direito penal a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva” (STJ, REsp 224.709/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18-12-2003).

“A lâmina atingiu órgãos vitais da vítima: pulmão esquerdo, coração, fígado (com transfixação) e veia supra-hepática esquerda, acarretando hemotórax esquerdo e hemopericárdio que foram a sua *causa mortis*. Observe-se que a indisponibilidade de estoque de sangue, no momento, para a transfusão não elimina, não afasta essa correlação entre as lesões e a morte, pois o que importa, à luz do art. 13 do CP, é o estabelecimento da facada desferida pelo agente como causa da hemorragia fatal” (TJMG, RESE 1.0000.00.209532-1/000(1), Rel. Gomes Lima, j. 19-2-2002).

“O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (René Ariel Dotti), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (Aníbal Bruno). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou, em outras palavras, como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito” (STJ, HC 18.206/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 4-12-2001).

“Sobrevindo o óbito por infecção em face da cirurgia, há relação de causalidade entre o resultado (morte da vítima) e a causa (ato de desferir facadas), daí decorrendo que a morte foi provocada pelo comportamento do agente (art. 13 do CP), o que caracteriza homicídio e não lesão corporal seguida de morte” (STF, HC 78.049/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 1º-12-1998).

Art. 14. Diz-se o crime:

— V. art. 70 do CPP.

Crime consumado

I — consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

— V. art. 111, I, do CP.

Tentativa

II — tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

— V. art. 111, II, do CP.

— V. art. 4º do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

Pena de tentativa

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

— V. art. 2º da Lei n. 1.079/50 (crimes de responsabilidade).
— V. art. 1º da Lei n. 7.106/83 (crimes de responsabilidade de governadores e secretários).
— V. art. 1º da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

D O U T R I N A

1 Crime consumado

Consuma-se o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal. Quando são preenchidos todos os elementos do tipo objetivo, pelo fato natural, ocorre a consumação. Consuma-se o crime quando o agente realiza todos os elementos que compõem a descrição do tipo legal.

1.1 Consumação e exaurimento

Não se confunde a *consumação* com o *exaurimento*, pois neste, após a consumação, outros resultados lesivos ocorrem. O crime pode estar consumado e dele não haver resultado todo o dano que o agente previra e visara. Assim, a *corrupção passiva*, que se consuma com a solicitação, exaure-se com o recebimento da vantagem indevida; o *crime de extorsão mediante sequestro* consuma-se com o arrebatamento da vítima e exaure-se com o recebimento do resgate etc.

1.2 Consumação no crime omissivo

Tratando-se de crime *omissivo impróprio*, como a omissão é forma ou meio de se alcançar um resultado, a consumação ocorre com o resultado lesivo e não com a simples inatividade do agente, como nos delitos omissivos puros.

2 Tentativa

A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes a sua vontade. A tentativa é o crime que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação é interrompido por circunstâncias acidentais. A figura típica não se completa.

3 “Iter criminis”: fases

a) *Cogitatio* — é na mente do ser humano que se inicia o movimento criminoso. É a elaboração mental da resolução criminosa que começa a ganhar forma, debatendo-se entre os motivos favoráveis e desfavoráveis, e desenvolve-se até a deliberação e o propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja concretização constituirá o crime. Essa fase é impunível.

b) *Preparação* — constitui-se dos *atos preparatórios*, os quais são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva; por exemplo: arma-se dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procura o local mais adequado ou a hora mais favorável para a realização do crime etc. De regra, os atos preparatórios também não são puníveis.

c) *Execução* — dos atos preparatórios passa-se, naturalmente, aos atos executórios. *Atos de execução* são aqueles que realizam efetivamente a conduta proibida.

d) *Consumação* — segundo o CP, diz-se do crime “consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

4 Natureza e tipicidade da tentativa

A tentativa é a realização incompleta da figura típica. A tentativa é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal. Constitui ampliação temporal da figura típica.

4.1 Tipicidade: conjugação de normas penais

A tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal com o dispositivo que a define e prevê a sua punição, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente realiza de forma incompleta. A norma contida no art. 14, II, de *caráter extensivo*, cria novos mandamentos proibitivos, transformando em puníveis fatos que seriam atípicos.

5 Elementos da tentativa

a) *Início da execução* — o CP adotou a *teoria objetiva* exigindo o *início da execução de um fato típico*, ou seja, exige a existência de uma ação que penetre na fase executória do crime. Uma atividade que se dirija no sentido da realização de um tipo penal. A tentativa só é punível a partir do momento em que a ação penetra na fase de execução.

b) *Não consumação do crime por circunstâncias independentes da vontade do agente* — pode ser qualquer causa interruptiva da execução, desde que estranha à vontade do agente.

c) *Dolo em relação ao crime total* — o agente deve agir dolosamente, isto é, deve querer a ação e o resultado final que concretize o crime perfeito e acabado. É necessário que o agente tenha intenção de produzir um resultado mais grave do que aquele que vem efetivamente a conseguir. Não existe *dolo especial de tentativa*, diferentemente do dolo do crime consumado.

6 Espécies ou formas de tentativas

6.1 Tentativa imperfeita

Na tentativa, o processo executório é interrompido por circunstâncias estranhas à vontade do agente, como, por exemplo, “o agressor é seguro quando está desferindo os golpes na vítima para matá-la”. Na tentativa imperfeita o agente não exaure toda a sua *potencialidade lesiva*, ou seja, não chega a realizar todos os atos executórios necessários à produção do resultado, por circunstâncias estranhas à sua vontade.

6.2 Tentativa perfeita

Na tentativa perfeita, o agente realiza todo o necessário para obter o resultado, mas mesmo assim não o atinge. A fase executória realiza-se integralmente, mas o resultado visado não ocorre, por circunstâncias alheias à vontade do agente. A execução se conclui, mas o crime não se consuma.

7 Punibilidade da tentativa

a) *Teoria subjetiva* — fundamenta a punibilidade da tentativa na *vontade do autor* contrária ao Direito. Para esta teoria o elemento moral, a vontade

do agente é decisiva, porque esta é completa, perfeita. Imperfeito é o delito sob o aspecto objetivo, que não chega a consumar-se. Por isso, segundo esta teoria, a pena da tentativa deve ser a mesma do crime consumado. Desde que a vontade criminosa se manifeste nos atos de execução do fato punível, a punibilidade estará justificada.

b) *Teoria objetiva* — a punibilidade da tentativa fundamenta-se no *perigo a que é exposto o bem jurídico*, e a repressão se justifica uma vez *iniciada a execução* do crime. Não se equipara o dano ou perigo ocorrido na tentativa com o que resultaria do crime consumado. Esta é a teoria adotada pelo nosso CP.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Se o documento estava em branco, embora se possa presumir que estava pronto para ser falsificado, por meio da inserção de dados falsos, não se pode dizer que tal prática se consumou e nem mesmo que tenha tido início. A conduta representa mero ato preparatório, impunível" (TJPR, Apelação 0404117-4, Rel. Lilian Romero, j. 8-11-2007).

"Atividade desenvolvida pelos réus que ingressou na fase da tentativa, porquanto já haviam operado modificações no equipamento substituindo o de leitura de cartões. Meio fraudulento que fora montado e portanto iniciando-se a execução do delito. Inocorrência de crime impossível por alegada eficácia do sistema de segurança, manifestamente nada avultando que caracterizasse a absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto como prevê a lei. Diminuição da tentativa que, aplicado o critério da fase do *iter criminis*, deve se dar no máximo previsto" (TRF-3ª Região, Apelação 2004.61.02.008118-8/SP, Rel. Peixoto Jr., j. 22-10-2007).

"O art. 14 do Código Penal prevê, em seu parágrafo único, que os redutores a serem considerados para a tentativa devem ser de 1/3 ou 2/3, sem fixar os critérios para fixação, tendo a jurisprudência consolidado o entendimento no sentido de que a aplicação do percentual deve decorrer da apreciação da quantidade da fase de execução percorrida, ou seja, quanto mais o agente se aproxima da consumação do delito, menor é a diminuição da pena e vice-versa" (STJ, HC 75.332/GO, Rel. Jane Silva, j. 4-10-2007).

"O delito de atentado violento ao pudor se consuma com a efetiva prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. É a hipótese dos autos, conforme expressamente consignado no v. acórdão guerreado. Não é admissível que o magistrado, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto em razão da alegada menor gravidade da conduta, condene réu por atentado violento ao pudor tentado, com a aplicação da respectiva causa de diminuição da pena, se o delito efetivamente se consumou" (Precedentes) (STJ, REsp 95.6741/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 30-8-2007).

"O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. A ação externa alheia à vontade do agente, impedindo a consumação do delito após iniciada a execução, caracteriza a tentativa (art. 14, II, do CP)" (STJ, HC 45.616/SP, Rel. Min. Arnaldo

Esteves Lima, j. 9-8-2007).

“O Código Penal brasileiro adotou, no que concerne à aplicação da pena no caso de tentativa, apenas critérios objetivos. É o que se vê do art. 14, parágrafo único, quando se pune a hipótese com a pena correspondente ao crime consumado, diminuindo-se de um a dois terços. Esta diminuição não está ligada à gravidade do fato delituoso ou às circunstâncias pessoais do agente. Mas ao percurso criminal feito percorrido pelo último. Quanto mais próxima ficou a consumação, menor deve ser a redução de pena e vice-versa” (TJRS, Apelação 70019097674, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 17-5-2007).

“Muito embora seja um delito formal, o crime de extorsão admite a figura da tentativa, na hipótese em que a vítima não cede às exigências do autor” (TJMG, Apelação 1.0625.05.044924-2/001(1), Rel. William Silvestrini, j. 24-5-2006).

“O apelante não chegou a ter a posse mansa e pacífica das coisas subtraídas, eis que foi preso em flagrante quando ainda mantinha a vítima subjugada, sendo recuperados os bens subtraídos. A ação delituosa durou entre dois e cinco minutos. Esclareceu a vítima que foi abraçada pelo apelante e que com a outra mão apontava-lhe uma arma. Subtraiu-lhe os pertences, foram caminhando, tendo o apelante colocado a arma na cintura. Enquanto caminhavam policiais perceberam a atitude suspeita do apelante, o abordaram e o prenderam, recuperando as coisas subtraídas. Está claro que o crime não se consumou. Delito desclassificado para a forma tentada” (TJRJ, Apelação 2006.050.01540, Rel. Roberto Rocha Ferreira, j. 25-4-2006).

“Se o acusado, afirmando a pretensão de incendiar a oficina da vítima, joga gasolina no local e é obstado pela própria vítima a prosseguir na ação, ficou o mesmo somente nos atos preparatórios, não podendo falar-se em tentativa. Nos atos preparatórios, o crime ainda não existe” (TJMG, Apelação 1.0134.99.009018-2/001(1), Rel. Antonio Carlos Cruvinel, j. 4-4-2006).

“Roubo tentado com utilização de arma de brinquedo. Condutora de veículo que denuncia aos Milicianos da existência na via pública, de elemento armado roubando os condutores de veículos, deixando claro que não foi roubada por ter *arrancado com seu veículo*. Tese defensiva que sustenta ausência do início de atos executórios. Atos preparatórios impuníveis. Com razão a Defesa Pública, eis que a mera intenção da prática do ato delituoso sem início dos atos de execução não pode configurar tentativa de roubo” (TJRJ, Apelação 2005.050.06522, Rel. Ivan Cury, j. 28-3-2006).

“Nos termos do art. 14, II, do Código Penal, só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente. Na hipótese em tela, não se verificou qualquer ato de execução, mas somente a cogitação e os atos preparatórios dos acusados que confessaram a intenção de roubar determinada agência dos Correios. Descabida, pois, a imputação do crime de roubo idealizado. A conduta preparatória de portar ilegalmente arma de fogo de uso permitido subsume-se ao art. 14 da Lei n. 10.826/2003, evidenciando a competência da Justiça Estadual” (STJ, Conflito de Competência 56.209/MA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14-12-2005).

“A correta delimitação entre atos preparatórios e início de execução tem sido apontada pela doutrina como um dos maiores problemas da dogmática penal, maximizado pela circunstância de que tal diferenciação consiste também na linha limítrofe entre a punição e a irrelevância para o Direito Penal. O sistema funcionalista jurídico-penal, apresentado por Claus Roxin nos idos de 1970, ao preencher as interrogações dogmáticas do finalismo, através de valorações político-criminais atua, *v.g.*, sobre a teoria objetiva adotada para definição da tentativa punível, ou seja, do início de realização da ação típica, valorando-a de acordo com a função do Direito Penal e tornando-a mais cristalina e individualizada. Na

diferenciação entre atos preparatórios e executórios, para fins de delimitação da tentativa, deve o intérprete partir de uma concepção funcionalista, conjugando-a com a teoria objetivo-material e sua variante objetivo-individual que impõe, além de um juízo valorativo sobre a ameaça ao bem jurídico tutelado, a observação do plano concreto do autor, aferindo se o ato investigado guarda relação de imediatidade com o começo de execução, segundo o planejamento delituoso. Configura tentativa de furto a ação do réu que invade a residência da vítima, pelo telhado, para fins de subtração patrimonial e é surpreendido por terceiros quando escolhia os objetos a serem subtraídos, estando claro o pleno funcionamento do plano concreto de execução delituosa do agente" (TJMG, Apelação 1.0686.04.098455-7/001(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 29-11-2005).

"Tentativa de extorsão mediante sequestro. Alegação de que não se teria ido além de atos preparatórios. Tentativa plenamente configurada quando comparsas do paciente, de arma em punho, se acercaram do veículo em que se achava a pessoa visada, devendo-se a não consumação do crime — a que bastaria, ressalte-se, a simples privação da liberdade dessa, independentemente da obtenção da vantagem pretendida —, à circunstância de haver a vítima logrado escapar à ação dos agentes, ao perceber a aproximação destes" (STF, HC 81.647/PB, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16-4-2002).

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

D O U T R I N A

1 Desistência voluntária

O agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante; mesmo podendo prosseguir, desiste da realização típica. Na desistência voluntária, o agente mudou de propósito, já não quer o crime; na forçada, mantém o propósito, mas recua diante da dificuldade de prosseguir.

2 Voluntária e espontânea: distinção

Não é necessário que a desistência seja espontânea, basta que seja voluntária. A desistência *espontânea* ocorre quando a ideia inicial parte do próprio agente, e *voluntária* é a desistência sem coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, ou mesmo decorrido de pedido da própria vítima.

3 Arrependimento eficaz

No arrependimento eficaz o agente, após ter esgotado todos os meios de que dispunha — necessários e suficientes —, arrepende-se e *evita* que o resultado aconteça, ou seja, pratica nova atividade para evitar que o resultado ocorra. Aqui também não é necessário que seja espontâneo, basta que seja voluntário.

3.1 Necessidade da eficácia do arrependimento

O êxito da atividade impeditiva do resultado é indispensável, caso contrário o arrependimento não será *eficaz*. Se o agente não conseguir impedir o resultado, por mais que se tenha arrependido, responderá pelo crime consumado. Mesmo que a vítima contribua para a consumação.

3.2 Atos já praticados: "tentativa qualificada"

Tanto na desistência voluntária como no arrependimento eficaz, o agente responderá pelos atos já praticados que, de per si, constituírem crimes. Isso em doutrina chama-se "tentativa qualificada".

4 Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz

Hungria e seguidores afirmam tratar-se de causa extintiva da punibilidade. No entanto, não são causas de extinção da punibilidade, pois esta pressupõe a causa da punibilidade, que, na hipótese, seria a tentativa, que não existiu. Não havendo tentativa, pela falta de um dos seus elementos (não ocorrência por circunstâncias alheias à vontade do agente), não se pode falar em extinção da punibilidade, mas se deve falar tão somente em *inadequação típica*.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Dado início a execução do crime de estupro, consistente no emprego de grave ameaça à vítima e na ação, via contato físico, só não se realizando a consumação em virtude de momentânea falha fisiológica, alheia à vontade do agente, tudo isso, caracteriza a tentativa e afasta, simultaneamente, a denominada desistência voluntária (Precedente desta Corte)" (STJ, REsp 792.625/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 10-10-2006).

"A falsificação da carteira de trabalho e previdência social e a sua utilização com a finalidade de comprovar tempo de serviço e obter aposentadoria por invalidez são condutas

típicas. O arrependimento eficaz com relação ao crime de estelionato não exclui a tipicidade das condutas anteriormente praticadas (art. 15 do CP). Para a consumação do delito de falsidade ideológica não se exige a ocorrência de prejuízo, basta que haja potencialidade de dano. O crime de uso de documento falso também não exige o resultado naturalístico" (TRF-3ª Região, RESE 2000.61.08.008752-9, Rel. André Nabarrete, j. 9-10-2006).

"Reconhecimento do arrependimento eficaz, pois o réu, logo após o cometimento do fato, informou a Polícia sobre o ocorrido, evitando eficazmente a produção do seu resultado. Causa de exclusão da tipicidade" (TJRS, Apelação 70011269776, Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 10-11-2005).

"Se pelo menos uma das vítimas portava dinheiro, embora pequena a quantia, nada havendo que impedisse a subtração, mesmo assim o acusado tendo interrompido voluntariamente os atos de execução, tem-se como presente o quadro de desistência voluntária, que ocorre quando, o agente, por vontade própria, sem a influência de fator externo, deixa de prosseguir na execução do crime ou impede a ocorrência de seu resultado (art. 15 do CP)" (TJDF, Apelação 2004.03.1.013706-5, Rel. Romão C. Oliveira, j. 20-10-2005).

"Diversamente do que pode suceder na 'desistência voluntária' – quando seja ela mesma o fator impeditivo do delito projetado ou consentido –, o 'arrependimento eficaz' é fato posterior ao aperfeiçoamento do crime tentado, ao qual, no entanto, se, em concreto, impediu se produzisse o resultado típico, a lei dá o efeito de elidir a punibilidade da tentativa e limitá-la à consequente aos atos já praticados" (STF, HC 84.653/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2-8-2005).

"Ocorre a desistência voluntária quando o crime não se consuma por vontade do próprio agente, vale dizer, este inicia a execução, não a leva adiante, desistindo de consumar o crime. Por conseguinte, na tentativa, o agente inicia a execução do crime e só não o consuma, por circunstâncias alheias a sua vontade. O agente pratica todos os atos executórios e o resultado não se opera por motivos independentes da vontade do agente. Portanto, a desistência voluntária e a tentativa são hipóteses que não podem se confundir. Uma exclui a outra. A desistência voluntária é causa de exclusão da tipicidade da tentativa" (TJRJ, Apelação 2001.050.03068, Rel. Flávio Nunes Magalhães, j. 8-11-2001).

"Não há falar em desistência voluntária nem em arrependimento eficaz, mas, sim, em tentativa imperfeita, na hipótese em que o agente, embora tenha iniciado a execução do ilícito, alvejando a vítima com disparo, não exaure toda sua potencialidade lesiva ante a falha da arma de fogo empregada, fugindo do local do crime, em seguida" (STJ, HC 16.348/SP, Rel. Hamilton Carvalhido, j. 19-6-2001).

Arrependimento posterior

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

— V. art. 65, III, *b*, do CP.

D O U T R I N A

1 Natureza jurídica e fundamento

O arrependimento posterior constitui causa obrigatória de redução de pena, com fundamento em razões de política criminal, relacionada sobretudo a fins preventivos especiais. Possui, igualmente, a mesma natureza jurídica a colaboração espontânea consagrada no art. 6º da Lei n. 9.034/95 (crime organizado).

2 Requisitos necessários

1. *Requisitos objetivos*: a) crime praticado sem violência ou grave ameaça; b) reparação do dano (arts. 65, III, *b*, e 312, § 3º, do CP) ou restituição da coisa; c) realizado até o recebimento da denúncia ou queixa; 2. *Requisitos subjetivos*: ato voluntário do agente.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A reparação integral do dano, antes do recebimento da denúncia, no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), autoriza, tão somente, o reconhecimento da causa de redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal. Na linha dos precedentes desta Corte, a reparação do dano, anteriormente ao recebimento da denúncia, não exclui o crime de estelionato em sua forma básica, uma vez que o disposto na Súmula 554 do STF só tem aplicação para o crime de estelionato na modalidade emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal. Inviável a aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 ao crime de estelionato" (STJ, HC 61.928/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4-9-2007).

"Aplicação do art. 16 do CP. Ausência dos requisitos legais. Impossibilidade. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário, o que não ocorreu na espécie" (STJ, REsp 711.027/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6-2-2007).

"O arrependimento posterior é causa de diminuição de pena objetiva, bastando para a sua configuração seja voluntário e realizado antes do recebimento da denúncia, mediante a devolução ou reparação integral do bem jurídico lesado. Na hipótese, observa-se, mormente da leitura do termo de declarações prestado pela própria vítima, que o recorrente, voluntariamente e logo após os fatos narrados na denúncia, restituiu, relativamente ao crime de estelionato, os bens havidos de forma indevida e fraudulenta" (STJ, RHC 20.051/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 5-12-2006).

"Não é necessário que a reparação do dano seja espontânea para a incidência do art. 16 do CP, bastando a voluntariedade, ainda que a devolução tenha ocorrido porque o agente foi descoberto" (TJRS, Apelação 70013991518, Rel. Constantino Lisboa de Azevedo, j. 8-6-2006).

“Para o reconhecimento da minorante do arrependimento posterior, é necessária a reparação integral do dano ou a restituição total da coisa” (STJ, REsp 765.588/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-2-2006).

“A causa especial de diminuição de pena decorrente do arrependimento posterior tem natureza subjetiva e, portanto, esse benefício não se estende aos demais coautores que não participaram da reparação do dano” (TRF-3ª Região, Apelação 95.03.103643-7, Rel. André Nekatschalow, j. 30-1-2006).

“Não ocorrendo a integral reparação do dano, afasta-se a concessão das *benesses* previstas pelo art. 16 da Lei Penal” (STJ, REsp 612.587/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 28-9-2005).

“Não há falar na incidência do art. 16 do CP, que trata da redução de pena em face de arrependimento posterior, quando a restituição da *res* apropriada é apenas parcial” (STJ, HC 18.032/RO, Rel. Hamilton Carvalhido, j. 3-6-2002).

“Apesar de a lei se referir a ato voluntário do agente, a reparação do dano, prevista no art. 16 do CP, é circunstância objetiva, devendo comunicar-se aos demais réus” (STJ, REsp 264.283/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13-2-2001).

“Não está caracterizado o arrependimento posterior se a restituição do bem se deu por terceira pessoa, independente da vontade do réu” (STJ, REsp 232.718/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13-2-2001).

Crime impossível

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

D O U T R I N A

1 Crime impossível ou tentativa inidônea

a) *Por ineficácia absoluta do meio empregado* — o meio, por sua natureza, é inadequado, inidôneo, absolutamente ineficaz para produzir o resultado pretendido pelo agente. É indispensável que o meio seja inteiramente ineficaz. Se a ineficácia for relativa, haverá tentativa punível.

b) *Por absoluta impropriedade do objeto* — o objeto é *absolutamente impróprio* para a realização do crime visado. Aqui também a inidoneidade tem de ser absoluta. Há crime impossível, por exemplo, nas manobras abortivas em mulher que não está grávida; no disparo de arma de fogo, com *animus necandi*, em cadáver.

1.1 Punibilidade do crime impossível

a) *Teoria subjetiva* — para esta teoria, realmente decisivo é a intenção do agente. Toda tentativa é em si mesma inidônea, uma vez que não alcança o resultado visado. A inidoneidade, porém, deve ser apreciada não conforme a realidade dos fatos, mas segundo a avaliação do agente no momento da ação. Assim, o autor de um crime impossível deve sofrer a mesma pena da tentativa.

b) *Teoria objetiva* — para esta teoria, como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre perigo, não há tentativa e o agente não deve ser punido. Assim, não havendo idoneidade nem nos meios, nem no objeto, não se pune essa ação. O crime impossível constitui figura atípica. Esta é a teoria adotada pelo nosso CP.

c) *Teoria sintomática* — esta teoria, por sua vez, busca examinar se a realização da conduta do agente é a revelação de sua periculosidade. Mesmo na tentativa inidônea, se esta revelar indícios da presença de periculosidade no agente, deverá ser punida.

2 Crime putativo

O crime putativo só existe na imaginação do agente. Este supõe, erroneamente, que está praticando uma conduta típica, quando na verdade o fato não constitui crime. Como o crime só existe na imaginação do agente, esse conceito equivocado não basta para torná-lo punível. Há no crime putativo um erro de proibição às avessas (o agente imagina proibida uma conduta permitida).

3 Crime provocado

3.1 Flagrante preparado

Quando o agente, por *sua exclusiva iniciativa,* concebe a ideia do crime, realiza os atos preparatórios, começa a executá-los e só não consuma seu intento porque a autoridade policial, que foi previamente avisada, intervém para impedir a consumação do delito e prendê-lo em flagrante. Não há a figura do chamado *agente provocador*. A iniciativa é espontânea e voluntária do agente. E a presença da força policial é a “circunstância alheia à vontade do agente”, que impede a consumação.

3.2 Flagrante provocado

Neste, o delinquente é *impelido* à prática do delito por um *agente provocador* (normalmente um agente policial). Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade policial, pretendendo prender o delinquente, arma-lhe uma cilada. O agente, sem saber, participa de uma *encenação teatral*. O agente não tem qualquer possibilidade de êxito (crime impossível).

3.3 Flagrante forjado

Também não se confunde com o *provocado*. Naquele, os policiais "criam" provas de um crime que não existe. É um dos casos mais tristes da rotina policial e, infelizmente, ocorre com muito mais frequência do que se imagina. Ocorre, por exemplo, quando agentes policiais "enxertam" no bolso de quem estão revistando substância entorpecente. É evidente a inexistência de crime.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"O simples fato de os agentes terem os seus passos observados por fiscais de segurança é insuficiente para que se considere o meio eleito para a prática de furto como absolutamente inidôneo, porquanto, ainda que mínima, existe possibilidade de fuga, de modo a afastar a incidência do art. 17 do CP" (TJMG, Apelação 1.0024.04.443625-1/001(1), Rel. Vieira de Brito, j. 29-1-2008).

"Falsificação grosseira. Se as rasuras e sobreposição de carimbos são facilmente perceptíveis pelo simples exame do documento, configura-se crime impossível, por absoluta ineficácia do meio, nos termos do artigo 17 do Código Penal" (TRF-3ª Região, Apelação 2001.61.04.005178-4, Rel. Márcio Mesquita, j. 29-1-2008).

"Se o criminoso percorreu todos os atos necessários à consumação do delito, chegando a sair do estabelecimento vítima com os objetos que pretendia subtrair, quando só então foi abordado pelos vigilantes do local, correto é o reconhecimento do crime de furto, em sua forma tentada. O chamado crime impossível, previsto no art. 17 do CP, caracteriza-se somente quando o expediente utilizado pelo sujeito ativo é inidôneo para atingir o fim pretendido. Existindo alguma possibilidade, ainda que mínima, de eficácia do meio empregado, configura-se uma conduta perfeitamente típica, uma vez que o agente poderia, ou não, alcançar seu objetivo" (TJMG, Apelação 1.0145.07.399800-0/001(1), Rel. Eduardo Brum, j. 4-12-2007).

"O criminoso precisaria de dois aparelhos: um para copiar os dados dos cartões, inclusive a senha do usuário, e outro para ler os dados capturados. O fato de não se ter apreendido ou encontrado o segundo aparelho não torna o fato atípico ou o crime impossível por impropriedade do meio, exatamente porque se trata de um delito tentado em que os atos executórios foram interrompidos" (TRF-3ª Região, Apelação 2005.61.17.001734-4, Rel. Johonsom Di Salvo, j. 2-10-2007).

"O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. Na

espécie, houve início da execução do crime, na medida em que o réu constrangeu a vítima, mediante violência, a praticar com ele conjunção carnal, fato que não se consumou por circunstância alheia à sua vontade, qual seja, a ausência de ereção" (STJ, AgRg no REsp 715.892/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-8-2007).

"O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. A ação externa alheia à vontade do agente, impedindo a consumação do delito após iniciada a execução, caracteriza a tentativa (art. 14, II, do CP)" (STJ, HC 45.616/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 9-8-2007).

"Inexistência de crime impossível. Tratando-se o crime de roubo de delito complexo, tem-se por iniciada a execução tão logo praticada a violência ou grave ameaça à vítima. O fato de inexistir bens materiais em poder da vítima, não desnatura a ocorrência do crime em sua modalidade tentada" (STJ, REsp 897.373/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 3-4-2007).

"A recorrida, no momento da subtração da *res furtiva*, estava sendo vigiada pelo sistema de segurança da loja por meio do circuito interno de TV, tendo sido abordada por uma vendedora que constatou a prática delituosa. Como há a possibilidade, mesmo que mínima, de o delito se consumar, não está configurada a hipótese de crime impossível" (STJ, REsp 710.667/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23-8-2005).

"Se demonstrada a potencialidade lesiva do documento falsificado, tendo inclusive em razão deste, sido deferido benefício aposentadoria ilegal que perdurou por mais de três anos, não há que se falar em crime impossível" (STJ, REsp 622.322/RS, Rel. Min. Feliz Fischer, j. 21-10-2004).

"Crime impossível: inexistência. Flagrante preparado de crime de mera conduta já anteriormente consumado: inaplicabilidade da Súmula 145. Cuidando-se de concussão — crime de mera conduta — que já se consumara com a exigência de vantagem indevida, a nulidade de prisão do servidor quando, dias depois, recebia a quantia exigida, obviamente não torna impossível o delito antes consumado" (STF, HC 80.033/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18-4-2000).

Art. 18. Diz-se o crime:

— V. art. 3º do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

Crime doloso

I — doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

— V. art. 5º, XXXVIII, *d*, da CF.

— V. arts. 36, § 2º, 77, I, 81, I, e 83, I, do CP.

Crime culposo

II — culposo, quando o agente deu causa ao resultado por

imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

D O U T R I N A

1 Tipo objetivo

O tipo objetivo representa a exteriorização da vontade (aspecto externo-objetivo) que concretiza o tipo subjetivo. O fundamento material de todo crime é a concretização da vontade num fato externo, uma vez que crime não é somente a vontade má, mas a vontade má concretizada num fato.

1.1 O autor da ação

Como regra geral, os tipos não caracterizam objetivamente o autor, limitando-se a utilizar uma fórmula neutra, que admite qualquer pessoa como autora. Em muitos crimes, porém, o *autor* recebe uma *individualização especial*, que o distingue do anonimato, exigindo-lhe determinada *qualidade* ou *condição pessoal*, como ocorre, por exemplo, no denominado *crime próprio ou especial*. Pode ser *condição jurídica* (acionista), *profissional* ou *social* (comerciante), *natural* (gestante, mãe), de *parentesco* (ascendente).

1.2 Ação ou omissão

O núcleo objetivo de todo crime é a *ação*. Os tipos penais podem descrever simplesmente uma *atividade finalista* ou então uma atividade finalista que produz determinado resultado: na primeira hipótese teríamos os *crimes formais* e, na segunda, os *crimes materiais* ou de resultado. Frequentemente os tipos penais apresentam outros elementos que complementam a ação típica descrita, tais como referências à vítima, ao autor, aos meios ou formas especiais de execução, condições de lugar, tempo, maneira de execução ou outras circunstâncias objetivas do fato.

1.3 Resultado

Nos *crimes materiais*, a ação, ao se realizar, sempre modifica alguma

coisa, produzindo um resultado que não a integra, embora faça parte do tipo. O resultado, numa *concepção naturalística*, é a transformação do mundo exterior. Segundo esse entendimento, admitem-se crimes sem resultado. No entanto, admitindo-se o *resultado* concebido como *evento*, num *conceito jurídico*, identificando-se com ofensa (dano ou perigo) a um *bem jurídico* tutelado pela norma penal, forçoso é concluir que *não há crime sem resultado*.

1.4 Nexo causal

Nos crimes materiais o *tipo de injusto objetivo* somente se realiza quando entre a ação e o resultado houver um *nexo de causalidade*. No entanto, deve-se ter presente a advertência de Wessels, para quem "nos delitos de resultado a existência do nexo causal é o mais importante, mas não o único pressuposto da imputação. Fundamento da *imputação objetiva* do resultado socialmente danoso é a *causalidade da ação* para a ocorrência do resultado típico, mas nem toda causação é, na espécie, juridicamente relevante, de forma que fundamente a responsabilidade jurídicopenal".

2 Tipo subjetivo

O *tipo subjetivo* abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo objetivo. O tipo subjetivo é constituído de um *elemento geral — dolo —*, que, por vezes, é acompanhado de *elementos especiais — intenções* e *tendências —*, que são *elementos acidentais*.

3 Elemento subjetivo geral: dolo

Dolo é a *consciência* e a *vontade* de realização da conduta descrita em um tipo penal. O dolo é constituído por dois elementos: um *cognitivo*, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica, e um *volitivo*, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o *conhecimento*, é pressuposto do segundo, que é a *vontade*, que não pode existir sem aquele.

4 Teorias do dolo

a) *Teoria da vontade* — para esta teoria, tida como clássica, *dolo* é a vontade dirigida ao resultado. A *essência do dolo* deve estar na *vontade*,

não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado. Esta teoria não nega a existência da *representação* (consciência) do fato, que é indispensável, mas destaca, sobretudo, a importância da vontade de causar o resultado.

b) *Teoria da representação* — segundo esta teoria, para a existência do dolo é suficiente a *representação subjetiva* ou a previsão do resultado como certo ou provável. Esta é uma teoria hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Von Liszt e Frank, acabaram reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou íntima relação psíquica entre o agente e o resultado.

c) *Teoria do consentimento* — para esta teoria, também é dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável ou possível, *consente* na sua ocorrência ou, o que dá no mesmo, *assume o risco* de produzi-lo. A representação é necessária mas não suficiente à existência do dolo, e *consentir* na ocorrência do resultado é uma forma de *querê-lo*. Esta teoria parte da valoração do *elemento intelectivo* do dolo, ignorando o *elemento volitivo*, que é fundamental. O próprio *dolo eventual* não pode prescindir do elemento volitivo.

5 Elementos do dolo

a) *Elemento cognitivo ou intelectual* — para a configuração do dolo exige-se a *consciência* daquilo que se pretende praticar. Essa *consciência* deve ser *atual*, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel, a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da atualidade da consciência equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção.

b) *Elemento volitivo (vontade)* — a *vontade*, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexo causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou em nossa mente, pelo menos parcialmente. A *previsão* sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível.

6 Dolo direto ou imediato

No *dolo direto* o agente quer o resultado representado como fim de sua ação. A vontade do agente é dirigida à realização do fato típico. O objeto do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido. Assim, o dolo direto compõe-se de três aspectos: a) a *representação* do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; b) o *querer* o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; c) o *anuir* na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios.

6.1 Dolo direto de primeiro grau

O dolo direto em relação ao *fim proposto* e aos *meios escolhidos* é classificado como de primeiro grau, e em relação aos *efeitos colaterais*, representados como *necessários*, é classificado como de segundo grau. Como sustenta Juarez Cirino dos Santos, "o *fim proposto* e os *meios escolhidos* (porque necessários ou adequados à realização da finalidade) são abrangidos, *imediatamente*, pela vontade consciente do agente: essa *imediação* os situa como objetos do *dolo direto*". Enfim, quando se trata do *fim* diretamente desejado pelo agente, denomina-se *dolo direto de primeiro grau.*

6.2 Dolo direto de segundo grau

Os *efeitos colaterais* representados como *necessários* (em face da natureza do fim proposto, ou dos meios empregados) são abrangidos, *mediatamente*, pela vontade consciente do agente, mas a sua *produção necessária* os situa, também, como objetos do dolo direto: não é a relação de *imediatidade*, mas a relação de *necessidade* que os inclui no dolo direto. O agente pode até lamentar a sua ocorrência, mas, *se os representa* como efeitos colaterais necessários (e, portanto, como parte *inevitável* da ação típica), então constituem objeto do *dolo direto*. Enfim, quando o resultado é desejado como consequência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se *dolo direto de segundo grau.*

7 Dolo eventual

Há *dolo eventual* quando o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, *assumindo o risco* da produção do resultado (art. 18, I, *in fine*, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como *provável* ou, ao menos, como *possível*, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo. *Assumir o risco* é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer.

7.1 Elementos do dolo eventual: consciência e vontade

A *consciência* e a *vontade*, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no *dolo eventual*. Para que este se configure é insuficiente a mera *ciência da probabilidade do resultado* ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado. É indispensável determinada *relação de vontade* entre o resultado e o agente, e é exatamente esse *elemento volitivo* que distingue o dolo da culpa.

7.2 Dolo eventual e mera esperança da ocorrência do resultado

O dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou o simples desejo de que determinado resultado ocorra, como no exemplo trazido por Welzel, do sujeito que manda seu adversário a um bosque, durante uma tempestade, na esperança de que seja atingido por um raio.

7.3 Dolo direto e dolo eventual: distinção

Procura-se distinguir o dolo direto do eventual, afirmando-se que “o primeiro é a vontade por *causa* do resultado; o segundo é a vontade *apesar* do resultado”. No entanto, nosso Código equiparou-os quanto aos efeitos.

8 Elemento subjetivo especial do tipo

O *especial fim* ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo. O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a *ilicitude* do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo do tipo* de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo.

8.1 Concretização desnecessária

A ausência desses *elementos subjetivos especiais* descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo. Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.

8.2 Delitos de intenção

Delitos de intenção requerem um agir com ânimo, finalidade ou *intenção adicional* de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. Trata-se, portanto, de uma finalidade ou ânimo que vai além da realização do tipo. As *intenções especiais* integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. Faz parte do tipo de injusto uma *finalidade transcendente* — um especial fim de agir —, como, por exemplo, *para si ou para outrem* (art. 157); *com o fim de obter* (art. 159); *em proveito próprio ou alheio* (art. 180) etc.

8.3 Delitos de tendência

Nos *delitos de tendência* a ação encontra-se envolvida por determinado *ânimo* cuja ausência impossibilita a sua concepção. Nestes crimes, não é a *vontade* do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes. Com efeito, “não se exige a persecução de um resultado ulterior ao previsto no tipo, senão que o autor confira à ação típica um sentido (ou tendência) subjetivo não expresso no tipo, mas deduzível da natureza do delito (ex.: *o propósito de ofender* — arts. 138, 139 e 140 do CP; *propósito de ultrajar* — art. 212 do CP)”.

8.4 Especiais motivos de agir

Pertencem também ao tipo subjetivo os *motivos de agir*, embora, como afirmava Maurach, nem sempre seja clara a diferença entre motivos e intenções: o motivo impulsiona, a intenção atrai. A verdade é que os motivos têm caracteres anímicos e impulsionam as realizações de condutas, como, por exemplo, *motivo torpe*, *motivo fútil*, *motivo nobre*, *relevante valor social ou moral* etc.

8.5 Momentos especiais de ânimo

Características como “sem escrúpulos”, “sem consideração”, “satisfazer instinto sexual”, “inescrupulosamente” e outras semelhantes assinalam *estados anímicos especiais* que não constituem grau de responsabilidade pessoal pelo fato, e, por isso, os inimputáveis também podem agir com essas características especiais de ânimo. Como afirmava Welzel, “trata-se, pois, de elementos subjetivos do injusto que fundamentam ou reforçam o juízo de desvalor social do fato”. Maurach não concordava com essa classificação, afirmando que se trata de autênticos elementos típicos objetivos que reclamam congruência do dolo.

9 Tipo de injusto culposo

Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada em conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível. A estrutura do *tipo de injusto culposo* é diferente da do *tipo de injusto doloso*: neste, é punida a conduta dirigida a um *fim ilícito*, enquanto no *injusto culposo* se pune a *conduta mal dirigida*, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O *núcleo do tipo de injusto* nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.

10 A finalidade no crime culposo

A *direção finalista* da ação, nos crimes culposos, não corresponde à diligência devida, havendo uma contradição essencial entre o *querido* e o *realizado* pelo agente. O agente que conduz um veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre *realiza uma ação finalista*: conduzir o veículo. O *fim da ação* — ir a um lugar determinado — é jurídicopenalmente irrelevante. O *meio* escolhido, o veículo, neste caso, também o é. No entanto, será jurídicopenalmente relevante a *forma* de utilização do meio se o agente, por exemplo, conduzir a uma velocidade excessiva.

11 A tipicidade no crime culposo

A *tipicidade* do crime culposo decorre da realização de uma *conduta não*

diligente causadora de uma lesão ou de perigo a um bem jurídicopenalmente protegido. Contudo, a falta do cuidado objetivo devido, configurador da imprudência, negligência ou imperícia, é de natureza objetiva. Em outros termos, no plano da tipicidade, trata-se, apenas, de analisar se o agente agiu com o cuidado necessário e normalmente exigível.

12 Excludente de criminalidade

Nada impede que uma conduta seja *tipicamente culposa* e, no entanto, não seja antijurídica. Pode o agente realizar uma *conduta culposa típica*, mas encontrar-se ao abrigo de uma *excludente de antijuridicidade*. Por exemplo, o corpo de bombeiros, chamado com urgência para estancar um grande incêndio em uma refinaria, no percurso, atinge, involuntariamente, e sem tê-lo previsto, um pedestre, ferindo-o gravemente. À evidência que se encontrava em estado de necessidade (*observados, claro, seus requisitos*).

13 Culpabilidade no crime culposo

A *culpabilidade* nos crimes culposos tem a mesma estrutura da culpabilidade dos crimes dolosos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de comportamento conforme ao Direito. O questionamento sobre as *condições pessoais* do agente, para se constatar se *podia agir* com a diligência necessária e se lhe era *exigível*, nas circunstâncias concretas, tal conduta, é objeto do *juízo de culpabilidade*.

13.1 Inexigibilidade de outra conduta

A *inexigibilidade* de outra conduta é perfeitamente admissível, como excludente de culpabilidade, nos crimes culposos. Quando um indivíduo, por exemplo, realiza uma conduta sem observar os cuidados devidos, quando, no caso concreto, apresentava-se impraticável ou de difícil observância, ou, em outros termos, era inexigível outra conduta, não pode ser *censurável* por eventual resultado danoso que, involuntariamente, produzir.

13.2 Erro de proibição no crime culposo

Nada impede, por outro lado, que possa ocorrer *erro de proibição* nos crimes culposos, quando, por exemplo, o erro incidir sobre *os limites* do dever objetivo de cuidado. Aliás, não é nada incomum a dúvida, no tráfego

de veículos, sobre o direito de prioridade ou a obrigação de esperar.

14 Elementos do tipo de injusto culposo

O tipo de injusto culposo apresenta os seguintes elementos constitutivos: *inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado*.

14.1 Inobservância do cuidado objetivo devido

A *inobservância do cuidado objetivamente devido* resulta da comparação da *direção finalista real* com a *direção finalista exigida* para evitar as lesões dos bens jurídicos. A infração desse dever de cuidado representa o injusto típico dos crimes culposos. No entanto, é indispensável investigar o que teria sido, *in concreto*, para o agente, o dever de cuidado. E, como segunda indagação, deve-se questionar se a ação do agente correspondeu a esse comportamento "adequado". Somente nesta segunda hipótese, quando negativa, surge a *reprovabilidade da conduta.*

Ação arriscada: não viola dever de cuidado

A análise destas questões deve ser extremamente criteriosa, na medida em que uma ação meramente arriscada ou perigosa não implica necessariamente a violação do dever objetivo de cuidado. Com efeito, além das normas de cuidado e diligência, será necessário que o *agir descuidado* ultrapasse os limites de perigos *socialmente aceitáveis* na atividade desenvolvida.

Atividades perigosas: riscos tolerados

Não se ignora que determinadas atividades trazem na sua essência determinados graus de perigos. No entanto, o progresso e as necessidades quotidianas autorizam a assunção de certos riscos que são da natureza de tais atividades, como, por exemplo, médico-cirúrgica, tráfego de veículos, construção civil em arranha-céus etc. Nesses casos, somente quando faltar a *atenção e cuidados especiais*, que devem ser empregados, poder-se-á falar de *culpa*.

14.2 Produção de um resultado

O resultado integra o injusto culposo. O crime culposo não tem

existência real sem o resultado. Há crime culposo quando o agente não quer nem assume o risco da produção de um resultado, previsível, mas que mesmo assim ocorre. Se houver inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime. Assim, a norma de cuidado pode ter sido violada, a conduta pode ter sido temerária, mas, por felicidade, pode não se configurar um delito culposo, por faltar-lhe o resultado, que o tipificaria.

14.3 Relação de causa e efeito

É indispensável que o resultado seja consequência da inobservância do cuidado devido, ou, em outros termos, que este seja a causa daquele. Com efeito, quando for observado o dever de cautela, e ainda assim o resultado ocorrer, não se poderá falar em crime culposo. Atribuir, nessa hipótese, a responsabilidade ao *agente cauteloso* constituirá autêntica *responsabilidade objetiva*, pela ausência de nexo causal.

14.3.1 Inevitabilidade do resultado: exclui tipicidade

Os *limites* da norma imperativa encontram-se no poder de cumprimento pelo sujeito; por isso, o *dever de cuidado* não pode ir além desses limites. A *inevitabilidade* do resultado exclui a própria tipicidade. Em outros termos, é indispensável que a *inobservância do cuidado devido* seja a causa do resultado *tipificado como crime culposo.*

14.4 Previsibilidade objetiva do resultado

O resultado deve ser objetivamente previsível. O aferimento da ação típica deve obedecer às condições concretas existentes no momento do fato e da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico. Assim como nos crimes dolosos o resultado deve ser abrangido pelo dolo, nos culposos deverá sê-lo pela previsibilidade. A *previsibilidade objetiva* se determina mediante um juízo levado a cabo colocando-se o observador (p. ex., o juiz) na posição do autor no momento do começo da ação, e levando em consideração as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa inteligente, mais as conhecidas pelo autor e a experiência comum da época sobre os cursos causais.

14.5 Conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado

O conteúdo do injusto no fato culposo é determinado pela coexistência do *desvalor da ação* e do *desvalor do resultado*. É indispensável a existência de uma conexão interna entre *o desvalor da ação* e o *desvalor do resultado*, isto é, que o resultado decorra exatamente da *inobservância do cuidado devido*, ou, em outros termos, que esta seja a causa daquele. Com efeito, no delito culposo, o *desvalor da ação* está representado pela inobservância do cuidado objetivamente devido e o *desvalor do resultado* pela lesão ou perigo concreto de lesão para o bem jurídico.

15 Modalidades de culpa

Tanto na *imprudência* quanto na *negligência* há a inobservância de cuidados recomendados pela experiência comum no exercício dinâmico do quotidiano humano. E a *imperícia*, por sua vez, não deixa de ser somente uma *forma especial* de imprudência ou de negligência.

15.1 Imprudência

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (*culpa in faciendo* ou *in committendo*). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação. Imprudente será, por exemplo, o motorista que, embriagado, viaja dirigindo seu veículo automotor, com visível diminuição de seus reflexos e acentuada liberação de seus freios inibitórios.

15.2 Negligência

Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (*culpa in ommittendo*). É não fazer o que deveria ser feito. Negligente será, por exemplo, o motorista de ônibus que trafegar com as portas do coletivo abertas, causando a queda e morte de um passageiro.

15.3 Imperícia

Imperícia é a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício. A inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo

profissional ou técnico tem sido considerada na modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso.

15.3.1 Imperícia e erro profissional: distinção

Imperícia não se confunde com erro profissional. O *erro profissional* é um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Esse tipo de *acidente* não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência. Deve-se à *imperfeição* e *precariedade* dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisto e transpondo os limites da prudência e da atenção humanas. No entanto, embora o médico não tenha *carta branca*, não pode, ao mesmo tempo, ficar limitado por dogmas inalteráveis. Tendo agido racionalmente, segundo os preceitos fundamentais da *lexis artis*, ou, quando deles se afastar, o fizer por motivos justificáveis, não terá de prestar contas à justiça penal, por eventual resultado fatídico.

16 Espécies de culpa

Afora a dificuldade prática de comprovar, *in concreto*, na maioria dos casos, qual das duas espécies ocorreu, destaca-se a praticamente inexistência de diferença entre não prever um resultado antijurídico e prevê-lo, mas confiar, levianamente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar. Na verdade, tem-se questionado se a *culpa consciente* não seria, muitas vezes, indício de *menor insensibilidade ético-social*, de maior atenção na execução de atividades perigosas, na medida em que, na *culpa inconsciente*, o descuido é muito maior e, consequentemente, mais perigoso, já que a exposição a risco poderá ser mais frequente, pois o agente nem percebe a possibilidade de ocorrência de um evento danoso. “Mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo” (Köller).

16.1 Culpa consciente

Há culpa consciente, também chamada *culpa com previsão*, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, previsível, mas confia convictamente em que ele não ocorra.

Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual. No entanto, na análise desta espécie de culpa, deve-se agir com cautela, pois *a simples previsão do resultado* não significa, por si só, que o agente age com *culpa consciente*, uma vez que, mais que a *previsão*, o que a caracteriza efetivamente é a *consciência* acerca da lesão ao dever de cuidado. Logo, nada impede que possa ocorrer *erro de proibição*, quando o agente se equivocar a respeito da existência ou dos limites do dever objetivo de cuidado.

16.2 Culpa inconsciente

A ação sem previsão do resultado previsível constitui a chamada culpa inconsciente, culpa *ex ignorantia*. A previsibilidade do resultado é o elemento identificador das duas espécies de culpa. A *imprevisibilidade* desloca o resultado para o caso fortuito ou força maior. Na culpa inconsciente, no entanto, apesar da presença da *previsibilidade*, não há a *previsão* por descuido, desatenção ou simples desinteresse. A culpa inconsciente caracteriza-se pela ausência absoluta de nexo psicológico entre o autor e o resultado de sua ação.

16.3 Culpa imprópria

Só *impropriamente* se pode admitir falar de *culpa* em uma conduta que *prevê* e *quer* o resultado produzido, sob pena de violentar os conceitos dogmáticos da teoria do delito. A chamada *culpa imprópria* só pode decorrer de erro, e de *erro culposo* sobre a legitimidade da ação realizada. E erro culposo não se confunde com crime culposo. Com efeito, a *culpa imprópria*, culpa por extensão ou assimilação decorre do erro de tipo *evitável* nas descriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificação. Nessas circunstâncias, o agente quer o resultado em razão de a sua vontade encontrar-se viciada por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado. Quando, no entanto, o *erro for inevitável*, não há que se falar em culpa, própria ou imprópria, na medida em que a *inevitabilidade* do erro exclui, por completo, a responsabilidade penal.

17 Dolo eventual e culpa consciente

Os *limites fronteiriços* entre dolo eventual e culpa consciente constituem

um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a *previsão* do resultado proibido. Mas, enquanto no *dolo eventual* o agente anui ao advento desse resultado, *assumindo o risco* de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na *culpa consciente*, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá.

17.1 Distinção entre dolo eventual e culpa consciente

Na hipótese de dolo eventual, a *importância negativa* da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, entre desistir da ação ou praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa. Já na culpa consciente, o *valor negativo* do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age. No *dolo eventual*, o agente decide agir por *egoísmo*, a qualquer custo, enquanto na *culpa consciente* o faz por *leviandade*, por não ter refletido suficientemente.

17.2 Teorias diferenciadoras: dolo eventual e culpa consciente

a) *Teoria da probabilidade* — diante da dificuldade de demonstrar o *elemento volitivo*, o querer o resultado, admite a existência do *dolo eventual* quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo ou não a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá *culpa consciente*.

b) *Teoria da vontade* ou *do consentimento* — é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da sua produção seja incapaz de remover a vontade de agir. Haveria *culpa consciente* se, ao contrário, desistisse da ação se estivesse convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado. A *teoria da probabilidade* desconhece o *elemento volitivo*, que é fundamental na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, que, por isso mesmo, é mais bem delimitado pela *teoria do consentimento*.

18 Concorrência e compensação de culpas

18.1 Concorrência de culpas

Há *concorrência de culpas* quando dois indivíduos, um ignorando a participação do outro, concorrem, culposamente, para a produção de um fato definido como crime. Imagine-se, por exemplo, o choque de dois veículos em um cruzamento, com lesões recíprocas, onde os dois condutores estejam igualmente errados, um em velocidade excessiva e o outro com o sinal fechado. Havendo *concorrência de culpa*, os agentes respondem, isoladamente, pelo resultado produzido. De observar-se que, nessa hipótese, não se pode falar em *concurso de pessoas*, ante a *ausência do vínculo subjetivo*. Na realidade, verifica-se uma das hipóteses da chamada *autoria colateral*, onde não há adesão de um à conduta de outro.

18.2 Não há compensação de culpas

Não se admite *compensação de culpa* em Direito Penal. Eventual culpa da vítima não exclui a do agente; elas não se compensam. As *culpas recíprocas* do ofensor e do ofendido não se extinguem. A *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, adotada pelo nosso Código Penal, não autoriza outro entendimento. Somente a *culpa exclusiva da vítima* exclui a daquele, para quem, nesse caso, a ocorrência do evento foi pura *infelicitas facti*. No entanto, à evidência, a contribuição da vítima deverá ser valorada na aplicação da pena-base (art. 59 do CP).

18.3 Excepcionalidade do crime culposo

Nas legislações modernas, a regra é de que as infrações penais sejam imputadas a título de dolo, e só *excepcionalmente* a título de culpa, e, nesse caso, quando expressamente prevista a modalidade da figura delituosa (art. 18, parágrafo único). Com a simples análise da norma penal incriminadora, constata-se esse fenômeno: quando o Código admite a modalidade culposa, há referência expressa à figura culposa; quando não a admite, silencia a respeito da culpa. Por isso, quando o sujeito pratica o fato culposamente e a figura típica não admite a forma culposa, não há crime.

19 Crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado

Além das duas modalidades de crimes — dolosa e culposa —

expressamente reguladas pelo nosso Código Penal, doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de uma terceira, que costumam designar como *crime preterdoloso* ou crime qualificado pelo resultado.

19.1 Crime preterdoloso ou preterintencional

Crime preterdoloso ou *preterintencional* tem recebido o significado de crime cujo resultado vai além da intenção do agente, isto é, a ação voluntária inicia dolosamente e termina culposamente, porque, a final, o resultado efetivamente produzido estava fora da abrangência do dolo.

19.2 Crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado

No crime *qualificado pelo resultado*, ao contrário do *preterdoloso*, o resultado ulterior, mais grave, derivado *involuntariamente* da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º) seria preterintencional, o *aborto seguido da morte da gestante* (arts. 125 e 126, combinados com o art. 127, *in fine*) seria *crime qualificado pelo resultado*. O raciocínio é simples: nunca se conseguirá matar alguém sem ofender sua saúde ou integridade corporal, enquanto para matar alguém não se terá necessariamente de fazê-lo abortar.

1 Publicado no *Diário Oficial da União* de 31 de dezembro de 1940; retificado em 3 de janeiro de 1941.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“O simples fato de se tratar de delito decorrente de acidente de trânsito não implica ser tal delito culposo se há, nos autos, dados que comprovam a materialidade e demonstram a existência de indícios suficientes de autoria do crime de homicídio doloso. Precedentes” (STJ, AgRg no Ag 850.473/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-11-2007).

“Reputa-se inepta a denúncia que não trata do elemento volitivo necessário à configuração do delito de desobediência, qual seja, o dolo, limitando-se à narrativa de uma conduta eminente culposa, decorrente de obstáculos burocráticos, e da negligência de funcionários subordinados” (STJ, HC 82.589/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 9-10-2007).

“Homicídio culposo. Acidente de trânsito. Falta de dever de cuidado não demonstrada. Conduta culposa não configurada. O crime de homicídio culposo exige, para a sua configuração, a descrição de fato que revele a existência de negligência, imprudência ou imperícia” (STJ, HC 74.781/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4-10-2007).

“Se a *imputatio facti*, em eventual crime previsto no art. 22, *caput*, da Lei n. 7.492/85, não demonstra o elemento subjetivo especial do tipo, a saber, o fim de promover evasão de divisas do País, então a denúncia é inepta, dada a inobservância ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal” (STJ, REsp 783.989/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 19-9-2006).

“Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que ‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’. Cf. REsp 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 13-6-2005 (Precedentes)” (STJ, RHC 19.119/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-6-2006).

“Inexistência de elementos do dolo eventual. Inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, impõe-se a desclassificação da conduta para a forma culposa” (STJ, REsp 705.416/SC, Rel. Min. Paulo Medina, j. 23-5-2006).

“O homicídio resultado de acidente automobilístico, no caso concreto, não deve ser tido como doloso, mas como culposo, pois o acusado não queria e nem assumiu o risco de produzir o resultado fatídico. No máximo houve grave imprudência ou grande imperícia, o que não desloca o julgamento para o Tribunal Popular” (TJMG, Apelação 1.0382.02.021383-3/001(1), Rel. Gudesteu Biber, j. 17-1-2006).

“A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, ainda que eventual, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. Se o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, conclui-se que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade). A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em ‘assumir o risco do resultado’, em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual. A comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída revela a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual. Afastado elemento subjetivo dolo, resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente. O tipo penal

culposo, além de outros elementos, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado e que o agente tenha a previsibilidade objetiva do resultado, a possibilidade de conhecimento do resultado, o conhecimento potencial que não é suficiente ao tipo doloso. Considerando que a descrição da denúncia não é hábil a configurar o dolo eventual, o paciente, em tese, deu causa ao resultado por negligência" (STJ, HC 44.015/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-12-2005).

"O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta. O julgador, contudo, não pode se utilizar da mesma circunstância fática para reconhecê-las, sob pena de incorrer em vedado *bis in idem*" (STJ, REsp 606.170/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-10-2005).

"No Direito Penal não existe compensação de culpas, se o agente agiu com um mínimo de culpa sequer, deve ser punido pelo seu crime" (TJMG, Apelação 2.0000.00.494750-6/000(1), Rel. Maria Celeste Porto, j. 24-9-2005).

"A condenação penal exige prova inequívoca da conduta negligente e/ou imperita do médico que, podendo agir, deixa de cumprir protocolo para tratamento do paciente, seja por inércia, seja por desconhecimento da profissão. Havendo mais de uma solução médica, a escolha por uma em detrimento de outra, de modo honesto, não caracteriza culpa *in omittendo*" (TJMG, Apelação 2.0000.00.448125-4/000(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 12-4-2005).

"Na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal a pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte)" (STJ, REsp 622.724/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-11-2004).

"Publicação na imprensa de entrevista de Magistrado, na qual prestou esclarecimento a respeito de notícia veiculada em jornais, nas quais estava sendo acusado de haver mantido a prisão civil por débito alimentar em razão de diferença de pagamento de R$ 0,20 (vinte centavos). Crime sequer em tese caracterizado — Inexistência de *animus injuriandi* — Manifestação tida como ofensiva feita com o propósito de esclarecimento à sociedade e em defesa da própria honra e dignidade profissional — Rejeição. Não basta à caracterização do delito de injúria a simples manifestação tida como ofensiva. É mister, também, a intenção deliberada de ofender, o *animus injuriandi*, sem o qual o crime não se caracteriza, pela inexistência de elemento subjetivo do tipo" (TJMG, Queixa-crime 1.0000.00.312568-9/000(1), Rel. Kelsen Carneiro, j. 26-11-2003).

"A tese de que era inexigível conduta diversa pela ré — que passava por dificuldades financeiras e buscava melhores condições de sobrevivência nos Estados Unidos — não pode ser admitida como fundamento para a absolvição da acusada no presente caso, uma vez que o Código Penal não contempla a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade, devendo ser admitida somente em certas hipóteses" (STJ, REsp 518.635/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 26-8-2003).

"Em sede de direito penal não se admite a incidência da responsabilidade objetiva, em consonância com o princípio expresso no brocardo latino *nullun crimen, nulla poena sine culpa*. Se o recorrente, na condição de tenente-coronel médico de corporação militar, atestou a incapacidade de soldados com base em laudos médicos, desconhecendo a falsidade destes, não pode ser responsabilizado penalmente pela má-fé de terceiros" (STJ,

RHC 11.119/PI, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 3-10-2002).

"Alegação de desconhecimento do conteúdo da bagagem afastada. Dolo direto configurado pela vontade livre e consciente do apelante em transportar substância entorpecente para o exterior, na condição de 'mula', não havendo que se falar em culpa consciente, pois o risco que assumiu foi apenas o de ser preso em flagrante, e não de produzir o resultado criminoso" (TRF-3ª Região, Apelação 2000.61.81.006570-9, Rel. Theotonio Costa, j. 3-4-2001).

Agravação pelo resultado

Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

— V. art. 65, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

D O U T R I N A

1 Agravação pelo resultado

Não há crime sem culpabilidade. Este dispositivo representa mais uma tentativa expressa em afastar total e definitivamente qualquer responsabilidade objetiva, especialmente aos crimes preterdolosos e qualificados pelo resultado (veja-se Exposição de Motivos, item n. 16).

2 Requisitos necessários

a) *Crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa* — a violência contra a coisa não exclui a minorante; b) *reparação do dano causado pelo crime, ou restituição da coisa* — a reparação deve ser pessoal e completa. Se não for pessoal e completa e voluntária, constituirá simples circunstância atenuante; c) *reparação ou restituição devem ser voluntárias* — não é necessário que sejam espontâneas, é suficiente que sejam voluntárias, podendo, pois, o agente ser convencido a reparar o dano ou restituir a coisa; d) *a reparação ou a restituição devem ocorrer até a data do recebimento da denúncia ou da queixa* — na eventualidade de ocorrerem após o recebimento das iniciais referidas, funcionará somente como atenuante genérica (art. 65, III, *b*, *in fine*).

3 Limites e extensão do arrependimento posterior

A finalidade da previsão em exame é abranger "todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação" (Exposição de Motivos, item n. 16). Em síntese, alcança somente os crimes preterdolosos e os crimes qualificados pelo resultado.

4 Exclusão das qualificadoras, majorantes e agravantes

A previsão não se aplica às qualificadoras, majorantes e agravantes, pois estas devem, necessariamente, ser abrangidas pelo dolo do sujeito ativo. É insuficiente eventual culpa para essas hipóteses.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Lesões corporais seguidas de morte. Policiais civis que, nas dependências de delegacia, espancam preso com tamanha violência que lhe provocam a morte instantes depois. Comprovado o nexo causal entre as ações dos réus e o resultado morte da vítima, resulta configurado o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP). Tratando-se de crime preterdoloso, é descabido reconhecer agravante genérica, salvo a reincidência, pois as demais somente são aplicáveis nos delitos dolosos" (TJMG, Apelação 1.0079.95.023143-5/001(1), Rel. Gudesteu Biber, j. 14-12-2004).

"Lesão corporal seguida de morte. Hipótese de 'morte por emoção'. Vítima octogenário. Nexo de causalidade evidenciado. Lesão corporal não é apenas ofensa à integridade corpórea, mas também à saúde. Portanto, tanto é lesão a desordem das funções fisiológicas como a das funções psíquicas. O caso dos autos é de autêntico crime preterdoloso. Houve dolo no antecedente (lesão à saúde) e culpa no resultado subsequente (morte). A morte da vítima não foi sequer desejada pelos agentes, que tampouco assumiram o risco de produzi-la. A culpa é o elemento subjetivo do resultado qualificador" (TJMG, Apelação 1.0145.01.013248-1/001(1), Rel. Herculano Rodrigues, j. 11-11-2004).

"Por força do disposto no parágrafo único do art. 18 e no art. 19, ambos do CP, a responsabilidade penal, mesmo nos crimes qualificados pelo resultado, não pode ser objetiva (princípio da culpabilidade). Se, em relação ao resultado mais grave, não ocorreu dolo ou culpa, ele não pode ser atribuído ao acusado" (STJ, REsp 285.560/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11-6-2002).

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

— V. arts. 386, V, e 411 do CPP.

Erro determinado por terceiro

§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

— V. arts. 70, 73 e 74 do CP.

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

— V. art. 65, II, do CP.

— V. art. 3º do Dec.-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

— V. art. 8º do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Erro de tipo e erro de proibição

O erro que vicia a vontade, isto é, aquele que causa uma falsa percepção da realidade, tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito —

erro de tipo — quanto sobre a ilicitude da ação — erro de proibição. Não representam simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual. São novas concepções, com novas e maiores abrangências (Assis Toledo).

2 Ausência de conhecimento da ilicitude e ignorância da lei

O desconhecimento da ilicitude de um comportamento e o desconhecimento de uma norma legal são coisas completamente distintas. A ignorância da lei não pode confundir-se com o desconhecimento do injusto (ilicitude), até porque "a ilicitude de um fato não está no fato em si, nem nas leis vigentes, mas entre ambos, isto é, na relação de contrariedade que se estabelece entre o fato e o ordenamento jurídico" (Assis Toledo).

3 Ignorância da antijuridicidade e ignorância da lei: distinção

A *ignorância da lei* é o desconhecimento dos dispositivos legislados, ao passo que a *ignorância da antijuridicidade* é o desconhecimento de que a ação é contrária ao Direito. Por ignorar a lei, pode o autor desconhecer a classificação jurídica, a quantidade da pena, ou as condições de sua aplicabilidade, possuindo, contudo, representação da ilicitude do comportamento. Por ignorar a antijuridicidade, falta-lhe tal representação. As situações são, destarte, distintas, como distinto é o conhecimento da lei e o conhecimento do injusto (Alcides Munhoz Netto).

4 Teoria dos elementos negativos do tipo

Com esta teoria criou-se o *tipo total de injusto*, o qual abrangeria também as *causas de justificação*, como elementos negativos do tipo. Nesses termos, se o crime é o "injusto tipificado", toda circunstância que exclua o injusto faz desaparecer a tipicidade. Sustenta-se que referida teoria acaba identificando, inadequadamente, *tipicidade* e *antijuridicidade*. Logo, se as causas de justificação excluem o injusto, passam a assumir a condição de *características negativas do tipo*.

4.1 Conteúdo da teoria dos elementos negativos

Para referida teoria, a tipicidade abrangeria a ilicitude, e o *tipo penal* e *esta* não são elementos autônomos e interligados, mas um todo normativo

unitário. O *dolo*, nessas circunstâncias, deveria abranger não somente os elementos constitutivos do tipo incriminador, mas também a ausência de causas justificantes. Por isso, concluía não haver dolo quando estiver presente uma causa justificante. Enfim, o erro nas descriminantes putativas fáticas seria *erro de tipo*, e como tal excluiria o dolo.

5 Erro de tipo e erro de proibição

Erro de tipo é o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. É indiferente que o objeto do erro se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Importa, isto sim, que faça parte da estrutura do tipo penal.

5.1 Erro de tipo essencial: exclusão da tipicidade

O erro de tipo *essencial* sempre exclui o dolo, permitindo, quando for o caso, a punição pelo crime culposo, uma vez que a culpabilidade permanece intacta. O erro de tipo inevitável exclui, portanto, a tipicidade, não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo. Assim, haverá a atipicidade, por exclusão do dolo, somente quando o erro for inevitável, mesmo que haja previsão de modalidade culposa.

5.2 Erro de tipo no crime de calúnia

No crime de *calúnia*, o agente imputa falsamente a alguém a autoria de um fato definido como crime que, sinceramente, acredita tenha sido praticado. Falta-lhe o conhecimento da *elementar típica* “falsamente”, uma condição do tipo. Se o agente não sabia que a imputação era falsa, não há dolo, excluindo-se a tipicidade, caracterizando o *erro de tipo.*

5.3 Erro de tipo e desacato

Igualmente, no crime de *desacato*, o agente desconhece que a pessoa contra a qual age desrespeitosamente é *funcionário público*, imaginando que se trata de um particular normal. Falta a elementar do tipo “funcionário público”, desaparecendo o dolo do crime de desacato, podendo configurar, como forma subsidiária, quem sabe, o crime de injúria.

5.4 Erro de tipo nos crimes omissivos

Nada impede que o *erro de tipo* ocorra nos *crimes omissivos impróprios*. Por exemplo, o agente desconhece sua condição de *garantidor*, ou tem dela errada compreensão. O erro incide sobre a estrutura do tipo penal omissivo impróprio. O agente não presta socorro, podendo fazê-lo, ignorando que se trata de seu filho, que morre afogado. Desconhece a sua *posição de garante*. Incorre em *erro* sobre elemento do tipo penal omissivo impróprio, qual seja, a sua posição de garantidor.

5.5 Erro sobre a relação causal

O *erro* pode recair sobre a *relação causal* da ação e o resultado, isto é, a *aberratio causae*. Nos crimes de resultado o tipo compreende a ação, o resultado e o nexo causal. Pode ocorrer, muitas vezes, que o autor não perceba, não anteveja a possibilidade do acontecer causal da conduta realizada. Mas o desvio do curso imaginado pelo agente não exclui o dolo. Por exemplo, desejando matar a vítima por afogamento, joga-a de uma ponte, porém, na queda, ela vem a morrer de fratura no crânio, provocada pelo impacto em uma pedra. Responderá por homicídio doloso.

6 Erro de proibição

Erro de proibição é o que incide sobre a *ilicitude* de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida. O agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade.

6.1 Erro de proibição: exclusão da culpabilidade

O *erro de proibição*, quando *inevitável*, exclui a culpabilidade, impedindo a punição a qualquer título, em razão de não haver crime sem culpabilidade. Se o erro de proibição for *evitável*, a punição se impõe, porém, sempre por crime doloso (ou melhor, sem alterar a natureza do crime), mas com pena reduzida, pois, como afirma Cerezo Mir, “a culpabilidade, reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica, é sempre menor no erro de proibição evitável”.

6.2 Jurisprudência alemã: sentença de 18-3-1952

“A errônea suposição de que não concorre um elemento do fato origina o erro de tipo. O sujeito crê que seu atuar é permitido, em virtude de não saber o que faz; sua vontade não está dirigida à realização do tipo. Pelo contrário, o erro sobre a antijuridicidade concerne à proibição da conduta. O sujeito sabe o que faz, mas supõe erroneamente que sua ação é permitida.”

6.3 Erro de proibição em crimes culposos

O *erro de proibição* também pode ocorrer nos *crimes culposos*, e não somente nos dolosos, como pode parecer à primeira vista, inclusive quando o erro de proibição for evitável. Nada impede, por exemplo, que o agente se equivoque sobre qual é o *dever objetivo de cuidado*. A *evitabilidade do erro de proibição* tem o condão de reduzir a punibilidade da infração penal, sem, contudo, afetar a sua natureza dolosa ou culposa.

7 Elementos normativos especiais da ilicitude

Os *elementos normativos do tipo* não se confundem com os *elementos jurídicos normativos da ilicitude*. Enquanto aqueles são elementos constitutivos do tipo penal, estes, embora integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude. Esses “elementos normativos especiais da ilicitude”, normalmente, são representados por expressões como “indevidamente”, “injustamente”, “sem justa causa”, “sem licença da autoridade” etc.

7.1 Erro sobre elementos normativos especiais da ilicitude

A despeito da polêmica sobre o tema, como o dolo deve abranger todos os elementos que compõem a figura típica, e se as *características especiais do dever jurídico* forem um elemento determinante da *tipicidade concreta*, a nosso juízo, o erro sobre elas deve ser tratado como *erro de tipo.*

7.2 Revelação de segredo profissional: erro de tipo

Um profissional, médico, por exemplo, revela *segredo* do paciente, mas, sinceramente, acreditando que não lhe causará nenhum dano, pelo contrário, até lhe trará algum benefício. Numa reunião científica, em um congresso de medicina, revela a doença de que o paciente é portador,

esperando obter benefício dessa revelação. Nem imagina que isso possa, de algum modo, por alguma circunstância que ele desconhece, trazer prejuízo para o paciente. Nesse caso, esse erro se refere a uma condição do tipo.

7.3 Revelação de segredo profissional: erro de proibição

Se, ao contrário, imaginar que a divulgação que faz realiza com *justa causa*, então o erro será sobre a ilicitude, descaracterizadora da culpabilidade. Por exemplo, o médico está pleiteando o pagamento de honorários, que o paciente lhe está recusando, e imagina que para fundamentar o pagamento de honorários tem de explicitar o tipo de tratamento que realizou e o tipo de enfermidade do paciente. Por isso, nem pensa que está quebrando o sigilo com justa causa. Aqui não seria na realidade um erro sobre a constituição do tipo — sem justa causa —, mas sobre a ilicitude da conduta.

8 Erro de tipo permissivo: erro eclético

Quando o objeto do erro for *pressuposto de uma causa de justificação*, afirma-se, ocorre *erro de tipo permissivo*. Com efeito, há efetivamente *um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto*, podendo-se afirmar que se trata de um *erro eclético*, com estrutura parecida com o erro de tipo, mas com consequência semelhante ao erro de proibição.

8.1 Erro de tipo permissivo: não afasta o dolo

Na verdade, embora não haja o afastamento do dolo no erro de tipo permissivo, porque o autor conhece o tipo e a sua função, e até merecesse um tratamento mais rigoroso, segundo essa concepção, a reprovação que se deve dirigir ao autor afeta somente a sua falta de atenção, e isso corresponde, quanto ao conteúdo da culpabilidade, a uma reprovação de crime culposo.

8.2 Erro de tipo permissivo e erro de permissão: diferença

O “erro de tipo permissivo”, enfim, diferencia-se do “erro de permissão” porque não apenas não se relaciona com a antijuridicidade da conduta, como está sempre ligado à *falsa representação sobre o conteúdo de seu significado jurídicopenal*.

8.3 Erro no estado de necessidade: sobre a evitabilidade

Na hipótese de *estado de necessidade*, por exemplo, o agente erra sobre a *evitabilidade do perigo*, acha que não há outra maneira de evitá-lo que não seja sacrificando o interesse alheio, quando, na verdade, existe outra maneira, só que o agente não a vê. Esse erro sobre a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do perigo é um *erro sobre um elemento do tipo permissivo,* sobre um pressuposto da descriminante. A situação é de *estado de necessidade putativo*. À evidência que o autor age *dolosamente,* conhece o tipo penal, sabe o que faz, houve-se apenas com desatenção na avaliação da situação concreta.

8.4 Erro de tipo permissivo: solução do CP

Situações como essas serão resolvidas, em nosso Direito, com base no art. 20, § 1º, do CP, como *erro de tipo permissivo*: se for *escusável* isenta de pena; se for *inescusável* permanecerá a punibilidade, por crime culposo, se houver previsão da respectiva modalidade.

8.5 Erro de tipo permissivo: um erro "sui generis"

A desinteligência a respeito do erro que incide sobre os pressupostos fáticos das descriminantes putativas — erro de tipo permissivo — é uma questão meramente acadêmica no Direito brasileiro, na medida em que recebeu tratamento diferenciado do erro de proibição (art. 20, § 1º, do CP). Relevantes, na verdade, são as consequências que tal erro produz. Afetará o dolo, como o erro de tipo, ou afetará a culpabilidade, como o erro de proibição?

8.6 Erro de tipo permissivo: consequência

O *caput* do art. 20 do CP determina que o *erro* sobre o tipo incriminador *exclui o dolo*, enquanto o seu § 1º — que trata do *erro* sobre os pressupostos fáticos das descriminantes putativas — *isenta de pena*. O CP, ao regular o *erro de tipo permissivo* (art. 20, § 1º), não estabelece que a sua consequência é a *exclusão do dolo,* como faz em relação ao *erro de tipo incriminador*, prevendo, apenas, a *isenção de pena*.

8.7 Erro de tipo permissivo: afasta a culpabilidade

A conclusão inarredável a que se chega, a esta altura, é que o *erro de tipo*

permissivo não exclui o dolo do tipo, que permanece íntegro. Apenas afasta a culpabilidade dolosa, se for evitável, e igualmente a culposa, se for inevitável. Como se constata, o *erro de tipo incriminador* e o *erro de tipo permissivo* não têm a mesma natureza e não geram as mesmas consequências.

8.8 Erro "sui generis": misto de erro de tipo e erro de proibição

O "erro de tipo permissivo" constitui uma terceira espécie de erro. Seria um misto de erro de tipo e de erro de proibição indireto. *O erro se constitui somente na crença do autor de que a norma proibitiva é afastada, excepcionalmente, diante de uma proposição permissiva.* Em síntese, trata-se de um "erro *sui generis*", que *estruturalmente* se parece mais com *erro de tipo* do que com *erro de proibição*, mas que também se assemelha a um erro de proibição, porque a causa de justificação exclui a antijuridicidade — sua consequência — e não a tipicidade do fato.

9 "Erro culposo" não se confunde com "crime culposo"

Ao contrário do que tradicionalmente se admite, o *erro de tipo culposo*, isto é, evitável, sobre os pressupostos fáticos das descriminantes, não produz crime culposo. Admitir a existência de *culpa* no erro de tipo permissivo, vencível, onde o agente *prevê* e *quer* o resultado produzido, constitui uma violência traumática à estrutura e aos conceitos dogmáticos da teoria do delito.

9.1 Erro culposo e crime culposo: distinção

Os conceitos de *erro culposo* e de *crime culposo* são completamente distintos. No erro culposo, a vontade se dirige à realização de algo proibido, cuja antijuridicidade poderia ser captada com maior atenção; no crime culposo, a vontade orienta-se para um fim lícito ou até louvável, sendo defeituosa apenas a respectiva execução. A diversidade de situações concerne à intencionalidade do resultado, já que na hipótese de descriminante putativa com erro vencível o resultado é querido, enquanto no crime culposo o resultado nunca é querido, decorrendo de mera imprevisão de sua superveniência.

9.2 Escusabilidade ou inescusabilidade da culpa no erro

A escusabilidade ou inescusabilidade de culpa no erro não afeta a natureza do crime. O *erro culposo* podia ter sido evitado, no caso de *erro sobre a ilicitude*, mas o crime permanece íntegro na sua natureza dolosa: se foi doloso, não se altera em absoluto. Somente se diminui a pena. Como afirmava Gallas: "Quem mata uma pessoa, crendo erroneamente que seria agredido injustamente por ela, sabe que mata, mas acredita que na situação representada isso fosse lícito".

9.3 Erro culposo e crime doloso

Antes da ação, isto é, durante a *elaboração do processo psicológico*, o agente valora mal uma situação ou os meios a utilizar, laborando em erro, *culposamente*, pela falta de cautela na avaliação; já no momento subsequente, *na ação propriamente*, age *dolosamente*, finalisticamente, objetivando o resultado produzido, embora calcado em *erro culposo*. Em síntese: não há crime culposo em nenhuma hipótese nas descriminantes putativas; a denominada *culpa imprópria* nada mais é que um *crime doloso*.

10 Erro de tipo incriminador e erro de tipo permissivo

O *erro de tipo incriminador, inevitável*, impede a configuração do *fato típico doloso*, enquanto o *erro de tipo permissivo, inevitável*, impede a configuração da *culpabilidade dolosa*. E quem sabe que mata, por exemplo, porém crê, erroneamente, que pode fazê-lo, mata *dolosamente* e não simplesmente por culpa. Circunstâncias especialíssimas, no entanto, imaginadas pelo agente, *reduzem* a *censurabilidade* da sua conduta, porque a *fidelidade subjetiva* ao Direito fundamenta sempre uma menor reprovação de culpabilidade que a desobediência consciente da lei.

11 Modalidades de erro sobre a ilicitude

O erro sobre a ilicitude do comportamento pode apresentar-se sob três modalidades*: erro de proibição direto, erro de mandamento* e *erro de proibição indireto* (*erro de permissão*). Qualquer das hipóteses de erro sobre a ilicitude pode ser escusável ou não. Inescusável é o erro que o agente pode evitar, pode não errar, pode, enfim, ter consciência da ilicitude.

Consciência efetiva e potencial consciência: graus distintos

O grau de reprovação sobre *quem age sem saber*, apenas podendo saber,

e sobre *quem age efetivamente sabendo*, isto é, consciente da ilicitude da sua conduta, não pode ser o mesmo. Manifesta-se Jescheck admitindo uma diferença material entre o *atuar conscientemente* contra o Direito e a sua *infração inconsciente,* consequente de erro vencível. Não se pode reprovar quem não sabia, mas apenas podia saber, igualmente a quem efetivamente sabia, isto é, a quem tinha a real consciência da ilicitude. Sem dúvida alguma, a conduta de quem tinha real consciência da ilicitude é muito mais censurável.

Em virtude dessa diferença no *grau de reprovação*, embora punindo-se *quem age com consciência potencial,* diminui-se a pena aplicável, proporcionalmente ao menor juízo de reprovação. Diminui-se a pena aplicável, mas não se afasta a culpabilidade, que, nas circunstâncias, é reconhecidamente diminuída.

Consequências dos diversos graus de consciência

Pode-se traçar o seguinte paralelo: *consciência real* = punição normal; *consciência potencial* = punição reduzida; *ausência de potencial consciência* = absolvição.

11.1 Erro de proibição direto

No *erro de proibição direto*, o agente engana-se a respeito da norma proibitiva. Portanto, o crime que pratica é um crime de ação, comissivo, porque, ou desconhece a norma proibitiva, ou a conhece mal. É indiferente porque, afinal, tanto o *erro* como a *ignorância* da norma, para todos os efeitos, são “erro”. Essa modalidade já foi analisada suficientemente.

11.2 Erro mandamental

O erro de mandamento ocorre nos *crimes omissivos*. O erro recai sobre uma *norma mandamental,* sobre uma norma impositiva, sobre uma norma que manda fazer, que está implícita, evidentemente, nos tipos omissivos. Pode haver *erro de mandamento* em qualquer crime omissivo, próprio ou impróprio.

11.3 Erro de proibição indireto

Esta modalidade de erro é denominada *erro de permissão*, porque o autor não crê que o fato seja lícito simplesmente, senão que *desconhece a ilicitude,* no caso concreto, em razão da suposição errônea da existência de

uma *proposição permissiva*.

12 Erro sobre excludentes de culpabilidade

O *erro sobre excludentes da culpabilidade* não é tratado pela lei brasileira. Pode-se, no entanto, buscar a solução por meio da analogia. A alternativa efetivamente correta, no entanto, será a inexigibilidade de outra conduta.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

Art. 20 — erro de tipo

"É imprescindível que a defesa comprove a caracterização do erro sobre elementar do tipo penal — o que não ocorreu no caso dos autos — não sendo suficiente mera alegação do réu de desconhecimento da empreitada criminosa" (TRF-3ª Região, Apelação 2004.61.19.003227-9, Rel. Johonsom Di Salvo, j. 12-2-2008).

"Estupro. Vítima menor de 14 anos. Erro de tipo. O Pretório Excelso, em precedente assentou que o erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja, erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo" (TJPR, Apelação 395019-2, Rel. Lauro Augusto Fabrício de Melo, j. 20-9-2007).

"Crime contra a ordem tributária. Erro de tipo afastado, posto que pelas circunstâncias em que os fatos ocorreram, restou claro que o réu tinha plena consciência da conduta que praticava, assim como quanto aos seus efeitos, quais sejam, a redução da base de cálculo e o pagamento a menor dos tributos devidos" (TRF-3ª Região, Apelação 2002.61.02.012978-4, Rel. Luiz Stefanini, j. 28-8-2007).

"A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram" (STJ, REsp 513.891/RJ, Rel. Ari Pargendler, j. 20-3-2007).

"Calúnia. Erro de tipo. Por mais caluniosa que possa ter sido a imputação feita pelo apelado ao Promotor de Justiça, infere-se dos autos que aquele não tinha conhecimento da falsidade do fato, caracterizando-se o erro de tipo previsto no art. 20 do Código Penal, o qual exclui o dolo e, por via de consequência, a consumação do tipo penal" (TJPR, Apelação 0322796-1, Rel. Waldomiro Namur, j. 1º-2-2007).

"Somente ocorre a legítima defesa putativa quando o agente erradamente se julga diante de uma agressão iminente ou atual e injusta e, portanto, legalmente autorizado à reação, que empreende. Cassa-se portanto decisão do Júri que reconhece a descriminante, mesmo derivada de culpa, em manifesta oposição à prova dos autos" (TJMG, Apelação 1.0699.03.031284-6/001(1), Rel. Gudesteu Biber, j. 8-11-2005).

"Ainda que se entenda mais adequado o desdobramento dos quesitos da legítima defesa putativa da forma como é feita na legítima defesa própria, o questionário adaptado ao novo tratamento da descriminante não pode ser tido como nulo. Se os jurados terminaram por rejeitar a tese da legítima defesa putativa, mas, reconhecendo o erro do acusado, aceitaram que ele derivou de culpa, não há que se falar na absolvição do acusado, mas, sim, em seu apenamento de acordo com a modalidade culposa do crime" (TJMG, Apelação 1.0194.02.019543-5/003(1), Rel. Beatriz Pinheiro Caires, j. 2-6-2005).

“Se o agente é infrator afeito ao comércio e uso de armas de fogo em assalto e crimes assemelhados, processado por roubo à mão armada, porte de armas e outras modalidades delituosas, não pode encontrar receptividade sua alegação de ignorar que uma das armas encontradas em seu poder era de uso exclusivo das forças armadas, pretendendo, com sua alegação, beneficiar-se pela desclassificação do ilícito, com base em erro de tipo, ou mesmo erro de proibição, ou seja, desconhecimento da ilicitude de seu uso (dela, arma) ou propriedade” (TJMG, Apelação 1.0433.03.075808-3/001(1), Rel. Hyparco Immesi, j. 2-6-2005).

Art. 21 — erro de proibição

“Os apelantes tinham perfeita consciência de que os CDS por eles expostos na rua, em banca de camelô, em Rio das Pedras, eram produtos falsos. Tal delito atua em prejuízo de todo o mercado fonoaudiovisual e acarreta sérias consequências a ordem pública e até mesmo econômica. Também não há que se falar em erro de proibição ou mesmo de tipo, pois os agentes ativos tinham plena consciência de que suas condutas são proibidas por lei” (TJRJ, Apelação 2007.050.06150, Rel. Maria Raimunda T. Azevedo, j. 13-12-2007).

“O apelante, que se enquadra na categoria de homem médio, é agente de segurança da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, lotado na Diretoria de Segurança do Legislativo, exerce tal função há vinte e cinco anos, tem acesso aos mais variados meios de comunicação. O delito que lhe foi imputado não é daqueles adstritos a um seguimento da sociedade (violação do sigilo de proposta de concorrência, patrocínio simultâneo ou tergiversação etc.), ao contrário, é de conhecimento comum, mormente porque a mídia, durante longo período divulgou amplamente campanha para desarmamento da população civil, não sendo possível acolher a tese defensiva de que agiu sem consciência da ilicitude do fato” (TJRJ, Apelação 2007.050.03807, Rel. Valmir Ribeiro, j. 8-11-2007).

“O conjunto probatório permite concluir que o dinheiro norte-americano estava na bagagem de mão do recorrido. O dinheiro portado tem origem como comprova a Declaração de Imposto de Renda apresentada. Não é crime transitar com moeda estrangeira pelo *hall* do aeroporto. Toda prova evidencia que o recorrido desconhecia o regulamento da receita federal sobre a informação da saída dos dólares. Erro sobre a ilicitude inevitável” (TRF-3ª Região, Apelação 2001.61.19.003548-6/SP, Rel. Cecília Mello, j. 6-3-2007).

“A simples manutenção de espaço destinado à prática de prostituição traduz-se em conduta penalmente reprovável, sendo que a possível condescendência dos órgãos públicos e a localização da casa comercial não autoriza, por si só, a aplicação da figura do erro de proibição, com vistas a absolver o réu” (STJ, REsp 870.055/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27-2-2007).

“*Abolitio criminis*. Cloreto de etila. Retroatividade benéfica. Inocorrência. Erro de proibição. Inocorrência. 1. Na compreensão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução n. 104/2000 editada pelo Diretor da ANVISA é inválida, por não referendada pelo colegiado. 2. O cloreto de etila é substância entorpecente de porte para uso próprio e comércio clandestino proibidos pela Lei de Tóxicos. 3. Não há falar em erro de proibição, quando a conduta do agente, ela mesma, o exclui de forma evidente, *primus ictus oculi*” (STJ, HC 35.664/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17-11-2005).

“O agente não pode se valer do erro de proibição quando por suas condições pessoais podia alcançar a ilicitude da sua conduta. Ressalte-se que a mídia transmite de forma exaustiva notícias de prisão em flagrante de indivíduos que retiram animais silvestres de seu *habitat* natural ou os mantêm aprisionados. Ademais, não é crível que um indivíduo que more em um sítio, contando mais de 70 anos de idade, não saiba das restrições legais à retirada de animais silvestres da mata, bem como à sua manutenção em gaiolas sem

necessária licença da autoridade competente" (TJRJ, Apelação 2005.050.03358, Rel. Roberto Guimarães, j. 23-8-2005).

"Casa de prostituição. Apelante que não possuía sequer potencial consciência da ilicitude. Ocorrência de erro de proibição. Absolvição. Aplica-se o art. 21 do Código Penal, que trata do erro sobre a ilicitude do fato, quando a acusada é pessoa simples, que se prostituiu durante parte de sua vida e, no momento, aluga quartos de sua residência para encontros entre prostitutas e clientes, em plena zona do meretrício" (TJMG, Apelação 1.0000.00.264800-4/000(1), Rel. Márcia Milanez, j. 6-8-2002).

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

— V. arts. 62, II e III, 65, III, *c*, e 146, § 3º, I e II, do CP.

— V. arts. 386, V, e 411 do CPP.

D O U T R I N A

1 Inexigibilidade de comportamento diverso: previsão expressa

Nosso Código Penal prevê, expressamente, duas situações que excluem a culpabilidade em razão da *inexigibilidade de comportamento diverso*: são causas legais que excluem a culpabilidade a *coação irresistível* e a *obediência hierárquica* (art. 22).

2 Coação irresistível

Coação irresistível, com idoneidade para afastar a culpabilidade, é a *coação moral*, a conhecida *ameaça*, uma vez que a *coação física* exclui a própria ação, não havendo, consequentemente, conduta típica. Coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha.

3 Coação física irresistível: não há ação

A *coação física*, *vis absoluta*, por sua vez, exclui a ação por ausência de vontade. Neste caso, o *executor* é considerado apenas um *instrumento* de realização da vontade do coator, que, na realidade, é o autor mediato.

4 Coação moral: existe ação

Na *coação moral* existe vontade, embora seja viciada. Nas circunstâncias em que a ameaça é *irresistível* não é exigível que se oponha a essa ameaça, para se manter em conformidade com o Direito. Quem, nesta situação, executa um fato criminoso não é considerado *culpável*, porque sua vontade não pode determinar-se livremente.

5 Irresistibilidade da coação

A *irresistibilidade da coação* deve ser medida pela *gravidade* do mal ameaçado. Essa gravidade deve relacionar-se com a natureza do mal e, evidentemente, com o *poder* do coator em produzi-lo. Não pode ser algo que independa da vontade do coator, fora da sua disponibilidade. Nesse caso, deixa de ser grave o mal ameaçado, deixa de ser *irresistível* a coação.

6 Ameaças vagas e imprecisas

Ameaças vagas e imprecisas não podem ser consideradas suficientemente graves para configurar *coação irresistível* e justificar a isenção de pena. Somente o mal *efetivamente grave* e *iminente* tem o condão de caracterizar a *coação irresistível* prevista pelo art. 22 do CP.

7 Iminência do mal ameaçado

A *iminência* aqui não se refere à imediatidade tradicional, puramente cronológica, mas significa *iminente à recusa*, isto é, se o coagido recusar-se, o *coator* tem condições de cumprir a ameaça em seguida, seja por si mesmo, seja por interposta pessoa.

8 Ameaça de mal a terceiro: possibilidade

É indiferente que a vítima do mal ameaçado seja o próprio coagido ou alguém de suas ligações afetivas. O fato é que esse mal, essa ameaça, constitui uma coação moral. O que importa é que o *temor* do agente lhe impeça de deliberar livremente: ou obedece à *ordem* ou o mal que teme se concretiza.

9 Irresistibilidade da coação: afasta concurso de pessoas

Na hipótese de *irresistibilidade*, a solução legal é considerar punível, exclusivamente, o *coator*, que, no caso, é o *autor mediato*, uma vez que o *executor* é mero instrumento, agindo inculpavelmente. Não há propriamente *concurso de pessoas*, mas simples *autoria mediata*: o coator é o único responsável pelo fato, do qual tinha o *domínio final*.

10 Coação resistível: diminuição da reprovabilidade

Na hipótese de coação *resistível*, não haverá exclusão da culpabilidade penal, logicamente, porque o sujeito pode agir em conformidade com o direito, e, neste caso, haverá *concurso de pessoas*. Porém, como há a *coação*, embora resistível, e o agente age por causa dessa ameaça, há uma diminuição do grau de reprovação, e, consequentemente, uma redução de pena, caracterizando uma atenuante genérica (art. 65, III, *c*, 1ª figura).

11 Punibilidade do coator: sempre

O *coator,* por sua vez, será sempre punível: na *coação irresistível*, na condição de *autor mediato;* na *coação resistível*, na condição de coautor ou de partícipe, dependendo das demais circunstâncias. Somente quando a coação for resistível o coator sofrerá a agravante do art. 62, II, porque, na coação irresistível, ele será autor mediato, e esta será o meio de sua execução. Caso contrário, haveria *bis in idem*.

12 Obediência hierárquica: relação de direito público

A segunda parte do art. 22 prevê a *obediência hierárquica*, que requer *uma relação de direito público*, e somente de direito público. A *hierarquia privada*, própria das relações da iniciativa privada, não é abrangida por este dispositivo.

12.1 Ordem não manifestamente ilegal

Em virtude dessa *subordinação hierárquica*, o subordinado cumpre *ordem do superior*, desde que essa ordem não seja *manifestamente ilegal*, podendo, no entanto, ser apenas *ilegal*. Porque, se a ordem for legal, o problema deixa de ser de culpabilidade, podendo caracterizar causa de exclusão de ilicitude.

12.2 Cumprir ordem ilegal: exclui culpabilidade

A ordem pode ser *ilegal*, mas não *manifestamente* ilegal, não flagrantemente ilegal. Quando a ordem for ilegal, mas não manifestamente, o subordinado que a cumpre não agirá com culpabilidade, por ter *avaliado incorretamente* a ordem recebida, incorrendo numa espécie de *erro de proibição*.

12.3 Cumprimento de ordem legal: não há ilicitude

Se o agente cumprir ordem legal de superior hierárquico, estará no exercício de *estrito cumprimento de dever legal*. O cumprimento de *ordem legal* não apresenta nenhuma conotação de ilicitude, ainda que configure alguma conduta típica; ao contrário, caracteriza a sua exclusão (art. 23).

12.4 Ordem manifestamente ilegal: ambos respondem

Quando cumprida *ordem manifestamente ilegal*, tanto o *superior hierárquico* quanto o *subordinado* são puníveis. O subordinado não tem a obrigação de cumprir ordens ilegais. Tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a *oportunidade* ou *conveniência* de uma ordem. Mas a *ilegalidade*, mais que o *direito*, tem o *dever* de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem *manifestamente* ilegal.

12.5 Funcionário civil: conveniência e oportunidade

O *funcionário civil* não discute a oportunidade ou conveniência, mas discute a *legalidade*. Uma ordem pode ser ilegal porque não obedece à forma estabelecida em lei. Basta isso e já será ilegal. O funcionário civil, subalterno, não é obrigado a cumprir ordem ilegal. Ademais, se representar qualquer prejuízo a terceiro, será tão responsável quanto o superior.

13 A obediência hierárquica no Código Penal Militar

O funcionário militar não discute a *legalidade*, porque tem o dever *legal de obediência*, e qualquer desobediência pode constituir crime de *insubordinação* (art. 163 do CPM). O *subalterno militar* não é culpado, qualquer que seja a sua convicção sobre a ilegalidade da ordem. Pelo crime eventualmente decorrente só responde o autor da ordem.

13.1 Ordem manifestamente criminosa: deve recusar-se

O Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal, estabelece, implicitamente, apenas que o militar não deve obedecer a ordem *manifestamente criminosa* (art. 38, § 2º). A questão é completamente diferente. Evidentemente, seria absurdo afirmar que alguém tem o dever de obedecer a *ordem criminosa*! Aí, seria a inversão total das instituições políticas e democráticas.

13.2 Ordem manifestamente criminosa e coação irresistível: possibilidade

A *culpabilidade* do *subordinado militar* pode ser excluída pela *coação irresistível*. Por exemplo, o agente militar sabe que a ordem é manifestamente criminosa, mas é *coagido* a cumpri-la. Se a *ameaça* ou a *ordem* representar efetivamente uma *coação irresistível,* o subordinado militar será beneficiado pela primeira parte do art. 22, isto é, pela excludente da *coação irresistível*, mas não pela *subordinação hierárquica.*

14 Coação irresistível: beneficia militar e civil

Coação irresistível é uma excludente que pode beneficiar qualquer pessoa, funcionário ou não, militar ou civil. Isso quer dizer que o funcionário militar não poderá alegar subordinação hierárquica *se a ordem for manifestamente criminosa*; mas, se os requisitos estiverem presentes, poderá alegar *coação irresistível*, e, assim, o superior responderá sozinho pelo crime.

15 Subordinado se excede na execução: ambos respondem

Tanto na hipótese do funcionário civil quanto do subordinado militar, quando houver excesso, isto é, quando o subordinado for além daquilo que lhe impôs o superior, por conta própria, ambos responderão pelo fato: o superior com pena agravada e o subordinado com pena atenuada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A doutrina entende que para caracterizar a excludente de culpabilidade do art. 22 do Código Penal, são necessários cinco requisitos: *a*) existência de uma ameaça de dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato; *b*)

inevitabilidade do perigo na situação concreta do coato; *c*) ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas; *d*) existência de, pelo menos, três partes envolvidas: o coator, o coato e a vítima; *e*) irresistibilidade da ameaça avaliada segundo o critério do homem médio e do próprio coato, concretamente" (TRF-3ª Região, Apelação 2006.61.19.001228-9, Rel. Higino Cinacchi, j. 28-1-2008).

"Para que ocorra a coação moral irresistível deve ser de tal natureza que a pessoa fique fragilizada e não tenha meios de evitar a prática do ato que não desejava praticar" (TJMG, Apelação 1.0027.06.083553-8/001(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 28-8-2007).

"A excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal não pode ser invocada no âmbito do direito privado, uma vez que a configuração da obediência hierárquica pressupõe relação de subordinação entre o mandante e o executor do ato, com previsão, para este último, de consequências graves no caso de descumprimento da ordem, possível, apenas, no direito público" (TRF-3ª Região, Apelação 2001.61.20.007188-3, Rel. André Nekatschalow, j. 27-6-2005).

"Peculato. Humildes servidores representados por agentes de segurança e policiais de baixa patente não podem ser incriminados como coautores, por terem agido por temor do patrão e chefe de hierarquia superior" (STJ, Ação Penal 266/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1º-6-2005).

"Exige o art. 22 do Código Penal que, para a exclusão da culpabilidade, seja a coação irresistível, inevitável, insuperável, atual, uma força a que o coato não pode subtrair-se ou enfrentar" (TJMG, Apelação 1.0702.03.058585-6/001(1), Rel. Gudesteu Biber, j. 23-3-2004).

"Na coação moral, o coator exige que o coato pratique um fato ilícito com a ameaça de impor-lhe, ou a alguém que lhe seja próximo, uma espécie de gravame caso seja praticada a ação pretendida. Se, para suportar a ameaça perpetrada, for necessário o desprendimento de força extraordinária, teremos um caso de coação irresistível, excludente da culpabilidade" (STJ, HC 27.619/GO, Rel. Min. Félix Fischer, j. 5-2-2004).

"Para caracterização da obediência hierárquica são necessários dois requisitos: a relação administrativa de subordinação, bem como a legalidade manifesta do ato praticado pelo subordinado" (TJMG, Apelação 2.0000.00.395098-3/000(1), Rel. Maria Celeste Porto, j. 18-3-2003).

Exclusão da ilicitude

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

— V. arts. 65, 314, 386, V, e 411 do CPP.

— V. art. 188, I, do CC.

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

III — em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - Excesso punível

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

D O U T R I N A

1 Excludentes de antijuridicidade ou causas de justificação

A doutrina tem utilizado uma terminologia bem variada para denominar as causas legais de exclusão da antijuridicidade, tais como causas excludentes de ilicitude, causas excludentes de antijuridicidade, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão do crime, entre outras.

2 Elementos objetivos e subjetivos das causas de justificação

Assim como há elementos objetivos e subjetivos no tipo, originando a divisão em tipo objetivo e tipo subjetivo, nas *causas de justificação* há igualmente componentes *objetivos* e *subjetivos*. Por isso, não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente, isto é, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio.

2.1 “Animus” vingativo: afasta a excludente

Não estará amparado em legítima defesa quem agir movido por vingança, ainda que se comprove, a seguir, que a vítima estava prestes a sacar sua arma para matá-lo. Enfim, só age em legítima defesa quem o faz com *animus defendendi*. A presença do elemento subjetivo afasta o *desvalor da ação*, pois age conforme ao direito.

3 Causas supralegais de justificação

Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, em que pese alguma resistência oferecida por parte da doutrina.

4 Consentimento do ofendido

O consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a *conduta consentida* venha a adequar-se a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o *consentimento* opera como *causa justificante supralegal*, afastando a proibição da conduta, como, por exemplo, nos crimes de *cárcere privado* (art. 148), *furto* (art. 155), *dano* (art. 163) etc.

4.1 Requisitos do consentimento justificante

a) Que a manifestação do ofendido seja livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que o ofendido, no momento de consentir, possua capacidade para fazê-lo, isto é, compreenda o sentido e as consequências de sua aquiescência; c) que se trate de bem jurídico disponível; d) que o fato típico se limite e se identifique com o consentimento do ofendido.

5 Excesso nas causas de justificação

Em qualquer das causas de justificação, quando o agente, dolosa ou culposamente, *exceder-se* nos limites da norma permissiva, responderá pelo excesso. O excesso pode ocorrer em qualquer das modalidades de excludentes. Ademais, esse excesso pode decorrer de dolo, de culpa ou simplesmente de caso fortuito, hipótese em que não se poderá falar de responsabilidade penal.

5.1 Pressuposto do excesso nas causas justificantes

Para se caracterizar o excesso, é indispensável que a situação inicialmente configure a existência de uma excludente, cujo exercício, em um segundo momento, mostre-se excessivo.

5.2 Excesso doloso: crime doloso

Ocorre quando o agente, deliberadamente, aproveita-se da situação excepcional que lhe permite agir para impor sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado. Configurado o *excesso doloso*, responderá o agente pelo fato praticado, beneficiando-se somente da atenuante do art. 65, III, *c*, ou da minorante do art. 121, § 1º, quando for o caso.

5.3 Excesso culposo: tipificação residual

Será culposo o excesso quando for involuntário, podendo decorrer de erro de tipo escusável, ou mesmo de erro de proibição evitável (quanto aos limites da excludente). O *excesso culposo* só pode decorrer de erro, havendo uma avaliação equivocada do agente quando, nas circunstâncias, era-lhe possível avaliar adequadamente.

5.4 Excepcionalidade do crime culposo

Deve-se ter presente o princípio da excepcionalidade do crime culposo, insculpido no art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Dessa forma, o excesso culposo somente será punível quando houver previsão legal da modalidade culposa.

5.5 Excesso: uso imoderado ou desnecessário do meio

Enfim, o *excesso punível*, seja a título de dolo seja a título de culpa, decorre do uso imoderado ou desnecessário de determinado meio, que causa resultado mais grave do que o razoavelmente suportável nas circunstâncias.

6 Cumprimento de dever legal e exercício de direito

Quem cumpre estritamente dever imposto por lei ou exerce regularmente um direito não comete crime, ainda que, eventualmente, sua conduta venha a adequar-se a determinado tipo penal (art. 23, III, do CP). Tanto o cumprimento do *comando legal* como o exercício da permissão que a ordem jurídica admite afastam a antijuridicidade do comportamento que eventualmente se encontre tipificado.

7 Estrito cumprimento de dever legal

Quem pratica uma ação em *cumprimento de um dever* imposto por lei não comete crime. Há situações em que *a lei impõe determinada conduta* e, em face das quais, embora *típica*, não será *ilícita*, ainda que cause lesão a bem juridicamente tutelado. Assim, não são crimes a ação do carrasco que executa a sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prende o infrator em flagrante etc.

7.1 Requisitos necessários

a) *Estrito cumprimento* — somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; b) *de dever legal* — é indispensável que o dever seja legal, isto é, decorra de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa. A *norma* da qual emana o dever tem de ser *jurídica*, e de caráter geral: lei, decreto, regulamento etc.

7.2 Limites da permissão a autoridades

O art. 292 do CPP, *norma permissiva*, não autoriza, contudo, que os agentes do Estado possam, amiúde, matar ou ferir pessoas apenas porque são marginais ou estão delinquindo ou então estão sendo legitimamente perseguidas. A própria *resistência* do eventual infrator não autoriza essa *excepcional violência oficial*.

7.3 Resistência a atos de autoridades

Se a resistência — ilegítima — constituir-se de *violência ou grave ameaça* ao exercício legal da atividade de autoridades públicas, configura-se uma situação de *legítima defesa*, permitindo a reação dessas autoridades, desde que empreguem *moderadamente* os meios *necessários* para *impedir* ou *repelir* a agressão. Mas, repita-se, a *atividade* tem de ser *legal*, e a *resistência* com violência tem de ser *injusta*, além da necessidade da presença dos demais requisitos da legítima defesa. Será uma excludente dentro de outra.

7.4 Destinatários: agentes públicos e cidadãos comuns

Apesar de os destinatários naturais desta *excludente de criminalidade* serem os *agentes públicos*, nada impede que possa ser aplicada ao *cidadão comum*, quando atuar, claro, sob a *imposição de um dever legal*. Por exemplo, o *dever* que têm os pais de guarda, vigilância e educação dos filhos (art. 231, IV, do CC). Algum *constrangimento* praticado no exercício do *pátrio poder* estaria *justificado* pelo *estrito cumprimento do dever legal*, desde que não haja excesso, logicamente.

7.5 Direito correcional: está superado

Aquela tolerância que a lei e os costumes tinham com pais e tutores, admitindo até pequenos castigos aos menores sob sua guarda, está superada.

Em relação aos *mestres* essa *permissividade* foi completamente abandonada. Deve ser fiscalizado com rigor o exercício do *dever de guarda e educação* de filhos e pupilos, para se evitar autênticas torturas ou restrições censuráveis do direito de liberdade e de integridade, tipificadoras de verdadeiros crimes.

7.6 Excesso nas causas de justificação: Reforma Penal de 1984

Em qualquer das *causas de justificação* (art. 23 do CP), quando o agente, dolosa ou culposamente, *exceder-se* dos limites da *norma permissiva*, responderá pelo *excesso*. A Reforma Penal de 1984, melhor sistematizada, prevê a punibilidade do *excesso* em relação a *todas* as excludentes, sem exceção, ao contrário da redação original do Código Penal de 1940. Com efeito, o *excesso* pode ocorrer em qualquer das modalidades de *excludentes*. Ademais, esse *excesso* pode decorrer de *dolo*, de *culpa* ou simplesmente de *caso fortuito*, hipótese em que não se poderá falar de responsabilidade penal.

7.7 Limites do estritamente legal: excesso e abuso

Em outros termos, o *limite do lícito* termina necessariamente onde começa o *abuso*, pois aí o *dever* deixa de ser cumprido *estritamente* no âmbito da legalidade, para mostrar-se *abusivo*, excessivo e impróprio, caracterizando sua *ilicitude*. Exatamente assim configura-se o *excesso*, pois, embora o "cumprimento do dever" se tenha *iniciado dentro dos limites* do estritamente legal, o agente, pelo seu procedimento ou condução inadequada, acaba indo além do *estritamente* permitido, *excedendo-se*, por conseguinte.

7.8 Estrito cumprimento legal e o excesso: compatibilidade

Não há, convém se destaque, qualquer ilogicidade ou paradoxo entre o reconhecimento de *estrito cumprimento* de dever legal e a configuração de excesso na sua execução, tanto que o Código Penal, com a redação determinada pela Lei n. 7.209/84, consagra a punição do *excesso* para todas as modalidades de excludentes. Por isso, a *incompatibilidade* ou impossibilidade do *excesso* no estrito cumprimento do dever legal somente poderia ser defendida antes da Reforma Penal de 1984, quando o Código Penal, na sua versão original, só o prescrevia para a hipótese da *legítima defesa*.

7.9 Estrito cumprimento de dever legal: punição do excesso

Na análise do *excesso*, é indispensável que a situação *inicialmente* caracterize a presença de uma *excludente*, cujo *exercício*, em um segundo momento, mostre-se *excessivo*. Assim, por exemplo, o agente pode encontrar-se, *inicialmente*, no *estrito cumprimento de dever legal*, isto é, satisfazendo todos seus requisitos legais, mas, durante seu exercício, pelos meios que emprega, ou pela imoderação do seu uso, ou, ainda, pela intensidade do seu emprego, *acaba ultrapassando os limites do estritamente legal*, exatamente como ocorre na *legítima defesa*, que se inicia legítima, *deslegitimando-se*, contudo, pela *imoderação* do uso que faz dos meios adequados. Não há *incompatibilidade* entre o excesso e o exercício de estrito cumprimento do dever legal, que, como tal, *inicia*, mas que, na sua execução, ultrapassa os limites do estritamente necessário.

7.10 Estrito cumprimento de dever legal: excesso doloso ou culposo

O excesso será *doloso* quando o agente, deliberadamente, aproveita-se da situação excepcional que lhe permite agir para impor sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado. Configurado o *excesso doloso*, responderá o agente dolosamente pelo fato praticado, beneficiando-se somente pela atenuante do art. 65, III, *c*, ou com a minorante do art. 121, § 1º, quando for o caso. Será *culposo* o excesso quando for involuntário, podendo decorrer de *erro de tipo* escusável, ou mesmo de *erro de proibição* evitável (quanto aos limites da excludente). O *excesso culposo* só pode decorrer de erro, havendo uma avaliação equivocada do agente quando, nas circunstâncias, lhe era possível avaliar adequadamente.

8 Exercício regular de direito

O *exercício de um direito*, desde que *regular*, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pelo direito. *Regular* será o exercício que se contiver nos *limites* objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito. Fora desses limites, haverá o *abuso de direito* e estará, portanto, excluída esta *causa de justificação*. O exercício *regular* de um direito jamais poderá ser *antijurídico*.

8.1 Exercício regular: de acordo com a lei

Qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuridicidade. Mas o exercício deve ser *regular*, isto é, deve obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem jurídica.

8.2 Intervenções médicas e cirúrgicas

As *intervenções médicas* e *cirúrgicas* constituem, em regra, *exercício regular de direito*. Nada impede, é claro, que excepcionalmente caracterizem *estado de necessidade*, como ocorre com a previsão do art. 146, § 3º, I, do CP, embora, nessa hipótese específica, constitua *exclusão da tipicidade*.

8.3 Violência esportiva

O resultado danoso que decorre do boxe, da luta livre, do judô, do futebol etc., como atividades esportivas autorizadas e regularizadas pelo Estado, constitui exercício regular de direito. Se, no entanto, o desportista afastar-se das regras que disciplinam a modalidade esportiva que desenvolve, responderá pelo resultado lesivo que produzir, segundo seu dolo ou sua culpa.

9 Ofendículos

Ofendículos são as chamadas *defesas predispostas*, que, em regra, constituem-se de dispositivos ou instrumentos objetivando impedir ou dificultar a ofensa ao bem jurídico protegido, seja patrimônio, domicílio ou qualquer outro bem jurídico.

9.1 Ofendículos e defesas mecânicas predispostas

Há autores que distinguem os *ofendículos* da *defesa mecânica predisposta*. Os *ofendículos* seriam percebidos com facilidade pelo agressor, como fragmentos de vidros sobre o muro, grades, fossos etc., que representam uma resistência normal, natural, prevenindo quem tentar violar o direito protegido. As *defesas mecânicas predispostas*, por sua vez, encontrar-se-iam ocultas, ignoradas pelo suposto agressor, como, por exemplo, armas automáticas predispostas, cercas eletrificadas ou qualquer tipo de armadilhas prontas para disparar no momento da agressão.

9.2 Natureza jurídica das ofendículas

Alguns autores incluem as ofendículas na excludente do exercício regular de direito, outros na legítima defesa, onde a potencialidade lesiva de certos *recursos*, cães ou engenhos será tolerada quando atingirem o agressor e censurada quando o atingido for inocente. Esse entendimento oferece melhores recursos para a análise de cada caso concreto, diante da necessidade dos diversos requisitos da legítima defesa.

9.3 Exercício regular de direito e legítima defesa

Na verdade, a decisão de instalar os ofendículos constitui *exercício regular de direito,* isto é, exercício do direito de autoproteger-se. No entanto, quando se reage ao ataque esperado, inegavelmente, constitui legítima *defesa preordenada*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância — causa supralegal de exclusão de ilicitude —, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. Precedentes" (STJ, HC 60.185/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 3-4-2007).

"O estrito cumprimento do dever legal pressupõe dois requisitos: o estrito cumprimento — somente os atos necessários justificam o comportamento, em princípio, ilícito; e o dever legal — a norma da qual emana o dever caracterizar-se-á pela obrigatoriedade e juridicidade" (TJMG, Apelação 1.0210.03.013401-4/001(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 13-3-2007).

"O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para apreciar a alegação de que o paciente teria agido em estrito cumprimento do dever legal, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes" (STJ, HC 51.363/SP, Rel. Gilson Dipp, j. 12-6-2006).

"Age em estrito cumprimento do dever legal o agente que cumpre, sem excesso, dever que lhe é imposto por lei. Se a prisão do autor derivou de atuação legítima dos órgãos estatais, não se pode responsabilizar o Estado por tal fato, dada a absoluta ausência de ilegalidade. No plano da responsabilidade objetiva, o dano ressarcível pode resultar de ato doloso, culposo ou revelador de falha da máquina administrativa. Mas se os agentes judiciários agem no estrito cumprimento do dever legal e o autor não prova o dano moral alegado, não há o dever de indenizar" (TJMG, Apelação 1.0701.04.079423-5/001(1), Rel. José Francisco Bueno, j. 9-2-2006).

"Destarte, ainda que conhecível fosse a presente irresignação especial, no mérito, a pretensão do recorrente não lograria perspectiva de êxito, isto porque, a sentença penal absolutória faz coisa julgada no juízo cível, nos casos em que o juízo criminal afirma a inexistência material do fato típico ou exclui sua autoria, tornando preclusa a

responsabilização civil, bem como na hipótese de reconhecida ocorrência de alguma das causas excludentes de antijuridicidade" (STJ, REsp 645.496/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20-9-2005).

"A confirmação da decisão que absolveu sumariamente os denunciados se impõe, já que cabalmente comprovado que estes agiram amparados pela excludente de ilicitude da legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal" (TJMG, Recurso de Ofício 1.0024.02.723740-3/001(1), Rel. Armando Freire, j. 23-8-2005).

"Não age ao amparo do exercício regular de direito o marido que constrange sua esposa à cópula *intra matrimonium*, tendo em vista que a recusa injustificada aos deveres do casamento constitui causa para a separação judicial e não autorização normativa para a prática de crimes sexuais" (TJRS, Apelação 70009102377, Rel. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira, j. 29-9-2004).

"É obrigatória a formulação aos jurados das teses sustentadas pela defesa, mesmo quando invocada causa supralegal de exclusão da culpabilidade que, é cediço, não se encontra agasalhada, de forma expressa, no ordenamento jurídico vigente, sob pena de cerceamento de defesa" (TJMG, Apelação 1.0000.00.254046-6/000(1), Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. 29-8-2002).

"Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Excludentes de antijuridicidade. O estrito cumprimento do dever legal do profissional da advocacia pressupõe sua manifestação sobre questões pertinentes ao objeto da causa e o exercício regular do direito, a observância aos requisitos objetivos delineados pelo Poder Público, para fazer prevalecer o direito subjetivo, penal e extrapenal, do acusado" (STF, HC 81.517/SP, Rel. Maurício Corrêa, j. 2-4-2002).

"Estrito cumprimento do dever legal — não ocorrência desta excludente, ante a agressão desnecessária e excessiva perpetrada pelo apelante" (TJMG, Apelação 1.0000.00.221610-9/000(1), Rel. Odilon Ferreira, j. 26-2-2002).

"O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão" (STF, HC 72.341/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 13-6-1995).

Estado de necessidade

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

— V. art. 65 do CPP.

— V. art. 188, I, do CC.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

— V. art. 13, § 2º, do CP.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

D O U T R I N A

1 Estado de necessidade: definição

O estado de necessidade caracteriza-se pela *colisão de interesses* juridicamente protegidos, devendo um deles ser sacrificado em prol do *interesse social*. Como salientava Heleno Fragoso: "O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor", desde que imprescindível, acrescentamos, para a salvaguarda do bem preservado.

2 Exemplo dos dois náufragos

No exemplo clássico, dois náufragos disputam a mesma tábua, que não suporta mais de um; uma vida terá de ser sacrificada para salvar outra. Em tais hipóteses, o Direito, reconhecendo sua impotência para salvar os bens em perigo, admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro, aguardando a *solução natural*, para proclamá-la legítima. Aliás, nem adiantaria dispor de forma diversa, uma vez que o instinto de sobrevivência e de preservação pessoal é muito mais forte do que qualquer "coação psicológica" que a sanção penal possa representar.

3 Postura do Estado: política criminal

Ao contrário do que entendia o *jusnaturalismo*, segundo o qual haveria a derrogação da ordem jurídica, o Direito continua presente: apenas se acomoda dentro dos limites das possibilidades humanas, para manter-se eficaz, sob pena de normativizar paradoxalmente, alheio à realidade social. Esse sentido humanitário do Direito, não exigindo renúncias heroicas, é o fundamento éticosocial para excluir a ilicitude de comportamentos praticados em estado de necessidade.

4 Estado de necessidade e legítima defesa

O estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa. Nesta, a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta, enquanto naquela a ação se dirige, em regra, contra um bem jurídico pertencente a terceiro inocente. Em ambas, há a necessidade de

salvar um bem ameaçado.

5 Estado de necessidade: direito ou faculdade

Ao contrário de uma corrente doutrinária que vê no estado de necessidade o exercício de um *direito*, reconhecemos nela uma *faculdade* do indivíduo de escolher entre deixar perecer o seu interesse juridicamente protegido ou sufragar o interesse antagônico, igualmente tutelado pela ordem jurídica.

6 Estado de necessidade excludente

O CP brasileiro consagra o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem as restrições adotadas pela legislação alemã. Assim, o Código Penal brasileiro não estabelece expressamente a *ponderação de bens*, como também não define a natureza dos bens em conflito ou a condição dos titulares dos respectivos bens. Adota, em outros termos, a chamada *teoria unitária*.

7 Estado de necessidade "justificante" e estado de necessidade "exculpante"

Na doutrina alemã, buscando solução para alguns casos específicos, objetivando preencher lacunas deixadas pelo art. 54 de seu revogado Código Penal — particularmente a necessária interrupção da gravidez por recomendação médica, que não fosse própria ou de parentes —, passou a sustentar a existência de um *estado de necessidade supralegal*, com fundamento na *ponderação de bens* e deveres, originando a conhecida *teoria diferenciadora* do estado de necessidade.

8 Estado de necessidade no direito alemão

O ordenamento jurídico alemão previa duas formas de estado de necessidade: a) *estado de necessidade jurídicopenal*: causa de exclusão de culpabilidade (art. 54 do CP alemão); b) *estado de necessidade jurídicocivil*: causa de exclusão da ilicitude (arts. 228 e 904 do CC alemão).

9 Estado de necessidade: teoria diferenciadora

a) *Estado de necessidade justificante* — quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor. Nesta hipótese, a ação será considerada lícita, afastando sua criminalidade, desde que tenha sido indispensável para a conservação do bem mais valioso.

b) *Estado de necessidade exculpante* — quando o bem ou interesse sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva. Neste caso, o Direito não aprova a conduta. No entanto, ante a *inexigibilidade* de conduta diversa, exclui a culpabilidade.

10 Estado de necessidade exculpante: dificuldade

Uma *excludente da culpabilidade*, como é o caso do estado de necessidade exculpante, pressupõe uma ação típica e antijurídica, e, num conflito de bens, onde somente um pode ser salvo, a ação de qualquer de seus titulares não pode ser qualificada de antijurídica, à luz do dispositivo referido, pelo menos quando se tratar de bens de igual valor. No entanto, quando o bem ou interesse sacrificado for de maior valor, pela *desproporcionalidade* entre *valor preservado* e *valor sacrificado*, parece-nos que não está abrigado pela previsão do *estado de necessidade justificante*, quando então a ação típica será também antijurídica.

11 Ponderação de bens e culpabilidade diminuída

A previsão do § 2º do art. 24, que não é outra coisa que a *ponderação de bens*, prevendo uma *culpabilidade diminuída*, permite a redução de pena, ainda que excepcionalmente (art. 24, § 2º). Por essa previsão — *minorante* —, quando houver *desproporcionalidade* entre os bens em conflito, perecendo o bem mais valioso, afasta-se, legalmente, não só o *estado de necessidade justificante*, mas também o *estado de necessidade exculpante*. Por isso, nessas hipóteses, observadas as circunstâncias fáticas, admitimos a possibilidade do estado de necessidade justificante, mas somente como *causa supralegal* de exclusão da culpabilidade.

12 Estado de necessidade e colisão de deveres

Apesar de nosso CP adotar a *teoria unitária*, ainda assim se admite a *inexigibilidade de outra conduta* para se reconhecer o *estado de necessidade exculpante*, principalmente nos casos de *colisão de deveres*,

quando o agente tem de optar por uma alternativa: cumprimento de um dever em detrimento de outro. Essa opção poderá ser motivada por fatores pessoais, de tal significação que seria impossível exigir um comportamento diverso.

12.1 Dever de agir e dever de omitir: preferência

Neste conflito, entre um *dever de agir* e um *dever de omitir-se*, entende-se que tem preferência o dever de omitir-se, porque, se não se salvar aquela *pessoa garantida*, na verdade, não se está fazendo nada: ela morrerá, mas não pela ação do agente; morrerá pelo *não impedimento*. Agora, o dever de omitir-se significa — para o seu descumprimento — a violação de uma *norma proibitiva*. Assim, entre esse dever e o de ação predomina o dever de não agir, que é mais consentâneo com os fins do Direito.

13 Requisitos do estado de necessidade

São os seguintes: existência de perigo atual e inevitável; não provocação voluntária do perigo; inevitabilidade do perigo por outro meio; inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; direito próprio ou alheio; elemento subjetivo: finalidade de salvar o bem do perigo; ausência de dever legal de enfrentar o perigo.

13.1 Existência de perigo atual e inevitável

Atual, na definição de Reale Junior, "é o que é presente, subsiste e persiste. *Iminente* é o que está prestes a ser atual mas ainda não o é". *Perigo* não se confunde com *dano*, mas a *atualidade* do *perigo* engloba a *iminência* do dano, uma vez que *perigo* é a probabilidade de *dano*. Por isso, embora nosso CP preveja somente o *perigo atual*, aceita a *iminência do dano*. *Inevitável*, segundo Assis Toledo, "é a lesão necessária, na medida da sua necessidade para salvar o bem ameaçado".

Perigo passado ou futuro: impossibilidade

Perigo passado ou futuro não pode justificar o estado de necessidade. Se o dano ou perigo já se efetivou, a ação do agente somente estará legitimada para impedir sua continuação. Se o perigo for futuro, poderá até não se concretizar; se for passado, caracterizará vingança. Em qualquer das hipóteses falta-lhes a característica da *atualidade*, permitindo a utilização de outros recursos.

13.2 Não provocação voluntária do perigo

A expressão do Código "que não provocou por sua vontade" deve ser entendida como sinônima de "que não provocou *intencionalmente*". Dessa forma, a simples circunstância de ter cometido intencionalmente o fato (por exemplo, dirigir em velocidade inadequada para o local) que origina a situação de necessidade, por si só, não impede a alegação do estado de necessidade. Será necessário que a própria *situação de necessidade* tenha sido provocada intencionalmente.

13.3 Inevitabilidade do perigo por outro meio

Havendo outra possibilidade razoável de afastar o perigo, esta excludente não se justifica, mesmo que essa possibilidade seja a *fuga*, ao contrário da legítima defesa. Deve-se buscar a realização do comportamento menos lesivo, desde que suficiente para o mesmo fim. Quando o agente se utilizar de meio mais grave do que o necessário, estaremos diante de excesso, doloso ou culposo.

13.4 Inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado

O *princípio da razoabilidade* nos permite afirmar, com segurança, que, quando o bem sacrificado for de valor superior ao preservado, será inadmissível o reconhecimento de estado de necessidade. No entanto, como já referimos, se as circunstâncias o indicarem, a *inexigibilidade de outra conduta* poderá excluir a culpabilidade.

13.5 Direito próprio ou alheio

Como a ordem jurídica protege bens jurídicos sem se preocupar com quem seja seu titular, admite a invocação de estado de necessidade para salvar "direito próprio ou alheio". Na defesa de direito alheio não se exige qualquer relação jurídica específica do agente com o titular do bem preservado, sendo suficiente que os interesses em conflito sejam tutelados pelo Direito.

13.6 Estado de necessidade de terceiro

Embora no "estado de necessidade de terceiro" a vontade deste seja substituída pela do agente, quando se tratar de *bens disponíveis*, a intervenção deste dependerá do consentimento do titular do direito a

salvaguardar, que poderá preferir solução diferente ou, quem sabe, até suportar o dano.

13.7 Elemento subjetivo: finalidade de salvar o bem do perigo

Para caracterizar o estado de necessidade é insuficiente o conhecimento objetivo da situação de perigo. É necessário que o agente aja com o objetivo de salvar o bem do perigo. Essa motivação do agente deve ser configurada no momento da ação, ficando excluída a mera coincidência de fatores desconhecidos ou não desejados pelo agente, posteriormente constatados.

13.8 Ausência de dever legal de enfrentar o perigo

É da essência de algumas funções ou profissões o dever de enfrentar determinado grau de perigo; não cabe, nesses casos, a alegação de estado de necessidade. A exigência de sacrifício no exercício dessas *atividades perigosas* não pode atingir o nível de heroísmo. O princípio do *razoável* também vige aqui, embora em sentido inverso: para se salvar um bem patrimonial é inadmissível que se exija o sacrifício de uma vida.

Dever de enfrentar o perigo: não é absoluto

Além de o *dever* de enfrentar o perigo limitar-se ao período em que se encontra no exercício da atividade respectiva, esse *dever* não tem caráter absoluto, a ponto de negar-se qualquer possibilidade de ser invocado o estado de necessidade.

14 Causa de diminuição de pena (minorante)

A flexibilidade que se deve ter na análise da *razoabilidade do sacrifício* do bem em conflito está assegurada na previsão do § 2º do art. 24. Em outros termos, significa que, mesmo não se tratando de estado de necessidade, mas diante das circunstâncias, que não *justificam* o crime, diminuem a *censurabilidade da conduta,* autorizando a redução de pena. Não deixa de ser, como já referimos, a admissão de uma culpabilidade diminuída.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Improcedente a alegação do apelante de ter tentado subtrair os bens apreendidos na sua posse porque se encontrava em estado de necessidade, uma vez que se trata de pessoa

apta para o trabalho e não comprovou situação de penúria" (TJDF, Apelação 20051010036827, Rel. Min. Getúlio Pinheiro, j. 12-3-2008).

"Dificuldades financeiras, desemprego ou até mesmo doença, não caracterizam a excludente de ilicitude do estado de necessidade ou inexigibilidade de outra conduta, para o que é imprescindível que bens ou interesses estejam correndo perigo em decorrência de ato não provocado voluntariamente pelo agente" (TJMG, Apelação 1.0384.06.046535-6/001(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 9-10-2007).

"Para a configuração da descriminante do estado de necessidade no delito de furto, faz-se necessária a comprovação de que o agente se encontrava em situação de absoluta miserabilidade a justificar o ataque ao patrimônio alheio, não bastando a simples alegação de estar passando por dificuldade" (TJMG, Apelação 1.0002.04.001803-4/001, Rel. Vieira de Brito, j. 14-11-2006).

"Não configuram a hipótese do estado de necessidade meras afirmações de dificuldades de ordem financeira por parte do agente, ainda mais quando os bens subtraídos a justificar a investida contra o patrimônio alheio não são aptos para saciar sua fome e de sua família" (TJMG, Apelação 1.0701.03.050846-2/001(1), Rel. William Silvestrini, j. 5-7-2006).

"Se a prova judicial demonstrou que o acusado estava vivendo na sua modesta casa em situação de extrema penúria, juntamente com esposa e três filhos doentes, sem qualquer tipo de ajuda alimentar ou mesmo de assistência médica e medicamentosa, para afastar o risco de morte a que seus familiares estavam submetidos, porque o Estado, omitindo-se no seu dever constitucional, deixou todos ao desamparo, não vejo como possa esse mesmo Estado, através do exercício da jurisdição penal, mandar para o cárcere o cidadão atingido pela sua perceptível ineficiência administrativa, daí porque tem-se como perfeitamente configurada a excludente de ilicitude, consubstanciada no estado de necessidade descrito no art. 24 do Código Penal, eis que o acusado Cosme praticou o ato visando satisfazer a fome da esposa e filhos doentes" (TJRJ, Apelação 2004.050.02354, Rel. Valmir de Oliveira Silva, j. 13-9-2005).

"Para a caracterização do estado de necessidade é mister que o agente esteja diante de uma situação de perigo real e inevitável, ou seja, perigo que não pode ser evitado senão pela violação do bem de terceiro inocente" (TFR 1ª Região, Apelação 1997.39.00.007876-7, Rel. Hilton Queiroz, j. 22-8-2005).

"Deve ser mantida a absolvição proferida em Primeira Instância se constatado que o réu agiu amparado pela excludente de ilicitude do estado de necessidade, sendo flagrante a sua condição de penúria, o que justificou a sua investida desesperada contra o patrimônio alheio" (TJMG, Apelação 2.0000.00.445191-6/000(1), Rel. Vieira de Brito, j. 29-9-2004).

"Apelante que, por ser portador do vírus da AIDS, apropriou-se de numerários da Petrobras, empresa onde trabalhava, com o objetivo de financiar seu tratamento médico e de mais duas pessoas, portadoras da mesma doença. Inexistência da excludente de ilicitude narrada no art. 23, I, do Código Penal. Para sua configuração, é necessária a comprovação de inevitabilidade do comportamento lesivo, ou seja, só haverá estado de necessidade se o único meio de que dispunha o agente na ocasião era lesar bem de terceiro, para salvaguardar o seu próprio. Sentença mantida" (TJRJ, Apelação 2002.050.02707, Rel. Nilza Bitar, j. 10-9-2002).

"Não cabe reconhecimento do estado de necessidade se o agente, podendo subtrair gêneros alimentícios de primeira necessidade, opta por bebidas e guloseimas" (TJRS, Apelação 70000864827, Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 17-5-2000).

Legítima defesa

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

— V. arts. 65, 314, 386, V, e 411 do CPP.

— V. arts. 188, I, e 1.210, § 1º, do CC.

D O U T R I N A

1 Considerações gerais

A legítima defesa, um dos institutos jurídicos mais bem elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução. Na definição do Código Penal, "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25).

2 Fundamento da legítima defesa

A legítima defesa apresenta um duplo fundamento: de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão; de outro, defender o próprio ordenamento jurídico, que se vê afetado ante uma agressão ilegítima.

3 Natureza jurídica da legítima defesa

As teorias subjetivas, que consideram a legítima defesa causa excludente de culpabilidade, procuram fundamentá-la na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente. As teorias objetivas, por sua vez, consideram a legítima defesa como excludente de antijuridicidade. Na verdade, o exercício da legítima defesa é um direito do cidadão e constitui causa de justificação.

4 Requisitos da legítima defesa

a) *Agressão injusta, atual ou iminente;* b) *direito próprio ou alheio;* c) *meios necessários usados moderadamente;* d) *elemento subjetivo: "animus*

defendendi". Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos.

4.1 Agressão injusta, atual ou iminente

Agressão é a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. *Injusta* será a agressão que não estiver protegida por uma norma jurídica, isto é, não for autorizada pelo ordenamento jurídico.

Agressão e provocação

É irrelevante que a agressão não constitua ilícito penal. A agressão, porém, não pode confundir-se com *provocação* do agente, devendo-se considerar a sua intensidade para valorá-la adequadamente.

Agressão justa: não fundamenta legítima defesa

A reação a uma *agressão justa* não caracteriza legítima defesa, como, por exemplo, reagir à regular prisão em flagrante ou a ordem legal de funcionário público etc. O raciocínio é lógico: se a agressão (ação) é lícita, a *defesa* (reação) não pode ser legítima.

Injustiça da agressão: consideração objetiva

A *injustiça* da agressão deve ser considerada objetivamente, sem relacioná-la com o seu autor, uma vez que o *inimputável* também pode praticar condutas ilícitas, ainda que seja inculpável.

Atual ou iminente

Além de *injusta*, a agressão deve ser *atual* ou *iminente*. *Atual* é a agressão que está acontecendo, isto é, que ainda não foi concluída; *iminente* é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa. Agressão iminente não se confunde com agressão futura. A *reação* do agredido para caracterizar a legítima defesa deve ser *sempre preventiva*.

Demora na repulsa: descaracterização

A *reação* deve ser imediata à *agressão*, já que a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa. Se passou o perigo, deixou de existir, e não pode mais fundamentar a defesa legítima, que se justificaria para eliminá-lo. Segundo Bettiol, a legítima defesa "deve exteriorizar-se antes que a lesão ao bem tenha sido produzida".

Agressão passada ou futura

A ação exercida após cessado o perigo caracteriza *vingança*, que é

penalmente reprimida. Igual sorte tem o *perigo futuro*, que possibilita a utilização de outros meios, inclusive a busca de socorro da autoridade pública.

4.2 A direito próprio ou alheio

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais. Assim, pode-se classificá-la em: *legítima defesa própria*, quando o repelente da agressão é o próprio titular do bem jurídico ameaçado ou atacado; e *legítima defesa de terceiro*, quando objetiva proteger interesses de outrem.

Bens disponíveis de terceiros

No entanto, na defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido. Como adverte Assis Toledo, quando se tratar "de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos, obviamente".

4.3 Meios necessários, usados moderadamente

Embora se reconheça a legitimidade da reação pessoal, nas circunstâncias definidas pela lei, o Estado exige que essa *legitimação excepcional* obedeça aos limites da *necessidade* e da *moderação*. A configuração de uma situação de legítima defesa está diretamente relacionada com a intensidade da agressão, com a periculosidade do agressor e com os meios de defesa disponíveis.

Meios necessários

Necessários são os meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa. Se não houver outros meios, poderá ser considerado necessário o único meio disponível. Mas, nesta hipótese, a análise da moderação deverá ser mais exigente.

Uso moderado dos meios

Esta circunstância deve ser determinada pela *intensidade* real da agressão e pela forma do emprego e uso dos meios disponíveis. Como afirmava Welzel, "a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto". Havendo disponibilidade de defesas, igualmente

eficazes, deve-se escolher aquela que produza menor dano.

Princípio da proporcionalidade

Admitimos a invocação do princípio da *proporcionalidade* na legítima defesa, na medida em que os *direitos absolutos* devem circunscrever-se a limites muito exíguos. Seria, no mínimo, paradoxal admitir o *princípio da insignificância* para afastar a tipicidade de determinados fatos, e sustentar o direito de reação desproporcionada à agressão, como, por exemplo, matar alguém para defender quaisquer valores menores.

4.4 Elemento subjetivo: "animus defendendi"

A legítima defesa deve ser *objetivamente necessária* e *subjetivamente orientada* pela vontade de defender-se. Com efeito, o *animus defendendi* atribui significado positivo a uma conduta objetivamente desvaliosa. A reação legítima autorizada pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo seu elemento subjetivo: o propósito de defender-se.

5 Legítima defesa real ou própria

É a tradicional defesa legítima contra agressão injusta, atual ou iminente, onde estão presentes todos os requisitos da sua configuração.

6 Legítima defesa putativa (hipótese de erro — arts. 20, § 1º, e 21 do CP)

Ocorre quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma *agressão injusta, atual* ou *iminente*, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la. A legítima defesa putativa supõe que o agente atue na sincera e íntima convicção da *necessidade* de repelir essa agressão imaginária. Esta modalidade de legítima defesa só existe na *representação* do agente, uma vez que, objetivamente, não existe.

6.1 Consequência do erro: afeta a culpabilidade

Se o autor supõe erroneamente a ocorrência de uma causa de justificação — independentemente de o erro referir-se aos pressupostos objetivos da causa justificante ou à sua antijuridicidade —, a conduta continuará sendo antijurídica. No entanto, se esse erro, nas circunstâncias, era inevitável, exculpará o autor; se era evitável, diminuirá a pena, na medida de sua

evitabilidade.

7 Legítima defesa sucessiva: possibilidade

Haverá legítima defesa sucessiva na hipótese de excesso, que permite a defesa legítima do agressor inicial. Verifica-se quando, por exemplo, o agredido, exercendo a defesa legítima, excede-se na repulsa. Nessa hipótese, o *agressor inicial*, contra o qual se realiza a legítima defesa, tem o direito de defender-se do excesso, já que o agredido, pelo excesso, transforma-se em *agressor injusto.*

8 Legítima defesa recíproca

É inadmissível legítima defesa contra legítima defesa, ante a impossibilidade de *defesa lícita* em relação a ambos os contendores, como é o caso típico do duelo. Somente será possível a legítima defesa recíproca quando um dos contendores, pelo menos, incorrer em erro, configurando a legítima defesa putativa.

9 Legítima defesa e estado de necessidade

a) No estado de necessidade há um conflito de interesses legítimos, e a sobrevivência de um significará o perecimento do outro; na legítima defesa o conflito ocorre entre interesses lícitos, de um lado, e ilícitos, de outro; b) na legítima defesa a preservação do interesse ameaçado se faz por meio de defesa, enquanto no estado de necessidade essa preservação ocorre por meio de ataque; c) no estado de necessidade existe *ação*, e na legítima defesa *reação*.

10 Legítima defesa contra dirimente de culpabilidade

É possível legítima defesa contra quem pratica uma conduta acobertado por uma dirimente de culpabilidade, como, por exemplo, coação moral irresistível ou obediência hierárquica. Como a exclusão da culpabilidade não afasta a sua ilicitude, é perfeitamente possível a reação defensiva legítima.

11 Questões especiais

É possível estado de necessidade contra estado de necessidade. Também são possíveis legítimas defesas putativas recíprocas, ou legítima defesa real contra legítima defesa putativa.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Não há como se considerar que o apelante ao colocar fogo e inutilizar o processo em praça pública agiu em legítima defesa de sua honra, sendo certo que a contrário disso estar-se-ia abrindo um perigoso precedente, pois todo réu, em qualquer demanda judicial, poderia alegar a legítima defesa da honra a fim de justificar atos transgressores contra o Estado Democrático de Direito" (TJPR, Apelação 0414478-5, Rel. José Laurindo de Souza Netto, j. 14-2-2008).

"Homicídio consumado e tentado. Legítima defesa putativa. Absolvição sumária. Inadmissibilidade. O erro e seus limites, alegados pelo réu, no sentido de que pensou que, pelas circunstâncias de vir em sua direção duas pessoas envolvidas em contendas no interior de um clube, estava sofrendo uma injusta agressão, deverão ser objeto de apreciação e valoração pelo Conselho de Sentença, juízo natural para o julgamento dos crimes contra a vida" (TJDF, RESE 20050510000698, Rel. João Timóteo, j. 17-1-2008).

"Afasta-se a excludente da legítima defesa, se ausentes os requisitos legais para a sua configuração" (TJDF, Apelação 20041010011163, Rel. Arnoldo Camanho, j. 10-1-2008).

"A alegação da excludente da legítima defesa requer a comprovação dos seus requisitos, de difícil prova, não podendo ser aferidos na estreita via do *habeas corpus*" (STJ, RHC 22.264/PI, Rel. Jane Silva, j. 11-12-2007).

"Para a absolvição sumária, baseada na legítima defesa, faz-se necessária a existência de provas convincentes da presença da causa de exclusão do crime. O mesmo pode-se dizer em relação ao pleito subsidiário consistente na desclassificação delitiva. Havendo controvérsia, remete-se a apreciação de tais questões ao Tribunal do Júri" (TJDF, RESE 20051010054340, Rel. Aparecida Fernandes, j. 25-10-2007).

"Disparo de arma de fogo (Art. 15 — Lei n. 10.826/2003). Não há legítima defesa putativa, se restou comprovado que o disparo foi efetuado quando a vítima já deixara o local e a discussão havia cessado. Ademais, não houve qualquer agressão ou movimento indicativo de iminente violência da vítima contra o parente do agente" (TJDF, Apelação 20060310008632, Rel. Mário Machado, j. 11-10-2007).

"Legítima defesa. Para caracterização desta excludente é necessária a presença simultânea de determinados requisitos, quais sejam, agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; uso moderado dos meios necessários e *animus defendendi*. No caso dos autos, o apelante desferiu chutes e pontapés na vítima, seu ex-sogro, um senhor de 74 anos, após uma suposta agressão verbal do mesmo, não respeitando os limites da necessidade e moderação" (TJRJ, Apelação 2007.050.02851, Rel. Alexandre H. Varella, j. 6-9-2007).

"Cediço que na etapa de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, vigora o princípio *in dubio pro societate*, bastando apenas indícios de autoria. Havendo ausência de prova incontroversa acerca da ocorrência da legítima defesa, a questão deve ser dirimida pelo Conselho de Sentença, para que possa decidir sobre a excludente invocada" (TJMG, RESE 1.0024.04.445939-4/001, Rel. Eduardo Brum, j. 30-6-2006).

"Legítima defesa. Necessidade de elemento subjetivo. Para a caracterização da legítima

defesa é imprescindível que haja o dolo de defender-se. Não age em legítima defesa aquele que aceita participar de briga com seu desafeto e o golpeia não obstante a intervenção de seguranças que tentavam apartar os contendores" (TJMG, Apelação 1.0456.00.007035-3/001, Rel. Erony da Silva, j. 15-2-2005).

"Não age ao abrigo da legítima defesa agente que mata desafeto após afugentá-lo, persegui-lo, e prostrá-lo ao solo, desatendendo a pedidos de clemência que lhe são dirigidos" (TJRS, Apelação 70008968323, Rel. Newton Brasil de Leão, j. 19-8-2004).

"Somente se caracteriza a excludente da legítima defesa quando a conduta defensiva é a necessária para repelir agressão atual ou iminente" (TJMG, Apelação 1.0000.00.346210-8/000(1), Rel. Tibagy Salles, j. 7-10-2003).

"Age em legítima defesa quem, após injustas e atuais agressões físicas proferidas pela vítima, desfere um tiro de arma de fogo, e diante da continuidade das agressões, atira novamente, interrompendo a ação da mesma" (TJPR, Apelação 0127000-6, Rel. Oto Luiz Sponholz, j. 31-10-2002).

"Legítima Defesa de Terceiro. Reconhecida a falta de moderação nos recursos utilizados para repelir a agressão, obrigatória é a apresentação, ao Conselho de Sentença, dos quesitos referentes ao excesso punível. Precedentes do STF e do STJ. A não apresentação, ao Conselho de Sentença, de quesito obrigatório, configura nulidade absoluta" (STJ, REsp 212.943/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 2-4-2002).

"Age em legítima defesa própria o agente que, ao sofrer agressão, reage *incontinenti* utilizando-se de meio moderado — que esteja ao seu alcance — para evitá-la. As provocações verbais e o fato de a vítima encontrar-se armada e ter iniciado as agressões são motivos suficientes para caracterizar a legítima defesa, excludente da ilicitude" (TJPR, Recurso Crime *Ex Officio* 0116912-4, Rel. Oto Luiz Sponholz, j. 7-2-2002).

"Responsabilidade civil do Estado: caracterização: morte causada a particular por agente da Polícia Rodoviária em serviço: irrelevância, nas circunstâncias do caso, de ter sido o servidor absolvido por legítima defesa de terceiro, se a agressão a esse não atribuída à vítima, mas a outrem, não atingido" (STF, RE 229.653/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12-6-2001).

"Relata a denúncia haver o marido, incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, efetuado diversos disparos contra sua mulher, de quem se encontrava separado, residindo ela, há algum tempo (mais de 30 dias), em casa de seus pais, onde foi procurada, ao que parece, em tentativa frustrada de reconciliação, e morta. A absolvição pelo Júri teve por fundamento ação em legítima defesa da honra, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça, ao entendimento não ser aquela causa excludente desnaturada pelo fato de o casal estar separado, há algum tempo, e porque 'a vítima não tinha comportamento recatado'. Nestas circunstâncias, representa o acórdão violação à letra do art. 25 do Código Penal, no ponto que empresta referendo à tese da legítima defesa da honra, sem embargo de se encontrar o casal separado há mais de trinta dias, com atropelo do requisito relativo à atualidade da agressão por parte da vítima. Entende-se em legítima defesa, reza a lei, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (STJ, REsp 203.632/MS, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 19-4-2001).

"Legítima defesa da honra de terceiro. O homicídio constitui uma reação absurdamente imoderada e fora do limite do razoável da necessidade quando praticado porque o réu ficou indignado com boatos desabonadores espalhados pela vítima acerca de uma conhecida sua" (TJDF, Apelação 20000750031637, Rel. Aparecida Fernandes, j. 26-10-2000).

Título III - Da Imputabilidade Penal

Inimputáveis

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

— V. art. 97 do CP.
— V. arts. 149 a 154, 386, V, e 411 do CPP.
— V. art. 46 da Lei n. 11.343/2006.

Redução de pena

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

— V. art. 387 do CPP.
— V. arts. 171 a 179 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Menores de dezoito anos

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

— V. art. 228 da CF.
— V. Lei n. 2.252/54 (corrupção de menores).
— V. art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).
— V. art. 104 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

D O U T R I N A

1 Inimputabilidade e culpabilidade diminuída

1.1 Imputabilidade e responsabilidade

Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável. *Imputabilidade* não se confunde com *responsabilidade*, que é o princípio segundo o qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade (imputável) deve responder por suas ações.

1.2 Inimputabilidade

A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental, que é a hipótese da menoridade (18 anos), podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade. Podem levar, dizemos, porque a ausência dessa sanidade mental ou dessa maturidade mental constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade.

Imaturidade penal: menoridade

A *imaturidade mental*, isoladamente, esgota o conceito de inimputabilidade, porque, por presunção legal, o menor de dezoito anos é mentalmente imaturo e, consequentemente, incapaz de culpabilidade. Nessa hipótese, é suficiente que se faça a comprovação da idade do menor, isto é, do aspecto puramente biológico.

Insanidade mental: falta de discernimento

Em se tratando de sanidade mental, a questão é mais complexa, porque, além de não ser mentalmente são ou não possuir desenvolvimento mental completo, por doença ou perturbação mental, é necessária a consequência desse distúrbio: incapacidade de discernimento. No caso de *anormalidade psíquica*, devem reunir-se dois aspectos indispensáveis: um *aspecto biológico*, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um *aspecto psicológico*, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

1.2.1 Menoridade

A imputabilidade, por presunção legal, inicia-se aos dezoito anos. Para definir a “maioridade penal” a legislação brasileira seguiu o sistema biológico, ignorando o desenvolvimento mental do menor de dezoito anos, considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento.

1.2.2 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou

retardado

Doença mental

Por *doença mental* devem-se compreender as *psicoses*, e, como afirmava Aníbal Bruno, "aí se incluem os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníacodepressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante". Teria sido melhor a utilização da expressão "alienação mental", que, de forma mais abrangente, compreenderia todos os *estados mentais*, mórbidos ou não, que demonstrassem a incapacidade do criminoso.

Desenvolvimento mental incompleto

Desenvolvimento mental incompleto, por sua vez, é aquele que ainda não se concluiu, abrangendo os *surdos-mudos* e os *silvícolas inadaptados*, em cujos casos a psicopatologia forense determinará, em cada caso concreto, se a *anormalidade* produz a incapacidade referida pela lei. A *menoridade* é o exemplo mais eloquente de desenvolvimento mental incompleto, mas, por presunção legal absoluta, está fora da imputabilidade.

Surdo-mudo: comprovação casuística

O *surdo-mudo*, privado do som e da comunicação oral, em regra, fica alijado da cultura, sem assimilar suas normas, sem a capacidade de avaliar o sentido éticosocial de seus atos. Ante a possibilidade de educar-se, e ajustar-se ao meio social, sua plena capacidade de entendimento e de autodeterminação deve ser comprovada em cada caso particular.

Condição biológica surdo-mudez: insuficiência

No entanto, a condição biológica "surdo-mudez" é insuficiente, por si só, para caracterizar a inimputabilidade. Será indispensável comprovar, *in concreto*, as consequências de incapacidade de compreensão e de autodeterminação decorrentes dessa deficiência congênita.

Silvícolas aculturados

Aos surdos-mudos equiparam-se os *silvícolas*, que podem hoje estar *aculturados.* No entanto, o nível de adaptação social às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em cada caso particular. Evidentemente que a situação dos *silvícolas* não tem natureza *patológica*,

mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas éticojurídicosociais reguladoras da vida dita civilizada e à diferença de escala de valores.

Desenvolvimento mental retardado

Como *desenvolvimento mental retardado* compreende-se a *oligofrenia*, em suas formas tradicionais — idiotia, imbecilidade e debilidade mental. No magistério de Aníbal Bruno, são "formas típicas, que representam os dois extremos e o ponto médio de uma linha contínua de gradações da inteligência e vontade e, portanto, da capacidade penal, desde a idiotia profunda aos casos leves de debilidade, que tocam os limites da normalidade mental. São figuras teratológicas, que degradam o homem da sua superioridade psíquica normal e criam, no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus".

Casos fronteiriços

Em outros termos, desenvolvimento mental retardado é aquele que não atingiu a maturidade psíquica. Em regra, nas hipóteses de *desenvolvimento mental retardado* aparecem com alguma frequência as dificuldades dos chamados *casos fronteiriços*, particularmente nas oligofrenias. Os casos *fronteiriços* apresentam *situações atenuadas* ou residuais de *psicoses*, de *oligofrenias*.

1.3 Culpabilidade diminuída

A *culpabilidade* fica *diminuída* em razão da menor *censura* que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade. A pessoa, nessas circunstâncias, tem diminuída sua *capacidade de censura*, de valoração, consequentemente a *censurabilidade* de sua conduta antijurídica deve sofrer redução.

1.4 Consequências jurídico-penais

Comprovada a inimputabilidade do agente, a absolvição se impõe (art. 26), aplicando-se medida de segurança nos termos dos arts. 96 a 99. No entanto, na hipótese dos *fronteiriços*, isto é, de culpabilidade diminuída, é obrigatória, no caso de condenação, a imposição de pena reduzida, para, somente num segundo momento, se comprovadamente necessária, ser substituída por medida de segurança.

Inimputabilidade e medida de segurança: causa da absolvição

A comprovação da inimputabilidade do agente, porém, não é suficiente para aplicar-se a medida de segurança. É preciso que se comprove que essa *inimputabilidade*, no caso concreto, é a *causa* da absolvição, ou seja, que a inimputabilidade é o fundamento da absolvição. Alguém recebe medida de segurança, por exemplo, porque, nas condições em que se encontra, não pode receber pena, ou seja, receberia pena se fosse imputável.

Fundamentos para absolvição impedem medida de segurança

Se fizermos uma comparação com um sujeito imputável, e chegarmos à conclusão de que, naquelas circunstâncias processuais, esse sujeito imputável seria absolvido, por qualquer razão que não seja a inimputabilidade, em que se absolveria também o imputável, não se terá fundamento legal para impor ao inimputável uma medida de segurança.

Culpabilidade diminuída: pena diminuída

A *culpabilidade diminuída* dá como solução a *pena diminuída*, na proporção direta da diminuição da capacidade, ou, nos termos do art. 98 do CP, a possibilidade de, se necessitar de *especial tratamento curativo*, aplicar-se uma medida de segurança, substitutiva da pena.

Semi-imputabilidade: condenação

Nesse caso, é necessário, primeiro, *condenar* o réu semi-imputável, para só então poder *substituir* a pena pela medida de segurança, porque essa medida de segurança é substitutiva da pena reduzida. Quer dizer, é preciso que caiba a pena reduzida, ou seja, que o agente deva ser condenado. E o art. 98 fala claramente em "condenado". Logo, no caso da semi-imputabilidade, requer-se, se for o caso, a condenação.

Culpabilidade diminuída: redução obrigatória

Em que pese o texto legal utilizar o verbo "pode", a redução de pena, na hipótese de culpabilidade diminuída, é obrigatória, e não mera faculdade do juiz.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Art. 26

"Incidente de insanidade mental instaurado a requerimento da Defesa, a partir de indícios de sério comprometimento da saúde mental do paciente em virtude do consumo sistemático de drogas. Indícios de que se trata de dependente químico. Perícia ainda não

ultimada. Necessidade de transferência do paciente para Hospital de Custódia e Tratamento, à vista dos citados indícios, sob pena de caracterização de constrangimento por se manter em cela comum pessoa supostamente em sofrimento mental" (TJRJ, HC 2007.059.06794, Rel. Geraldo Prado, j. 13-12-2007).

"O Código Penal adota o sistema vicariante, onde reconhecida a semi-imputabilidade do condenado, o magistrado pode diminuir a pena ou substituí-la por medida de segurança. Uma ou outra, e não as duas como fez o sentenciante. Assim, deve ser provido o recurso ministerial, para excluir da pena privativa de liberdade a diminuição prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal" (TJRS, Apelação 70019945039, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 8-8-2007).

"Esquizofrenia paranoide. Sendo manifesta a inimputabilidade do réu (art. 26, do Código Penal) constatada por laudo de exame psiquiátrico, correta a decisão que o absolve sumariamente, com fundamento no art. 411, do Código de Processo Penal, aplicando-lhe, contudo, medida de segurança, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, nos termos do art. 97, § 1º, do Código Penal" (TJPR, Recurso Crime *Ex Officio* 0391376-6, Rel. Jesus Sarrão, j. 17-5-2007).

"Ato infracional equiparado a roubo qualificado. Laudo psiquiátrico. Doença mental. Manutenção da internação. Ilegalidade. Ordem concedida. Há constrangimento ilegal na decisão judicial que, embora partindo da premissa de que o adolescente é portador de doença mental, ordena a aplicação — ou manutenção — de medida socioeducativa" (STJ, HC 45.752/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 30-11-2006).

"Sendo incontroversa a inimputabilidade do réu que se encontra preso em estabelecimento prisional, resta configurado o constrangimento ilegal" (STJ, HC 60.232/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 7-11-2006).

"Incapacidade parcial. Condenação mantida. Redução, de ofício, da pena. Não é isento de pena o réu que, embora seja portador de epilepsia e retardo mental, é capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta" (TJPR, Apelação 0283374-5, Rel. Rogério Kanayama, j. 13-7-2006).

"Não há como reconhecer, em sede de *habeas corpus*, a semi-imputabilidade do condenado, para fins de redução da pena, aplicando-se o disposto no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, com base em prova emprestada, que não foi aceita nas instâncias antecedentes, bem como não foi submetida ao contraditório no processo criminal que deu origem à condenação do paciente" (STJ, HC 44.759/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-12-2005).

"Restando constatada a doença mental ou a insanidade do acusado, impõe-se a absolvição sumária do agente e a aplicação da medida de segurança cabível" (STJ, HC 42.314/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 6-12-2005).

"Reconhecida pelo laudo médico tão somente a redução na capacidade de autodeterminação, tal circunstância, de forma alguma, garante, aprioristicamente, o enquadramento na hipótese do parágrafo único do artigo 26 do CP. Não há qualquer nulidade a ser corrigida se o Conselho de Sentença, optando por uma das teses apresentadas, afastou a semi-imputabilidade, à luz de laudo conclusivo pela inexistência de doença mental" (STJ, HC 43.565/MT, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 6-10-2005).

"A medida de segurança prevista no Código Penal, quando aplicada ao inimputável ou semi-imputável ainda no processo de conhecimento, pode ter prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Precedentes. Não há vinculação entre o prazo de duração da medida de segurança imposta ao semi-

imputável, ainda no processo de conhecimento, com o tempo de duração da pena privativa de liberdade substituída" (STJ, HC 42.683/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-9-2005).

"Denúncia por tráfico de drogas. Apesar da expressiva quantidade da droga apreendida – 50 g (cinquenta gramas) de *crack* –, não se pode afirmar ainda, com segurança absoluta, que a mesma destinava ela ao consumo do próprio paciente, principalmente diante do seu encaminhamento, dias antes do flagrante, para tratamento psiquiátrico, por ser considerado toxicômano, tanto que a decisão que recebeu a denúncia suspendeu o processo e deferiu a instauração do incidente de dependência toxicológica requerido pela defesa" (STJ, HC 41.555/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-9-2005).

"A imputabilidade se consubstancia mesmo que o paciente sofra de alcoolismo, pois a doença, em si, não gera inimputabilidade, e sim os efeitos que ela eventualmente opere sobre o agente, ao tempo do crime. O fato de ter o paciente sido considerado inimputável em outros processos pelo mesmo crime, não significa que o seja indefinidamente, pois deve ser observado se, no caso concreto, ele não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (STF, HC 85.721/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28-6-2005).

"Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido *in casu*. Precedentes" (STJ, HC 30.113/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 5-10-2004).

"Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (*v.g.* perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, *i.e.*, no momento da ação criminosa" (STJ, HC 33.401/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-9-2004).

"Interdição por doença mental com internamento: sua admissibilidade, independentemente da extinção da punibilidade, pelo cumprimento da pena, de crimes cometidos pelo interdito; possibilidade de sua efetivação em hospital de custódia e tratamento destinado à execução de medidas de segurança impostas a inimputáveis (LEP, art. 99)" (STF, RHC 82.924/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19-8-2003).

"A absolvição do paciente em processo-crime anterior por reconhecida inimputabilidade, com a imposição de medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, dá existência a uma fundada dúvida acerca de sua integridade mental, a qual pode não se relacionar, necessariamente, com eventual dependência toxicológica, gerando a necessidade de realização de exame de insanidade mental do paciente" (STJ, RHC 13.826/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15-4-2003).

Art. 27

- *Súmula 74 do STJ:* "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".

"O critério para o reconhecimento da menoridade na data do fato deve ser objetivo: o aniversário do acusado; elemento cronológico" (STJ, HC 37.064/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 11-10-2005).

"O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Por isso, entende o Relator, a

qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas pressupõe, nos crimes de furto e roubo, por exemplo, concurso de pessoas imputáveis. Não é, portanto, qualificado o furto praticado por pessoa imputável e pessoa inimputável (menor de 18 anos)" (STJ, HC 38.097/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 23-11-2004).

"Consoante o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não houve qualquer modificação na interpretação do art. 121, § 5º, da Lei n. 8.069/90, frente à nova maioridade civil tratada no art. 5º da Lei n. 10.406/2002, portanto, as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente têm incidência, a princípio, sobre aqueles que ainda não atingiram a maioridade penal na data do cometimento do ato infracional, pois, de outra forma, estarão sujeitos às normas do Código Penal" (STJ, HC 29.722/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 3-2-2004).

"A dúvida sobre a questão da maioridade do paciente na época do fato deve ser interpretada pelo princípio *in dubio pro reo*, impondo-se dessa forma o trancamento da ação penal" (STJ, HC 17.299/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, j. 7-2-2002).

"Constitui documento hábil a atestar a menoridade do paciente quando da prática do delito pelo qual restou condenado cópia da certidão de nascimento autenticada pelo Cartório do Juízo oficiante" (STJ, HC 17.338/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27-11-2001).

Emoção e paixão

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I — a emoção ou a paixão;

— V. arts. 65, III, *c*, e 121, § 1º, do CP.

Embriaguez

II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

— V. art. 61, II, *l*, do CP.

§ 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

— V. arts. 386, V, e 411 do CPP.

— V. art. 45 da Lei n. 11.343/2006.

§ 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

— V. arts. 62 e 63 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Emoção e paixão: definição

Emoção é uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica. A *paixão* é a emoção em estado crônico, perdurando como um sentimento profundo e monopolizante (amor, ódio, vingança, fanatismo, desrespeito, avareza, ambição, ciúme etc.).

1.1 Emoção e paixão: diferença

Emoção e paixão praticamente se confundem, embora haja pequena diferença entre ambas e esta se origine naquela. A emoção é uma descarga tensional passageira, de vida efêmera, enquanto a paixão, pode-se afirmar, é o estado crônico da emoção, que se alonga no tempo, representando um estado contínuo e duradouro de perturbação afetiva. Em outras palavras, a emoção dá e passa, enquanto a paixão permanece, alimentando-se nas suas próprias entranhas.

1.2 Emoção e paixão: semelhança

É extremamente difícil distinguir, com segurança, emoção e paixão, uma vez que não apresentam diversidades de natureza ou de grau, pois esta nasce daquela, e, assim como há paixões violentas e emoções calmas, o inverso também é verdadeiro, embora se diga que a *emoção é aguda* e a *paixão é crônica*. A única diferença que se pode afirmar com certeza é que a emoção é passageira e a paixão é duradoura.

1.3 Emoção e paixão: tratamento legal

Em nosso Direito positivo a emoção e a paixão não apresentam maiores problemas, embora possam reduzir, inegavelmente, a *vis electiva* entre o certo e o errado. Esses estados emocionais *não eliminam a censurabilidade* da conduta (art. 28, I, do CP); poderão, apenas, *diminuí-la*, com a correspondente redução de pena, desde que satisfeitos determinados requisitos legais.

2 Requisitos legais necessários

Esses requisitos são: a provocação *injusta* da vítima, o *domínio*, nos casos da lesão ou do homicídio (minorantes), ou a *influência*, em caso de qualquer outro crime (atenuante), desse estado emocional, que deve ser violento, sob o psiquismo do agente. Então, além da *violência emocional*, é fundamental que a *provocação* tenha sido da própria vítima, e por meio de um *comportamento injusto*, ou seja, não justificado, não permitido, não autorizado.

3 Estados emocionais e doença mental

Ressalvados esses casos, os *estados emocionais* ou *passionais* só poderão servir como modificadores da culpabilidade se forem sintomas de uma doença mental, isto é, se forem *estados emocionais patológicos*. Mas, nessas circunstâncias, já não se tratará de *emoção* ou *paixão*, estritamente falando, e pertencerá à *anormalidade psíquica*, cuja origem não importa, se tóxica, traumática, congênita, adquirida ou hereditária.

4 Trauma emocional e surto psicótico

O *trauma emocional* pode fazer eclodir um *surto psicótico*, e, nesse estado, pode o agente praticar um delito. Mas aí o problema deve ser analisado à luz da *inimputabilidade* ou da *culpabilidade diminuída*, nos termos do art. 26 e seu parágrafo único. Por exemplo, a extrema agressividade de uma personalidade paranoica, que demonstra um desequilíbrio emocional patológico; a própria *embriaguez* pode, pela habitualidade, levar à eclosão de uma psicose tóxica, deixando de ser um problema de embriaguez (ou qualquer outra substância tóxica) para ser tratada à luz do mesmo dispositivo legal.

5 Embriaguez: completa e acidental

Entre as causas biológicas que podem *excluir* ou *diminuir* a responsabilidade penal, o Código inclui a *embriaguez*, desde que *completa* e *acidental*. A embriaguez pode ser definida como a intoxicação aguda e transitória provocada pela ingestão do álcool ou de substância de efeitos análogos. Segundo a classificação mais tradicional, a embriaguez apresenta três estágios: inicial (de excitação); de depressão; letárgico (sono profundo ou coma).

6 Adoção da “actio libera in causa”

Pelos postulados da *actio libera in causa*, se o dolo não é contemporâneo à ação é, pelo menos, contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Como o dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal, deve o agente responder pelo resultado que produzir. Transportando essa concepção para a embriaguez, antes de embriagar-se o agente deve ser portador de dolo ou culpa não somente em relação à embriaguez, mas também em relação ao fato delituoso posterior.

6.1 Inexistência de relação causal: decisão de embriagar-se

Basileu Garcia, inconformado com as consequências da embriaguez voluntária ou culposa e com o entendimento sustentado por Hungria, afirmava: “Não percebemos o nexo de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente. O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo — admita-se — supõe que vai embriagar-se. Entretanto, embriaga-se totalmente e pratica lesões corporais num amigo”. Pode, eventualmente, configurar responsabilidade objetiva.

6.2 “Actio libera in causa”: natureza da responsabilidade

Ao contrário do que seria na hipótese de *actio libera in causa*, a conduta praticada pelo ébrio, segundo o CP, será considerada *dolosa* ou *culposa*, não pela natureza da embriaguez — voluntária ou culposa — *pertencente à fase de imputabilidade real*, mas segundo o elemento subjetivo do momento em que a ação é praticada. Em outros termos, isso significa que de uma *embriaguez dolosa* pode resultar um crime culposo, assim como de uma *embriaguez culposa* pode resultar um crime doloso.

6.3 Vontade do ébrio = vontade livre: política criminal

Considerando a motivação da norma um fator inibitório e objetivando *prevenir* a embriaguez, o legislador brasileiro equiparou a vontade do *ébrio* à vontade livre e consciente de qualquer agente imputável. No entanto, nem sempre se pode admitir que seja consequência de *actio libera in causa*, pois Manzini já reconhecia que, se a lei admite a imputabilidade a título de dolo para as infrações penais praticadas em estado de embriaguez, mesmo quando culposamente adquirido, fê-lo por motivos de política criminal, que nada tem que ver com *actio libera in causa*.

7 Embriaguez não acidental: análise casuística

Para nós, ocorrendo a *embriaguez não acidental* (voluntária ou culposa), deve-se analisar, *in concreto*, se o agente, nas circunstâncias, é capaz de culpabilidade. Pelo menos, minimizando as consequências práticas, o quotidiano tem sido favorável, porque os casos de embriaguez que se apresentam nos tribunais raramente, para não dizer nunca, são de *embriaguez completa*, que produza total supressão do discernimento.

8 Formas ou modalidades de embriaguez

A embriaguez, sob o aspecto subjetivo, isto é, referente à influência do momento em que o agente se coloca em estado de embriaguez, pode apresentar-se como: a) *não acidental*: voluntária (intencional) ou culposa (imprudente); b) *acidental*: caso fortuito ou força maior; c) *preordenada*; d) *habitual* e/ou *patológica*.

9 Embriaguez não acidental: voluntária ou culposa

Há *embriaguez voluntária* (dolosa) quando o agente ingere bebida alcoólica com a *intenção de embriagar-se*. Será *culposa* a embriaguez quando decorrer da ingestão imprudentemente excessiva de bebida alcoólica, sem que o agente queira embriagar-se. O aspecto doloso ou culposo, impropriamente falando, da embriaguez decorre não do fato praticado sob o estado etílico, mas da própria embriaguez, intencional ou derivada de imprudência, no uso de substância inebriante (álcool ou droga). O fato de o agente ter querido embriagar-se, ou ter querido simplesmente beber, não altera o grau de sua responsabilidade penal.

9.1 “Actio libera in causa”: necessidade de previsibilidade

A *actio libera in causa*, como já referimos, fundamenta a punibilidade de ações praticadas em estado de embriaguez não acidental. No entanto, não abrange aquelas situações em que o agente quer ou imprudentemente se embriaga *sem prever ou poder prever* a ocorrência de um fato delituoso. Nelas, o que é livre na causa não é a ação criminosa, mas somente a embriaguez. Poderá o agente praticar um ilícito penal em estado de embriaguez, que era *absolutamente imprevisível*, no momento ou antes da embriaguez. Nessa hipótese, não vige o princípio da *actio libera in causa*.

9.2 “Actio libera in causa” e imprevisibilidade

Quando há *imprevisibilidade* não se pode falar de *actio libera in causa*, diante da impossibilidade de se relacionar esse fato a uma formação de vontade contrária ao direito, anterior ao estado de embriaguez, isto é, quando o agente se encontrava em perfeito estado de discernimento.

9.3 Postura equivocada dos tribunais brasileiros

Os tribunais pátrios não têm realizado uma reflexão adequada, decidindo quase que mecanicamente: se a embriaguez não é acidental, pune-se o agente. Se houve ou não *previsibilidade* do fato no estágio anterior à embriaguez não tem sido objeto de análise. É muito fácil: o Código diz que a embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena, ponto final. O moderno Direito Penal há muito está a exigir uma nova e profunda reflexão sobre esse aspecto, que os nossos tribunais não têm realizado.

10 Embriaguez acidental: caso fortuito ou força maior

Embriaguez acidental é a proveniente de caso fortuito ou de força maior. *Caso fortuito* ocorre quando o agente ignora a natureza tóxica do que está ingerindo, ou não tem condições de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o faz, poderá provocar a embriaguez. *Força maior* é algo que independe do controle ou da vontade do agente. Ele sabe o que está acontecendo, mas não consegue impedir. Exemplo de força maior seria a *coação*, na qual o sujeito é forçado a ingerir uma substância tóxica de qualquer natureza.

10.1 Embriaguez acidental e completa

Se a *embriaguez acidental* for *completa* acarretará a irresponsabilidade penal. Considera-se completa a embriaguez no segundo estágio, isto é, quando os reflexos ficam lentos, o pensamento fica confuso, a coordenação motora apresenta deficiências, a noção de distância fica prejudicada. Nessas circunstâncias, o agente perde a capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

10.2 Embriaguez completa e acidental: consequência psíquica

Da embriaguez *completa* e *acidental* é necessário comprovar que ela

provocou efetivamente a consequência psíquica: perda da capacidade de discernimento ou de autodeterminação, ou de ambos, para então isentar de pena.

10.3 Embriaguez acidental e medida de segurança

A *embriaguez acidental*, caracterizadora de perturbação meramente transitória, como não é *doença mental*, não acarreta a medida de segurança. O agente somente receberá a absolvição. A reforma penal de 1984 aboliu a medida de segurança inclusive para o *ébrio habitual*, que era consagrada pelo Código Penal de 1940.

10.4 Embriaguez acidental: inimputabilidade e redução de pena

O art. 28, § 2º, prevê, em razão de embriaguez acidental, havendo diminuição da capacidade psíquica, a redução da pena a aplicar. Para o *reconhecimento da inimputabilidade*, exige que a embriaguez acidental seja *completa* (art. 28, § 1º), enquanto para a *imputabilidade diminuída* basta a embriaguez acidental (art. 28, § 2º).

10.5 Embriaguez acidental: raridade

As ocorrências de *embriaguez acidental* são inusitadas, raríssimas. A possibilidade que se examina normalmente, que surge a toda hora, é sempre de embriaguez não acidental, isto é, voluntária ou culposa.

11 Embriaguez preordenada

Embriaguez preordenada é aquela em que o agente deliberadamente se embriaga para praticar a conduta delituosa, liberando seus freios inibitórios e fortalecendo sua coragem. Nesta forma de embriaguez apresenta-se a hipótese de *actio libera in causa* por excelência. O sujeito tem a intenção não apenas de embriagar-se, mas esta é movida pelo propósito criminoso; a embriaguez constitui apenas meio facilitador da execução de um ilícito desejado.

12 Embriaguez habitual e patológica

A *embriaguez habitual* não se confunde com a *embriaguez crônica ou patológica*. Quem se apresenta *habitualmente embriagado* tende ao

alcoolismo crônico, que se caracteriza por anomalias psíquicas. A *embriaguez patológica* manifesta-se em pessoas predispostas, e assemelha-se à verdadeira *psicose*, devendo ser tratada, juridicamente, como *doença mental* (art. 26 e seu parágrafo único).

13 Consequências dos diversos tipos de embriaguez

A embriaguez pode apresentar as seguintes consequências: a) *acidental*: *isenção de pena*, quando for completa e proveniente de caso fortuito ou força maior; *redução de pena*, nas mesmas circunstâncias, quando for incompleta; b) *não acidental*: punição quando for voluntária ou culposa, independentemente de ser completa ou incompleta; c) *preordenada*: punição com agravação de pena; d) *patológica*: inimputabilidade ou semi-imputabilidade (culpabilidade diminuída).

14 Caso fortuito e força maior

Na hipótese de *força maior* a punibilidade de um fato típico é afastada diante da *impossibilidade* de *evitar-se* o resultado danoso, embora previsível. Na hipótese de *caso fortuito*, o fundamento da impunibilidade reside na *imprevisibilidade* do resultado, embora evitável, que é o mínimo exigível para configurar a culpa consciente. Enfim, a força maior caracteriza-se pela inevitabilidade (embora previsível), e o caso fortuito, pela imprevisibilidade (embora evitável) do resultado.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A embriaguez voluntária, ou culposa, não é causa de exclusão da imputabilidade, nos termos do artigo 28, inciso II, do Código Penal" (TJPR, Apelação 0330158-6, Rel. Rogério Coelho, j. 21-2-2008).

"A tese de que o réu agiu motivado por violenta emoção, diante da alegada injustiça que vinha sofrendo por parte do promotor responsável pelo ajuizamento da Ação Civil Pública, não retira o dolo de sua conduta" (TJPR, Apelação 0414478-5, Rel. José Laurindo de Souza Netto, j. 14-2-2008).

"A intoxicação etílica, ou qualquer outra, desde que voluntária, não exclui a imputabilidade, conforme expressamente dispõe o art. 28, II, do CP, em aplicação do princípio da *actio libera in causa*, de boa política criminal, sendo certo que referências à exaltação de ânimo, ainda que conjugadas à menção ao consumo de bebidas alcoólicas, são insuficientes à comprovação do estado de embriaguez, para eventual afastamento da capacidade intelectual e volitiva do acusado" (TJPR, Apelação 0430150-2, Rel. Antônio Loyola Vieira, j. 6-12-2007).

“Não sendo demonstrado que o acusado foi coagido a ingerir bebida alcoólica, a embriaguez voluntária não o exime de responsabilidade penal” (TJPR, Apelação 0426541-4, Rel. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, j. 22-11-2007).

“Para ensejar a isenção de pena, a embriaguez deve ser originária de caso fortuito ou força maior. Sendo voluntária, não isenta o réu de pena, não se cogitando de nulidade por falta de realização de exame toxicológico quando nada é alegado a propósito desta tese defensiva e a questão só é levantada nas alegações finais da defesa. Em nenhum momento foi alegada a incapacidade de entendimento do caráter delituoso do fato por ingestão acidental de bebidas e estupefacientes, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Inteligência do artigo 28, § 1º, do Código Penal” (TJDF, Apelação 20061010056956, Rel. George Lopes Leite, j. 25-10-2007).

“A embriaguez voluntária ou culposa por álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal, nos termos do art. 28, inciso II, do Código Penal. Aplicação da teoria *actio libera in causa*. Mesmo que o agente não tenha consciência da ilicitude da conduta ao tempo da ação ou da omissão, sua responsabilidade persiste por ter ação livre na causa. A embriaguez ocorreu quando o agente estava em pleno uso e gozo das faculdades mentais, seguindo-se o cometimento do delito” (TJDF, Apelação 20060710258587, Rel. George Lopes Leite, j. 6-9-2007).

Título IV - Do Concurso de Pessoas

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

— V. arts. 106, I, e 117, § 1º, do CP.

— V. arts. 77, I, 189, 270 e 580 do CPP.

— V. art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

— V. art. 75 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

D O U T R I N A

1 Concurso eventual de pessoas

O fato punível pode ser obra de uma ou de várias pessoas. Frequentemente a ação delituosa é produto da concorrência de várias

condutas praticadas por sujeitos distintos. Essa reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal dá origem ao chamado *concursus delinquentium.*

2 Terminologia do Código Penal

O CP de 1940 utilizava a terminologia "coautoria" para definir o concurso eventual de delinquentes; o CP de 1969 utilizou a expressão "concurso de agentes". Na visão da reforma penal de 1984, no entanto, "concurso de pessoas" é a melhor forma para definir a reunião de pessoas para o cometimento de um crime.

3 Teorias sobre o concurso de pessoas

Algumas teorias procuram definir o complexo problema da criminalidade coletiva: pluralística, dualística e monística.

3.1 Pluralística

Segundo esta teoria, a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. À pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso. Chegou-se a ver na participação um crime distinto, especial, o "crime de concurso".

3.2 Dualística

Para esta teoria há dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os *partícipes*, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal. Contudo, apesar dessa concepção dupla, o crime continua sendo um só, e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica (o executor) é menos importante que a do partícipe.

3.3 Monística ou unitária

Esta teoria não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade. Todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua

totalidade e por ele responde integralmente. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado.

Teoria adotada pelo Código Penal

Nosso CP de 1940 adotou a teoria monística. A reforma penal de 1984 permanece acolhendo a mesma teoria; procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação. Adotou, como regra, a teoria monística, e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena.

4 Requisitos do concurso de pessoas

a) *Pluralidade de participantes e de condutas* — este é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. A participação de cada um e de todos contribui para o desdobramento causal do evento, e respondem todos pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso.

b) *Relevância causal de cada conduta* — a conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento constitui "participação", pois precisa ter "eficácia causal", provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal.

c) *Vínculo subjetivo entre os participantes* — deve existir também, repetindo, um liame psicológico entre os vários participantes, ou seja, consciência de que participam de uma obra comum. A ausência desse elemento psicológico desnatura o concurso eventual de pessoas, transformando-o em condutas isoladas e autônomas.

d) *Identidade de infração penal* — para que o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuído a todos, "tem que consistir em algo juridicamente unitário". Como afirma Damásio, não é propriamente um requisito, mas consequência jurídica diante das outras condições. Respondem todos por um único tipo penal ou não se reconhece a participação ou o próprio concurso na empresa criminosa.

Mera conivência: atipicidade

O simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, “conivência”, que não é punível, a título de participação, se não constituir, pelo menos, alguma forma de contribuição causal, ou então constituir, por si mesma, uma infração típica. Tampouco será partícipe quem, tendo ciência da realização de um delito, não o denuncia às autoridades, salvo se tiver o dever jurídico de fazê-lo.

5 Autoria

O conceito de autoria não se limita a quem pratica pessoal e diretamente a figura delituosa, mas abrange também quem se serve de outrem como “instrumento” (autoria mediata). É possível igualmente que mais de uma pessoa pratique a mesma infração penal, ignorando que colabora na ação de outrem (autoria colateral), ou, então, consciente e voluntariamente coopere na ação de outrem, quer praticando atos de execução (coautoria), quer instigando, induzindo ou auxiliando (participação) na realização de uma conduta punível. Várias teorias procuram definir o conceito do autor.

5.1 Conceito restritivo de autor

Autor é aquele que realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, o que pratica o verbo núcleo do tipo: mata, subtrai, falsifica etc. Para esta teoria, ao contrário do conceito extensivo de autor, nem todo aquele que interpõe uma causa realiza o tipo penal, pois “causação não é igual à realização do delito”. As espécies de participação, instigação e cumplicidade, serão, nesta acepção, “causas de extensão da punibilidade”, visto que, por não integrarem a figura típica, constituiriam comportamentos impuníveis.

Complementos do conceito restritivo de autor

Este conceito é complementado pela teoria *objetiva da participação*, que se apresenta sob dois aspectos: a) *Teoria objetivo-formal* — esta teoria atém-se à literalidade da descrição legal e define como *autor* aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica e, como *partícipe*, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato; b) *teoria objetivo-material* — a teoria objetivo-material procurou suprir os defeitos da formal-objetiva considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partícipe; em outras palavras, considerando a maior importância objetiva da

contribuição do autor em relação à contribuição do partícipe.

5.2 Conceito extensivo de autor

Para esta teoria é autor todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado. Para ela, instigador e cúmplice são igualmente autores, já que não distingue a importância da contribuição causal de uns e outros. Porém, não se pode ignorar, existem preceitos especiais sobre a participação, deixando claro que esta deve ser tratada diferentemente da autoria. Assim, para esta teoria, o tratamento diferenciado a cúmplice e instigador constitui "causas de restrição ou limitação da punibilidade".

Complemento do conceito extensivo de autor

A teoria "extensiva de autor" vem unida à *teoria subjetiva da participação*, que seria um complemento necessário daquela. Segundo esta teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com "vontade de autor", enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente "vontade de partícipe". O autor quer o fato como "próprio", age com o *animus auctoris*; o partícipe quer o fato como "alheio", age com *animus socii*.

5.3 Teoria do domínio do fato

A *teoria do domínio do fato*, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como *teoria objetivo-subjetiva*. Embora o *domínio do fato* suponha um controle final, "aspecto subjetivo", não requer somente a *finalidade*, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo esta teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata).

Consequências da teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global ("domínio funcional do fato"), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva

comum.

Âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato

O âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato, com seu conceito restritivo de autor, limita-se aos delitos dolosos. Somente nestes se pode falar em domínio final do fato típico, pois os delitos culposos caracterizam-se exatamente pela perda desse domínio. A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação.

6 Autoria mediata

É autor mediato quem realiza o tipo penal servindo-se, para a execução da ação típica, de outra pessoa como *instrumento*. A teoria do domínio do fato molda com perfeição a possibilidade da figura do autor mediato. Todo o processo de realização da figura típica, segundo esta teoria, deve apresentar-se como obra da *vontade reitora* do "homem de trás", o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. O *autor mediato* realiza a ação típica por intermédio de outrem, que atua sem culpabilidade.

6.1 Autoria mediata e domínio do fato

Modernamente se defende a prioridade da autoria mediata diante da participação em sentido estrito. Em muitos casos se impõe a autoria mediata, mesmo quando fosse possível, sob o ponto de vista da *acessoriedade limitada*, admitir a participação (caso do executor inculpável), desde que o homem de trás detenha o domínio do fato. Nessas circunstâncias, o decisivo para distinguir a natureza da responsabilidade do homem de trás reside no domínio do fato.

6.2 Algumas hipóteses de autoria mediata

As hipóteses mais comuns de *autoria mediata* decorrem do *erro, da coação irresistível* e do uso de *inimputáveis* para a prática de crimes, o que não impede a possibilidade de sua ocorrência em ações *justificadas* do executor, quando, por exemplo, o agente provoca deliberadamente uma situação de exclusão de criminalidade para aquele, como já referimos neste trabalho.

6.3 Pressupostos de punibilidade

Os pressupostos necessários de punibilidade devem encontrar-se na pessoa do "homem de trás", no *autor mediato*, e não no executor, *autor imediato*. Com base nesse argumento, alguns autores admitem, em princípio, a possibilidade de autoria mediata nos *crimes especiais* ou *próprios*, desde que o autor mediato reúna as qualidades ou condições exigidas pelo tipo. Já nos "crimes de mão própria" será impossível a figura do autor mediato. Além desses casos especiais, a autoria mediata encontra seus limites quando o *executor* realiza uma conduta conscientemente dolosa.

7 Coautoria

Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Coautoria é, em última análise, a própria autoria. É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa *consciência* constitui o *liame psicológico* que une a ação de todos dando o caráter de crime único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo.

7.1 Fundamento da coautoria

A coautoria fundamenta-se no princípio da "divisão de trabalho", em que todos tomam parte, atuando em conjunto na *execução da ação típica*, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor. É o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Beling chamou de crimes de "ação dupla", como, por exemplo, no crime de estupro: enquanto um dos agentes segura a vítima, o outro a possui sexualmente.

7.2 Inexistência de relação de acessoriedade

Na coautoria não há relação de *acessoriedade*, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum. O decisivo na coautoria, segundo a visão finalista, é que o *domínio do fato* pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, se apresentam como peça essencial na realização do plano global.

8 Participação em sentido estrito

Participação em sentido estrito, como *espécie* do *gênero* concurso de pessoas, é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O *partícipe* não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva.

8.1 Ampliação da punibilidade

A norma que determina a punição do partícipe implica uma *ampliação da punibilidade de comportamentos* que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe. Bettiol insiste que o critério distintivo entre autor e partícipe deve apoiar-se na tipicidade, sendo que a tipicidade da conduta do partícipe decorre da norma referente à participação, enquanto a tipicidade da conduta do autor decorre da norma principal incriminadora.

8.2 Natureza secundária da participação

Do exame do fundamento da punibilidade do *partícipe* se chega à conclusão natural de que a *participação* é uma *atividade secundária*, que adere a outra, principal. A participação só adquire relevância jurídica quando estiver unida a um fato principal. A participação somente se reveste de tipicidade por meio da norma de extensão reguladora da codelinquência.

8.3 Espécies de participação

a) *Instigação* — ocorre a instigação quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. *Instigar* significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar a resolução criminosa do autor, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato; b) *induzimento* — *induzir* significa suscitar uma ideia; tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do autor uma ideia até então inexistente. Essa forma de instigação os autores têm denominado “determinação”, que nós preferimos chamar de “induzimento”; c) *cumplicidade* — esta é a *participação material*, em que o *partícipe* exterioriza a sua contribuição por meio de um comportamento, de um auxílio. Pode efetivar-se, por exemplo, mediante o empréstimo da arma do

crime, de um veículo para deslocar-se com mais facilidade, de uma propriedade etc.

8.4 Requisitos da participação em sentido estrito

São necessários dois requisitos: *eficácia causal* e *consciência de participar* na ação de outrem. É insuficiente a exteriorização da vontade de participar. Não basta realizar a atividade de partícipe se esta não influir na atividade final do autor. Não tem relevância a participação se o crime não for, pelo menos, tentado. Por outro lado, é indispensável saber que coopera na ação delitiva de outrem, mesmo que o autor desconheça ou até recuse a cooperação. O *partícipe* precisa ter consciência de participar na ação principal e no resultado.

8.5 Fundamento da punibilidade da participação

a) *Teoria da participação na culpabilidade* — segundo esta teoria, o partícipe é punido pela gravidade da *influência* que exerce sobre o autor, convertendo-o em delinquente ou, no mínimo, contribuindo para tanto. Para esta teoria o partícipe age *corrompendo* o autor, conduzindo-o a um conflito com a sociedade, tornando-o culpável e merecedor de pena.

b) *Teoria do favorecimento ou da causação* — o fundamento da punição do partícipe, para esta teoria, reside no fato de ter *favorecido* ou *induzido* o autor a praticar "um fato socialmente intolerável, consequentemente típico e antijurídico". O agente é punível, não porque colaborou na ação de outrem, mas porque, com a sua *ação* ou *omissão*, contribuiu para que o crime fosse cometido. É indiferente que o autor aja ou não culpavelmente. Para esta teoria a *vontade do partícipe* deve dirigir-se à execução do fato principal.

8.6 Princípio da acessoriedade da participação

a) *Teoria da acessoriedade extrema* — até 1943 vigorou na Alemanha esta teoria, para a qual o comportamento principal deveria ser *típico*, *antijurídico* e *culpável*, excetuando-se apenas as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena. Por esta teoria, se o autor fosse inimputável ou incidisse em erro de proibição ou, por qualquer razão, fosse inculpável, o partícipe seria impunível. Assim, a acessoriedade da participação seria absoluta: estaria condicionada à punibilidade da ação principal.

b) *Teoria da acessoriedade mínima* — para esta teoria é suficiente que a

ação principal seja *típica*, sendo indiferente a sua juridicidade. Isso equivale a afirmar que *uma ação justificada* para o autor constitui crime para o partícipe. Em outros termos, aquele que *induzir* o autor a agir em legítima defesa responderá pelo crime, enquanto o executor, autor direto, será absolvido pela excludente de antijuridicidade.

c) *Teoria da acessoriedade limitada* — esta teoria exige que a conduta principal seja *típica* e *antijurídica*. Isso quer dizer que a *participação* é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende desta até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual.

8.7 Provocação de aparente excludente

Pode ocorrer o que os autores têm denominado "provocação de uma situação de legítima defesa", em que o instigador *induz* um terceiro a agredir outrem, que sabe estar armado. Este reage em *legítima defesa* e mata o *agressor induzido*, que o instigador queria eliminar. Pela *teoria da acessoriedade limitada* o instigador não pode ser punido como partícipe, em razão de o fato principal estar *justificado* para o executor.

Solução adotada pela doutrina alemã

A solução recomendada pelos alemães é a punição do instigador como *autor mediato* da ação justificada do autor direto. Isso ocorreria porque o *instigador* teria o *domínio final do fato*, apenas se utilizando dos participantes diretos do conflito como instrumentos de realização da sua vontade criminosa.

9 Concurso em crime culposo

9.1 Doutrina alemã

A doutrina alemã não admite a possibilidade de coautoria nos delitos culposos, entendendo que qualquer contribuição na causa produtora do resultado não querido caracteriza, em si, a autoria. Essa concepção germânica decorre da adoção da "teoria do domínio do fato", visto que nos crimes culposos esse domínio não existe. Já em relação à *participação em sentido estrito* (instigação e cumplicidade) o Código Penal alemão determina expressamente que ela só é possível na forma dolosa (§§ 26 e

27).

9.2 Doutrina espanhola

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina espanhola não só admite a coautoria nos crimes culposos, como também a participação em sentido estrito. O comum acordo, impossível quanto ao resultado, é perfeitamente admissível na conduta imprudente, que, de regra, é voluntária. Um dos grandes argumentos dos espanhóis é que a *participação*, além de permitir melhor graduação da responsabilidade penal, mantém o *princípio da acessoriedade*. Assim, por exemplo, aquele que induz outrem a uma atividade perigosa, para si, não será castigado se ocorrer um acidente com lesão ou morte. Sua cooperação esbarraria na atipicidade da conduta de *matar-se* ou de *autolesionar-se*.

9.3 Doutrina brasileira

A doutrina brasileira admite a *coautoria* em crime culposo, rechaçando, contudo, a *participação*. Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da *conduta*, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao *resultado*, que não é desejado. Os que *cooperam na causa*, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são *coautores*. Assim, no exemplo do passageiro que induz o motorista de táxi a dirigir em velocidade excessiva e contribui diretamente para um atropelamento, que para os alemães seria autor e para os espanhóis seria simples partícipe, para a doutrina brasileira seria coautor.

9.4 A melhor doutrina: espanhola

Sem dúvida, dogmaticamente falando, a melhor e mais correta é a doutrina espanhola, na medida em que não há nenhuma razão técnico-científica para impedir a configuração tanto da autoria quanto da participação em sentido estrito.

10 Concurso em crimes omissivos

10.1 Participação em crime omissivo e participação por omissão

Não se pode confundir *participação em crime omissivo* com participação por omissão em crime comissivo. A participação no crime omissivo ocorre

normalmente por meio de um agir positivo do partícipe que favorece o autor a descumprir o comando legal (tipificador do crime omissivo). O paciente que *instiga* o médico a não comunicar a existência de uma enfermidade contagiosa às autoridades sanitárias não é *autor* de delito autônomo, mas *partícipe* de um crime omissivo. Já o caixa que deixa o cofre aberto para facilitar o furto é *partícipe*, com sua ação omissiva, de um crime comissivo.

Coautoria em crime omissivo: possibilidade

Se o agente estiver igualmente obrigado a agir, não será *partícipe*, mas *autor* ou, como pensamos ser possível, *coautor*, desde que haja a consciência de anuir à omissão de outrem. Esse vínculo subjetivo, caracterizador da *unidade delitual*, tem o mesmo efeito tanto na ação ativa quanto na passiva. Assim como o *comando* é comum nos crimes omissivos, a *proibição* da conduta criminosa é igualmente comum nos crimes comissivos, o que nem por isso impede a coautoria.

Autoria e coautoria em crime omissivo: distinção

Se duas pessoas *deixarem de prestar socorro* a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de *omissão de socorro*. Agora, se essas duas pessoas, *de comum acordo*, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão *coautoras* do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve *consciência* e *vontade* de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente.

Participação em crimes omissivos impróprios: possibilidade

A *participação* também pode ocorrer nos chamados "crimes omissivos impróprios" (comissivos por omissão), "mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de não se omitir". Claro, se tiver tal dever será igualmente *autor*, ou *coautor*, se houver a resolução conjunta de se omitir. É perfeitamente possível que um terceiro, que não está obrigado ao comando da norma, *instigue* o *garante* a não impedir o resultado. Qual seria a natureza da responsabilidade desse *instigador*? Autor do crime consumado? Claro que não. A sua *atividade acessória*, secundária, contribuiu moralmente para a resolução criminosa do garante, que é *autor.*

11 Autoria colateral

Há *autoria colateral* quando duas ou mais pessoas, ignorando uma a contribuição da outra, realizam *condutas convergentes* objetivando a execução da mesma infração penal. É o agir conjunto de vários agentes, sem reciprocidade consensual, no empreendimento criminoso que identifica a autoria colateral. A *ausência do vínculo subjetivo* entre os intervenientes é o elemento caracterizador da *autoria colateral*.

11.1 Limites subjetivos da responsabilidade

Na *coautoria* será indiferente saber quem disparou o tiro fatal, pois ambos responderão pelo *delito consumado*. Já na *autoria colateral* é indispensável saber quem produziu o quê. Imagine-se que dois disparem, mas o tiro de um apenas foi o causador da morte da vítima, sendo que o do outro a atingiu superficialmente. O que matou responde pelo homicídio e o outro responderá por tentativa. Se houvesse o liame subjetivo, ambos responderiam pelo homicídio em coautoria.

11.2 Autoria incerta e autoria desconhecida

A *autoria incerta* não se confunde com *autoria desconhecida* ou ignorada. Nesta, desconhece-se quem praticou a ação; na *autoria incerta* sabe-se quem a executou, mas se ignora quem produziu o resultado. A autoria incerta, que pode decorrer da autoria colateral, ficou sem solução em nosso CP. A sugestão, na impossibilidade de definir o causador do resultado, será condenar os autores por tentativa, abstraindo-se o resultado, cuja autoria é desconhecida.

12 Multidão delinquente

Essa forma *sui generis* de concurso de pessoas pode assumir proporções consideravelmente graves, pela facilidade de manipulação de massas, que, em momentos de grandes excitações, anulam ou reduzem consideravelmente a capacidade de orientar-se segundo padrões éticos, morais e sociais. A prática coletiva de delito, nessas circunstâncias, apesar de ocorrer em situação normalmente traumática, não afasta a existência de *vínculos psicológicos* entre os integrantes da multidão, caracterizadores do concurso de pessoas.

12.1 Individualização da conduta

Nos crimes praticados por *multidão delinquente* é desnecessário que se descreva minuciosamente a participação de cada um dos *intervenientes*, sob pena de inviabilizar a aplicação da lei. A maior ou menor participação de cada um será objeto da instrução criminal.

12.2 Influência de multidão em tumulto: atenuante

Quem praticar o crime *sob a influência* de multidão em tumulto poderá ter sua pena atenuada (art. 65, *e*, do CP). Por outro lado, terão a pena agravada os que promoverem, organizarem ou liderarem a prática criminosa ou dirigirem a atividade dos demais (art. 62, I, do CP).

13 Punibilidade do concurso de pessoas

A reforma penal mantém a *teoria monística*. Adota, porém, a *teoria restritiva de autor*, fazendo perfeita distinção entre *autor* e *partícipe*, que, *abstratamente*, incorrem na mesma pena cominada ao crime que praticarem. Esta, *concretamente*, variará segundo a *culpabilidade* de cada participante. E em relação ao *partícipe* variará ainda de acordo com a *importância causal* da sua contribuição.

Punibilidade do coautor e do partícipe

A rigor, para punir o coautor — que intervém materialmente na execução do crime —, o art. 29 do CP seria desnecessário, uma vez que a *tipicidade* de sua conduta decorre da norma incriminadora violada. Contudo, esse dispositivo é indispensável para a punibilidade do *partícipe*, cuja tipicidade se fundamenta nessa norma de extensão.

13.1 Participação de menor importância

A *participação* aqui referida diz respeito exclusivamente ao *partícipe* e não ao *coautor*. Ainda que a participação do coautor tenha sido pequena, terá ele *contribuído* diretamente na execução propriamente do crime. A sua culpabilidade, naturalmente superior à de um simples *partícipe*, será avaliada nos termos do art. 29, *caput*, do Código Penal, e a pena a ser fixada obedecerá aos limites abstratos previstos pelo tipo penal infringido. Já o *partícipe* que houver tido "participação de menor importância" poderá ter sua pena reduzida de um sexto a um terço, podendo ficar aquém do limite mínimo cominado, nos termos do art. 29, § 1º.

Obrigatoriedade da redução: direito subjetivo

Alguns doutrinadores entendem que a redução prevista no art. 29, § 1º, é *facultativa*. A equivalência na determinação poderia — segundo afirmam — autorizar a *equiparação* no plano da culpabilidade. No entanto, a faculdade resume-se ao grau de redução entre um sexto e um terço da pena. Reconhecida a *participação de menor importância*, a redução se impõe. Será, porém, *facultado* ao juiz reduzi-la em maior ou menor grau, se constatar maior ou menor *intensidade volitiva* do partícipe, se constatar maior ou menor culpabilidade deste.

13.2 Cooperação dolosamente distinta

Ocorre quando a conduta executada difere daquela idealizada a que aderira o partícipe, isto é, o conteúdo do elemento subjetivo do partícipe é diferente do crime praticado pelo autor. Por exemplo, "A" determina a "B" que dê uma surra em "C". Por razões pessoais, "B" mata "C", excedendo-se na execução do mandado. Pela lei anterior, os dois responderiam pelo delito de homicídio, podendo o partícipe beneficiar-se com uma causa de diminuição de pena (art. 48, parágrafo único).

Limites da responsabilidade subjetiva: dolo de cada um

A solução dada pela reforma leva à punição de "A", no exemplo supracitado, pelo delito de lesões corporais, que foi o crime desejado, cuja pena será elevada até a metade se o homicídio for previsível. A regra da disposição em exame pretende ter aplicação a todos os casos em que o partícipe quis cooperar na realização de delito menos grave. O concorrente deverá responder de acordo com o que quis, segundo o seu dolo, e não de acordo com o dolo do autor.

Crimes preterdolosos: resultado paradoxal

Pela disposição da *Parte Especial*, o *autor* que, querendo produzir *lesões corporais*, acaba causando a *morte*, mesmo não a desejando, responde pelo delito de lesões corporais seguidas de morte. O *partícipe*, nas mesmas circunstâncias, segundo a norma em exame, responderá pelo delito de lesões corporais. Se o crime mais grave for previsível, sua pena será aumentada até a metade. Um verdadeiro contrassenso: o *autor* ou *coautor* receberia uma pena mínima de quatro anos, e o partícipe, três meses de detenção, que poderá ser elevada até quatro e meio.

Solução: excesso nos meios e excesso no fim

Há *excesso nos meios* quando o *executor* emprega *meios* diferentes dos que foram combinados com o *partícipe*. Nessa hipótese, a responsabilidade pelo resultado mais grave é exclusiva do *autor do excesso*. E, por outro lado, há *excesso no fim* quando, embora os meios empregados sejam aqueles queridos por todos, o resultado produzido é mais grave do que o previsto. Deve-se fazer, ainda, a seguinte distinção: se o resultado mais grave decorre como *consequência natural* do fato ou por simples "culpa" do executor, a *responsabilidade se comunica* ao partícipe, pois, embora o partícipe não tenha previsto nem querido aquele resultado mais grave, quis também "dolosamente" os meios utilizados, que, por sua natureza, produziram o resultado mais grave. Agora, evidentemente, se o excesso decorre de "dolo especial" do executor, somente este será o responsável pelo resultado mais grave.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A participação de menor importância causa redutora da reprimenda, somente tem aplicação quando, efetivamente, evidenciada a contribuição insignificante ou mínima do partícipe na realização do intento delituoso" (TJMG, Apelação 1.0702.05.213709-9/001(1), Rel. Pedro Vergara, j. 12-2-2008).

"Em sede de concurso de pessoas adota o art. 29 do CP a teoria monística, de modo que todos que concorrem para o crime por ele respondem, acarretando os efeitos de unitariedade e de indivisibilidade do ilícito, já que o resultado final é obtido através do somatório das condutas de cada um dos agentes" (TJPR, Apelação 0443211-5, Rel. Carlos Hoffmann, j. 24-1-2008).

"Se a contribuição dada pelo agente é de natureza tal que sem ela o delito não poderia ter sido cometido, segundo a teoria do domínio funcional do fato, trata-se de coautoria e não mera participação. Somente se aplica a redutora por participação de menor importância ao partícipe, nunca ao coautor" (TJPR, Apelação 0395110-4, Rel. José Carlos Dalacqua, j. 29-11-2007).

"Mesmo que o codenunciado não tenha desferido qualquer tiro na vítima, como instigou e incentivou o seu irmão a atirar na sua cabeça, pode estar caracterizado o concurso de agentes. Nos termos do art. 29, *caput*, do Código Penal, aquele que, de qualquer maneira, concorre para a prática da infração, deve incidir na pena a ela cominada, na medida de sua culpabilidade. Na fase de pronúncia, existindo prova da existência do fato e dos suficientes indícios de autoria, devem os acusados ser submetidos ao Conselho de Sentença, pois vigora o princípio do *in dubio pro societate*" (TJRS, RESE 70021283163, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 21-11-2007).

"Havendo o liame subjetivo entre os agentes, divisão de tarefas, pluralidade de condutas e relevância das ações, sabendo cada qual o que deveria fazer e o que sua comparsa faria, ocorre a coautoria e não a participação de menor importância" (TJDF, Apelação 20040910106882, Rel. Edson Alfredo Smaniotto, j. 13-9-2007).

"Coautoria [...] 'A coautoria não exige atos de execução material, como o disparo de tiros.

Identifica-se pela efetiva cooperação do agente na prática delituosa, pela unidade de propósitos vinculando os coautores das diversas ações, dirigidas ao resultado final desejado ou, mesmo, assumido com dolo eventual (RT 663/320)' [...] (TAPR, Apelação 255193-9, Rel. Rogério Kanayama, j. 3-6-2004, *DJ* 6-8-2004). 'Estando o agente no cenário do latrocínio, a ele adere conscientemente, pouco importando se a morte da vítima foi causada por um dos comparsas, pois havia previsibilidade do resultado em virtude da utilização de arma de fogo na prática do delito' (RT 776/576). 'Responde pelo crime de latrocínio em coautoria o agente que, embora não tenha efetuado o disparo contra vítima, contribuiu para a realização do delito (vínculo subjetivo), assumindo, assim, o risco do resultado *morte'* (TJSP — RT 667/272). 'Para a admissão da participação de menor importância é imprescindível que não paire dúvida de que o agir do acusado não tenha influenciado no êxito do desiderato. Se restar indicado que o acusado atuou de forma direta e ativa na empreitada criminosa, há coautoria' (TACRSP — RT 797/611)" (TJPR, Apelação 0404031-9, Rel. Eduardo Fagundes, j. 28-6-2007).

"Configurando-se decisiva a atuação do réu para o êxito da empreitada delituosa, não há falar em participação, mas, sim, em coautoria, e a participação de menor importância não se aplica ao agente que realiza uma parte necessária do plano global (domínio funcional do fato), embora a sua ação não evidencie, por si só, um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum" (TJMG, Apelação 1.0460.05.017607-8/001(1), Rel. Hélcio Valentim, j. 17-4-2007).

"Responde pelo crime de latrocínio em coautoria o agente que, embora não tenha efetuado o disparo contra a vítima, contribuiu para a realização do delito (vínculo subjetivo), assumindo, assim, o risco do resultado *morte*" (TJPR, Revisão Criminal 0305428-4, Rel. Lauro Augusto Fabrício de Melo, j. 1º-3-2007).

"Não pode ser considerado um mero partícipe aquele que influencia decisivamente para o êxito da empreitada criminosa — divisão de tarefas evidenciada — coautoria caracterizada — teoria monista — todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente" (TJPR, Apelação 0378074-9, Rel. Antônio Martelozzo, j. 11-1-2007).

"Na hipótese de concurso de agentes não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de individualização pormenorizada das ações de cada um se a *imputatio facti* permite o exercício da ampla defesa (Precedentes do STF e do STJ)" (STJ, HC 56.811/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 10-10-2006).

"A extensão dos efeitos da decisão ocorrerá sempre que a solução da questão penal tiver de ser uniforme para todos os envolvidos. Implica em grave ilegalidade o processamento do partícipe, acusado de conduzir o autor principal até o local do crime e de lhe emprestar a arma, quando o próprio executor do delito, no mesmo processo, é absolvido mediante decisão irrecorrível. Extensão que deveria ter sido proclamada quando do julgamento da apelação criminal" (TJMG, Apelação 1.0000.06.432484-1/000(1), Rel. Paulo Cezar Dias, j. 2-5-2006).

"O acusado que na divisão de trabalho tinha o domínio funcional do fato (a saber, fuga do local do crime), é coautor, e não mero partícipe, pois seu papel era previamente definido, importante e necessário para a realização da infração penal. A sentença penal condenatória, no caso de concurso de agentes, deve guardar estrita consonância com as condutas de cada agente, particularizadas na denúncia" (STJ, HC 30.503/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18-10-2005).

"Na hipótese de concurso de agentes no crime de roubo com resultado morte, o coautor que não efetuou o disparo de arma de fogo causador da morte da vítima também responde

pelo delito de latrocínio, consubstanciado no art. 157, § 3º, do Código Penal. A vontade de participar de crime menos grave, em regra, é excepcional, reclamando prova efetiva por parte de quem alega, que há de ser examinada e cotejada com todos os elementos do conjunto da prova" (STJ, HC 31.169/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-12-2004).

"Não pode prosperar a desclassificação para crime menos grave (lesão corporal), pela hipótese do art. 29, § 2º, do CPB, se restou demonstrado que o agente sabia da intenção homicida do corréu, emprestou-lhe a arma do crime e auxiliou a condução da vítima ao local dos fatos" (TJMG, Apelação 1.0525.01.002117-4/001(1), Rel. Edelberto Santiago, j. 14-12-2004).

"O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Por isso, entende o Relator, a qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas pressupõe, nos crimes de furto e roubo, por exemplo, concurso de pessoas imputáveis. Não é, portanto, qualificado o furto praticado por pessoa imputável e pessoa inimputável (menor de 18 anos)" (STJ, HC 38.097/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 23-11-2004).

"Para a caracterização da majorante do concurso de pessoas é imprescindível que os agentes tenham consciência de que participam de uma obra comum — liame psicológico. Não é necessário que o acordo de vontades seja prévio, bastando que o pacto exista" (TJMG, Apelação 2.0000.00.427667-7/000(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 31-8-2004).

"O conceito de participação, por força da teoria unitária, não impõe que o agente, necessariamente, atue em todos os atos da execução, bastando que concorra de qualquer modo para a sua realização, ainda que não realize a conduta descrita no preceito primário do tipo penal violado, mas atua ou decisivamente contribui para a consecução do crime, desta forma preenchendo os requisitos do concurso de pessoas, pela pluralidade de condutas, com relevância causal de cada uma, sobressaindo um liame subjetivo evidente, como a identidade de infração para todos" (TJRJ, Apelação 2003.050.01990, Rel. Paulo Ventura, j. 27-4-2004).

"Não há que se falar em participação de menor importância, mas de coautoria, se o acervo probatório indica que o agente dividiu com outrem as tarefas de espoliar os bens das vítimas, ainda que, para a execução do crime, a sua tarefa tenha sido de recolher o numerário enquanto o outro comparsa ameaçava as vítimas apontando-lhes uma arma de fogo, evidenciando, pois, a atuação conjunta dos dois, vinculados física e psicologicamente para o evento ilícito" (TJMG, Apelação 2.0000.00.399163-1/000(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 10-6-2003).

"Coautoria. Participação. Advogado que instrui testemunha a prestar depoimento inverídico nos autos de reclamação trabalhista. Conduta que contribuiu moralmente para o crime, fazendo nascer no agente a vontade delitiva. Art. 29 do CP. Possibilidade de coautoria" (STF, HC 81.327/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11-12-2001).

"Participação de menor importância — Reconhecimento — Agente que não pratica nenhum ato de execução do delito, não havendo provas de que haja participado da partilha do dinheiro subtraído. Recurso parcialmente provido. A participação de menor importância, regulada pelo art. 29, § 1º, do CP, é aquela que, embora inserida no encadeamento causal, demonstra-se dispensável, pois a infração penal teria ocorrido de outra forma" (TJMG, Apelação 1.0000.00.231882-2/000(1), Rel. Sérgio Resende, j. 13-9-2001).

"Não é possível cindir a conduta de coautores para imputar a um a prática de crime na modalidade tentada e a outro na modalidade consumada, pelo simples fato de um haver sido preso em flagrante, enquanto o outro evadiu-se levando consigo parte da *res furtiva*, eis que o legislador pátrio adotou, no tocante a coautoria, a teoria unitária monista,

segundo a qual só se pode atribuir para todos os coautores o mesmo crime" (TJDF, Apelação 20000410033802, Rel. Carmelita Brasil, j. 8-3-2001).

Circunstâncias incomunicáveis

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

— V. art. 20, § 3º, do CP.

D O U T R I N A

1 Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares

A comunicabilidade ou incomunicabilidade das circunstâncias que envolvem autor e crime têm sido um dos mais tormentosos problemas da responsabilidade penal. A reforma de 1984 pode ter ampliado esse conflito ao incluir "as condições de caráter pessoal", distinguindo-as das circunstâncias.

2 Circunstâncias objetivas e subjetivas

Circunstâncias são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas "circundam" o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir a sua gravidade. As circunstâncias podem ser objetivas ou subjetivas. Objetivas são as que dizem respeito ao fato objetivamente considerado, à qualidade e condições da vítima, ao tempo, lugar, modo e meios de execução do crime. E subjetivas são as que se referem ao agente, às suas qualidades, estado, parentesco, motivos do crime etc.

3 Condições de caráter pessoal

Condições de caráter pessoal são as relações do agente com o mundo exterior, com outros seres, com estado de pessoa, de parentesco etc. *Elementares do crime* são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em

elementos do tipo penal, e, nesses casos, deixam de "circundar" simplesmente o injusto típico para integrá-lo.

4 Comunicabilidade das elementares

O art. 30 do Código Penal determina que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, *salvo quando elementares do crime*. Por serem pessoais, dizem respeito exclusivamente ao agente que as tem como atributo. Cada agente responderá de acordo com suas circunstâncias e condições pessoais.

Comunicabilidade de circunstâncias objetivas

Ao determinar que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, *a contrario sensu* determina que as de caráter objetivo se comunicam, desde que conhecidas do agente; quando desconhecidas há erro de tipo.

5 Síntese da comunicabilidade e incomunicabilidade

a) *As circunstâncias e condições de caráter pessoal* não se comunicam entre coautores e partícipes, por expressa determinação legal.

b) *As circunstâncias objetivas e as elementares do tipo* (sejam elas objetivas ou subjetivas) só se comunicam se entram na esfera de conhecimento dos participantes.

6 Comunicabilidade nos limites da culpabilidade

A comunicabilidade das circunstâncias objetivas e das elementares do crime deve ser examinada nos termos do art. 29, *caput*, na medida da culpabilidade de cada participante. É imperioso que o participante tenha agido ao menos culposamente em relação à circunstância objetiva ou em relação à elementar do crime para que possa haver comunicabilidade.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Havendo concurso de pessoas, basta que um dos agentes utilize a arma, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais" (STJ, REsp 877.299/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22-5-2007).

"Sendo, o exercício de atividade comercial, circunstância elementar do tipo da receptação qualificada, tal circunstância, apesar de ser de caráter pessoal, comunica-se a todos os

réus, nos termos do art. 30 do Código Penal" (STJ, REsp 738.550/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14-11-2006).

"A qualificadora da utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima diz respeito ao modo de execução do tipo penal, sendo, portanto, circunstância de caráter objetivo, a qual somente se comunica aos corréus, caso esteja inserida na esfera de seu conhecimento" (STJ, HC 47.398/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-12-2005).

"No homicídio do tipo mercenário, a qualificadora relativa ao cometimento do delito mediante paga ou promessa de recompensa é uma circunstância de caráter pessoal, não passível, portanto, de comunicação aos coautores ou partícipes, por força do art. 30 do Código Penal. Precedente. [...] As qualificadoras objetivas não se enquadram nas circunstâncias incomunicáveis, devendo, por isso, ser estendidas aos participantes do delito" (STJ, RHC 14.900/SC, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17-6-2004).

"Em se tratando de elementar do crime de peculato, é perfeitamente admissível, segundo o texto do art. 30 do Código Penal, a comunicação da circunstância da função pública aos coautores e partícipes do crime, inclusive quanto àquele estranho ao serviço público" (STJ, HC 30.832/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-3-2004).

"As circunstâncias subjetivas ou de caráter pessoal são aquelas referentes à pessoa do agente e sua relação com a vítima ou eventuais concorrentes para a prática delitiva. Desde que não configurem elementares do tipo penal, não se comunicam entre os participantes do crime. O motivo fútil configura circunstância de caráter pessoal, não se comunicando entre os participantes do delito. Precedentes" (STJ, HC 23.529/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20-5-2003).

"Extensão de benefício. Circunstâncias pessoais desiguais. Recurso improvido. A extensão de benefício, nos próprios termos do art. 580 do Código de Processo Penal, só é cabível quando a decisão anterior se fundar em '[...] motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal'" (STJ, RHC 12.869/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12-11-2002).

Casos de impunibilidade

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.

D O U T R I N A

1 Participação impunível

A *participação* está condicionada a dois requisitos fundamentais: *eficácia causal* e *consciência de participar* na ação comum. De outro lado, sabe-se que, em regra, o crime não será punido se não foi, pelo menos, *tentado*. Isto é, as duas primeiras fases do *iter criminis*, elaboração mental e *preparação* do crime, não são puníveis, desde que esta última não constitua em si mesma algum crime.

2 Formas de participação impuníveis

As *formas de participação*, o art. 31 do Código Penal exemplifica, como *ajuste, determinação, instigação* e *auxílio*. A *participação* em um crime que não chegou a se iniciar não teve eficácia causal, e sem essa eficácia não se há que falar em participação criminosa. Nessas circunstâncias, como atividade acessória que é, a participação, em qualquer de suas formas, não será punível.

3 Tentativa de participação: impunível

A tentativa de participação é impunível, por duas razões: em primeiro lugar porque a participação, em regra, só constitui perigosidade criminal quando leva a um fato principal real; em segundo lugar, porque punir a simples tentativa de participação — principalmente em caso de cumplicidade — evocaria um verdadeiro *Direito Penal de ânimo*.

4 Se constituir crime em si mesmo

A ressalva do art. 31 diz respeito às hipóteses em que os atos constitutivos da participação constituem em si mesmos crimes autônomos, tipificados no ordenamento legal, como, por exemplo, a *incitação ao crime* e a *formação de quadrilha*.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Homicídio. Instigação caracterizada. Instigação é uma espécie de participação moral em que o partícipe age sobre a vontade do autor, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a ideia existente, que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, contribuindo moralmente para a prática do crime” (TJMG, Apelação 1.0347.06.002839-1/001(1), Rel. Walter Pinto da Rocha, j. 7-11-2007).

“A contribuição ou o auxílio para a realização do delito constitui forma de participação no mesmo, punível nos termos do art. 29 do CP” (TJMG, Apelação 1.0000.00.261549-0/000(1), Rel. Mercêdo Moreira, j. 28-5-2002).

“O ajuste, a instigação e o auxílio, a teor do art. 31 do CP, são impuníveis; todavia, tal determinação só é válida se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. No entanto, ocorrendo início de execução, qualquer daquelas condutas já equivale à coparticipação delitiva, eis que trata-se de ato que contribuiu para a produção do resultado” (TACrimSP, Apelação 1.257.961/1, Rel. Luiz Ambra, j. 7-6-2001).

Título V - Das Penas

Capítulo I - Das Espécies de Pena

Art. 32. As penas são:

I — privativas de liberdade;

II — restritivas de direitos;

III — de multa.

— V. art. 5º, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L e LXVII, da CF.
— V. art. 5º do Dec.-lei n. 3.688/41 (LCP).
— V. Lei n. 7.210/84 (LEP).
— V. art. 6º, §§ 3º a 5º, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

D O U T R I N A

1 Sanção penal

A pena é um mal que se impõe por causa da prática de um crime: conceitualmente a pena é um castigo, embora seu *fim essencial* não seja, necessariamente, retributivo.

2 Espécies de pena

A reforma eliminou a classificação que existia no Código Penal de 1940

entre penas principais e penas acessórias. O elenco de penas atualmente se limita às: privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e multa.

3 Princípios da sanção penal

a) *Legalidade* — a pena deve ser cominada por lei anterior ao fato (art. 5º, XXXIX, da CF; art. 1º do CP); b) *individualização* — a pena deve ser individualizada em cada caso concreto, segundo a culpabilidade do infrator (art. 5º, XLVI, da CF); c) *personalidade* — nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF); d) *proporcionalidade* — proporcional ao crime e nos limites da culpabilidade; e) *humanidade* — o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem a constituição físico-psíquica do condenado. Esse princípio fundamenta a proibição da pena de morte, da prisão perpétua e de quaisquer penas cruéis ou infamantes, de tortura e de maus-tratos.

4 Penas proscritas pela Constituição

Pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e quaisquer penas cruéis (art. 5º, XVLII, da CF).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A Lei das Leis proíbe a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do inciso XIX do art. 84) e o aprisionamento em caráter perpétuo (alíneas *a* e *b* do inciso XLVII do art. 5º), no claro pressuposto da regenerabilidade da pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal" (STF, RE 472.584/MG, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30-5-2006).

Seção I - Das penas privativas de liberdade

— V. art. 62 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).
— V. arts. 2º e 20 da Lei n. 10.259/2001.

Reclusão e detenção

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime

fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

— V. art. 5º, XLVIII e XLIX, da CF.

— V. arts. 6º e 110 a 119 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

§ 1º Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

— V. arts. 87 a 90 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

— V. arts. 2º e 3º da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

— V. arts. 91 e 92 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

— V. arts. 93 a 95 e 203, § 2º, da Lei n. 7.210/84 (LEP).

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

— V. art. 77, § 2º, do CP.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

— V. art. 59, III, do CP.

§ 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.

— § 4º acrescentado pela Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003.

D O U T R I N A

1 Reclusão e detenção

A reforma penal de 1984 adotou penas privativas de liberdade, como gênero, e manteve a reclusão e a detenção como espécies, sucumbindo à divisão histórica do direito pátrio. A *reclusão* destina-se aos crimes mais graves, e somente esta pode iniciar em regime fechado. A *detenção* está reservada para os crimes de menor gravidade e jamais poderá iniciar seu cumprimento em regime fechado (art. 33, *caput*, do CP).

2 Consequências distintas entre reclusão e detenção

Estas são algumas das distinções mais importantes entre reclusão e detenção, justificando a manutenção de ambas: a) *limitação na concessão de fiança* — a autoridade policial somente poderá conceder fiança nas infrações punidas com detenção ou prisão simples (art. 322 do CPP), nunca nos crimes punidos com reclusão; nestes, quando for o caso, a fiança deverá ser requerida ao juiz; b) *espécies de medidas de segurança* — para infração penal punida com reclusão, a medida de segurança será sempre detentiva; já para autor de crime punido com detenção, a medida de segurança poderá ser convertida em tratamento ambulatorial (art. 97 do CP); c) *incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela* — somente os crimes punidos com reclusão praticados pelos pais, tutores ou curadores contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados geram essa incapacidade. Na hipótese de prática de crimes punidos com detenção, nas mesmas circunstâncias, não gerarão os mesmos efeitos. No entanto, a incompatibilidade fática justificará a busca mediante ação própria no juízo competente (família e sucessões ou da criança, infância e juventude); d) *prioridade na ordem de execução* (arts. 69, *caput*, e 76, ambos do Código Penal) — executa-se primeiro a reclusão e depois a detenção ou prisão simples; e) *influência decisiva nos pressupostos da prisão preventiva* (art. 313, I, do CPP).

3 Regimes penais ou prisionais

A Lei n. 7.209/84 manteve a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituída pela Lei n. 6.416/77. Agora, os regimes são determinados

fundamentalmente pela *espécie* e *quantidade* da pena e pela *reincidência*, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo.

O *regime fechado* será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o *semiaberto* será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, finalmente, o *regime aberto* será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado.

3.1 Regime disciplinar diferenciado

Recentemente, a Lei n. 10.792/2003 instituiu o que denominou *regime disciplinar diferenciado* — a ser cumprido em cela individual —, que poderá ter duração máxima de 360 dias, sendo possível sua repetição, desde que não ultrapasse um sexto da pena, segundo a dicção legal. Para um exame mais abrangente ver anotações ao art. 38.

4 Regime inicial

A fixação do regime inicial de execução das penas privativas de liberdade compete ao juiz da condenação. Ela integra o ato decisório final (art. 59, III, do CP). Cumpre ao juiz da execução decidir, motivadamente, sobre a progressão ou regressão de regimes (art. 66, III, *b*, da LEP).

Os fatores fundamentais para determinação do regime inicial são: espécie e quantidade da pena aplicada e reincidência. Esses fatores são complementados pelos elementos do art. 59 do Código Penal, isto é, quando aqueles três fatores (art. 33, *caput*, combinado com o seu § 2º e alíneas) não determinarem a obrigatoriedade de determinado regime, então os elementos do art. 59 é que orientarão qual regime deverá ser aplicado (art. 33, § 3º, do CP).

5 Critérios e regra geral do regime inicial

O *caput* do art. 33 estabelece as regras gerais dos regimes penais, ou seja, a reclusão pode ser iniciada em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto e aberto; a detenção, somente nos regimes semiaberto e aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado (regressão). Equivale a dizer que jamais se poderá iniciar o cumprimento de pena de detenção em regime fechado.

5.1 Os critérios do § 2º

1º) Quando a *alínea "a"* determina que a pena superior a oito anos deverá começar a ser cumprida em regime fechado, é evidente que está se referindo tão somente à pena de reclusão, pela simples e singela razão de que a cabeça do artigo já estabeleceu que a detenção não pode começar seu cumprimento em regime fechado. Logo, este critério só serve para a pena de reclusão.

2º) A *alínea "b"* faculta ao não reincidente, com pena superior a 4 anos e que não exceda a 8, cumpri-la, desde o início, em regime semiaberto. Também aqui essa faculdade só serve para a reclusão, porque: a) detenção não poderá iniciar no regime aberto em razão da quantidade da pena (superior a 4 anos) e não poderá iniciar no regime fechado porque o *caput* proíbe. Logo, para a detenção não há a *faculdade* que a alínea *b* oferece para a reclusão. Para a detenção, nas circunstâncias, com pena superior a 4 anos, só pode ser o regime semiaberto; b) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado. Por isso a faculdade, mas somente para a pena de reclusão; c) pena de detenção superior a 4 anos, excedendo ou não a 8 anos, condenado reincidente ou não, só poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto.

3º) A *alínea "c"* faculta ao condenado não reincidente, com pena igual ou inferior a 4 anos, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Essa alínea parece ser a maior causadora de equívocos. E essa é a única que se dirige às duas espécies de penas, reclusão e detenção.

Mas o fato de o dispositivo dizer que o não reincidente pode iniciar o cumprimento de pena no regime aberto não está, *a contrario sensu*, afirmando que o reincidente deverá obrigatoriamente iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Não. O que a norma legal diz é que o reincidente não pode iniciar em regime aberto. Só isso! Se a pena for de reclusão de até 4 anos e o condenado for reincidente, o regime inicial poderá ser o fechado ou o semiaberto. Os requisitos do art. 59 é que determinarão qual dos dois regimes será o mais adequado, isto é, qual dos dois será necessário e suficiente para atingir os fins da pena (art. 33, § 3º, do CP).

Se, porém, a pena for de detenção, nas mesmas circunstâncias, com condenado reincidente, o regime só poderá ser o semiaberto. Condenado à

pena de detenção, reincidente, não tem opção: qualquer que seja a quantidade de pena, deverá iniciar, sempre, em regime semiaberto.

5.1.1 Condenado não reincidente

Com pena de até 4 anos, ter-se-ão as seguintes possibilidades:

1ª — *detenção*: poderá iniciar no regime semiaberto ou no aberto. Para adotar um ou outro regime o juiz levará em conta os requisitos do art. 59 do CP; 2ª — *reclusão*: poderá iniciar em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto ou aberto.

5.2 Regime inicial para detenção

a) Detenção só pode iniciar em regime semiaberto ou aberto; b) detenção nunca pode iniciar em regime fechado; c) detenção superior a 4 anos, reincidente ou não, só pode iniciar em regime semiaberto; d) detenção, reincidente, qualquer quantidade de pena, só pode iniciar em regime semiaberto; e) detenção de até 4 anos, não reincidente, poderá iniciar em regime semiaberto ou aberto, de acordo com os elementos do art. 59.

5.2.1 Reincidente condenado à detenção

Não pode iniciar em regime aberto, segundo a alínea *c*. Também não pode iniciar em regime fechado, ante a proibição do *caput* do art. 33. Sobra-lhe, no entanto, o regime semiaberto, que é seu regime legal para iniciar o cumprimento de pena.

5.3 Regime inicial para reclusão

a) Reclusão superior a 8 anos sempre inicia em regime fechado; b) reclusão superior a 4 anos, reincidente, sempre inicia em regime fechado; c) reclusão superior a 4 anos até 8, não reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semiaberto. Dependerá das condições do art. 59 do CP; d) reclusão até 4 anos, reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semiaberto. Dependerá do art. 59; e) reclusão até 4 anos, não reincidente, pode iniciar em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto ou aberto, segundo recomendarem os elementos do art. 59.

5.4 Influência do fator reincidência

O fator reincidência, quando se trata de pena de detenção, só influi no

regime inicial quando for de até 4 anos, que não poderá ser aberto. Quando se tratar de reclusão, influi no regime inicial quando for de até 4 anos, que poderá ser semiaberto ou fechado, e quando for superior a 4 anos até 8, que deverá ser necessariamente fechado.

5.5 Condenação anterior à multa

A condenação anterior à pena de multa só tem efeito diferenciado em relação ao *sursis* (art. 77, § 1º). Para fins de fixação do regime inicial e para efeitos de substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos ou multa constitui-se em fator impeditivo. A lei não faz qualquer distinção (arts. 33, § 2º, e 43, II).

6 Progressão condicionada à reparação de dano

O § 4º, acrescido pela Lei n. 10.763/2003, condiciona a progressão de regime, nos crimes contra a Administração Pública, à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilítico praticado, com os acréscimos legais. Pela modalidade desses crimes, nem sempre será possível a reparação de dano, ante a dificuldade de sua apuração. Assim, essa previsão legal somente será aplicável naquelas infrações em que se possa dimensionar a extensão do pretenso dano. Nas demais, isto é, quando se tratar de "dano" ideal, ou seja, sem parâmetros seguros para aquilatá-lo, essa previsão legal é inaplicável. Certamente o legislador não pretendeu inviabilizar a progressão de regime nesses crimes; se essa foi sua intenção, equivocou-se redondamente, editando norma penal ilegítima.

6.1 Irretroatividade da obrigação de reparar o dano

Tratando-se de norma penal mais grave, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência. Tampouco se pode tachá-la de norma processual para invocar o princípio *tempus regit actum*. Qualquer norma penal que, de alguma forma, restrinja os direitos do cidadão encontra obstáculo constitucional quanto a seus efeitos retroativos.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 269 do STJ:* "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

- *Súmula 341 do STJ:* “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.
- *Súmula 716 do STF:* “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.
- *Súmula 717 do STF:* “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.
- *Súmula 718 do STF:* “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.
- *Súmula 719 do STF:* “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

“A gravidade abstrata do delito já foi levada em consideração pelo legislador para a cominação das penas mínima e máxima. Nos delitos materiais contra a ordem tributária, a lesão ao erário público é elementar do tipo. Imprestáveis ambas as circunstâncias, portanto, para exasperação da pena-base, que deve ser fixada no mínimo legal. O regime inicial, à falta de qualquer consideração desfavorável na sentença, é o aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, *c*, do CP” (STF, HC 92.274/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-2-2008).

“Fixada a pena-base no mínimo legal e na falta de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu – primário e com bons antecedentes –, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal” (STJ, HC 67.984/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-11-2007).

“É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que o cometimento de falta grave pelo preso durante o cumprimento da pena implica a perda dos dias remidos, sem que isso caracterize ofensa ao princípio da individualização da pena e ao direito adquirido. A remição da pena constitui mera expectativa de direito, exigindo-se ainda a observância da disciplina pelos internos. Precedentes” (STF, AI-AgR 513.810/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25-9-2007).

“Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, *c*, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto. A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, *c*, e § 3º, do CP” (STJ, HC 48.267/SE, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-8-2007).

“A aplicação do art. 33, § 3º, do Código Penal, deve ser acompanhada das razões que justificam a fixação de regime de cumprimento da pena fora dos parâmetros estabelecidos no art. 33, § 2º, do mesmo diploma legal, sob pena de violação ao art. 93, IX, da Constituição da República” (STF, HC 89.947/PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12-12-2006).

“A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social” (STF, HC 90.049/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5-12-2006).

“A obrigatoriedade do exame criminológico e do parecer multidisciplinar da Comissão

Técnica de Classificação, para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, foi abolido pela Lei n. 10.972/2003. Nada impede, no entanto, que, facultativamente, seja requisitado o exame pelo Juízo das Execuções, de modo fundamentado, dadas as características de cada caso concreto" (STF, HC 86.631/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5-9-2006).

"Início do cumprimento da pena no regime semiaberto, conforme estipulado na sentença, ou no regime aberto se não houver estabelecimento adequado" (STF, HC 86.199/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 18-4-2006).

"O preceito inscrito no art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar, desde logo, o regime penal aberto. A norma legal em questão permite, ao juiz, impor, ao sentenciado, regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante. Precedentes" (STF, HC 86.624/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13-12-2005).

"O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento em regime semiaberto. Arts. 33 e 59 do Código Penal. (Súmula 269 do STJ)" (STJ, REsp 574.448/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-6-2004).

"Concurso material — Sanções que somadas ultrapassam 8 anos — Hipótese que reclama a fixação do regime inicial fechado — Inteligência do art. 33, § 2º, *a*, do CP, e art. 111 da LEP" (TJMG, Apelação 1.0000.00.353613-3/000, Rel. Kelsen Carneiro, j. 2-3-2004).

"Nos termos da Lei de Execuções Penais, o cumprimento de pena em determinado regime sofre incidência das condenações subsequentes, porquanto operada a unificação da nova pena com o remanescente, tal somatória pode gerar um regime mais gravoso ao apenado. Enquanto não resolvida a unificação, sobretudo porque o juízo competente aguarda informações acerca de novas condenações, não gera constrangimento o fato de o reeducando ser submetido a regime diverso do cumprimento, por razões acautelatórias" (STJ, HC 21.411/PR, Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 19-2-2004).

"A fuga do condenado do estabelecimento prisional é considerada falta grave (art. 50, inciso II, da Lei n. 7.210/84) que justifica a regressão do regime de prisão do semiaberto para o fechado, nos termos do art. 118, inciso I, da Lei n. 7.210/84. Inexistência de constrangimento ilegal ou de ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal" (STF, HC 83.506/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 4-11-2003).

"A fixação do regime prisional integra o processo de individualização da pena, regulando-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º, e do art. 59, ambos do Código Penal, com integração do critério do *quantum* da pena e o critério pertinente às circunstâncias judiciais. É de rigor a fixação do regime prisional semiaberto na hipótese de condenado não reincidente, com pena inferior a 8 anos, sem registro de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo descabida a imposição de regime fechado apenas em razão da gravidade do delito" (STJ, HC 22.120/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 12-11-2002).

Regras do regime fechado

Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

— V. art. 5º, XLVI, da CF.

— V. arts. 5º a 9º e 96 a 98 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

§ 1º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

— V. arts. 31 a 35 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

§ 2º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

— V. art. 5º, XLVII, *c*, da CF.

§ 3º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

— V. arts. 36, 37 e 126 a 129 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Regime fechado

No regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena. Neste regime o condenado fica sujeito ao isolamento durante o repouso noturno (art. 34, § 1º, do CP), porém, na prática, esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP), não passa de "mera carta de intenções" do legislador brasileiro, sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais.

2 Serviço externo e cursos de instrução

Quem cumpre pena em regime fechado não tem direito a frequentar cursos, quer de instrução, quer profissionalizantes. E o trabalho externo só é possível (ou admissível) em obras ou serviços públicos, desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena, e desde que sejam tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 37 da LEP).

3 Exame criminológico no início da execução

Tanto o Código Penal (art. 34) quanto a LEP (art. 8º) determinam a obrigatoriedade do exame criminológico no início de cumprimento da pena, para possibilitar a sua efetiva individualização. Esta é outra das tantas normas ornamentais do Direito Penal nacional: dificilmente é cumprida.

4 Regras do regime disciplinar diferenciado

Pela nova redação do art. 52 da LEP, atribuída pela Lei n. 10.792/2003, o *regime disciplinar diferenciado* poderá ser aplicado, sem prejuízo da sanção correspondente à falta grave, nas seguintes situações: 1ª) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, *caput*); 2ª) quando apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§ 1º); e, finalmente, 3ª) quando haja fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

4.1 Limite de duração do regime disciplinar diferenciado

Esse regime terá "duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada"; o recolhimento será em cela individual, admitindo visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 40 do STJ: "*Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado".

"De acordo com o sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade (art. 112, LEP), o condenado que se encontra em regime fechado deverá galgar o regime imediatamente menos severo (semiaberto), para só então alcançar o regime aberto. A progressão prisional *per saltum* carece de amparo jurídico no nosso sistema jurídicopenal" (TJPR, Agravo 0420819-3, Rel. Lauro Augusto Fabrício de Melo, j. 6-3-2008).

"É sempre preferível que a pessoa processada ou condenada seja custodiada em presídio no local em que reside, inclusive para facilitar o exercício do seu direito à assistência familiar, mas, se a sua permanência em presídio local se evidencia impraticável ou inconveniente, em razão da periculosidade do agente ou de outras circunstâncias que implicam na sua submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei n. 10.792/2003, é mister pôr em ressalto a preponderância ao interesse social da segurança e da própria eficácia da segregação individual" (STJ, HC 92.714/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 6-12-2007).

“Prisão: regime prisional integralmente fechado: progressão. Precedentes. A Lei n. 11.464/2007 — no ponto em que disciplinou a progressão de regime — trouxe critérios mais rígidos do que os anteriormente estabelecidos na Lei de Execução Penal, vigente à época do fato. Não se aplica o cumprimento da pena imposta pelos critérios da Lei n. 11.464/2007, o que significaria afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da Constituição da República e art. 2º do Código Penal)” (STF, HC 91.631/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16-10-2007).

“A Lei de Execução Penal, ela mesma, às expressas, admite o trabalho externo para os presos em regime fechado, à falta, por óbvio, de qualquer incompatibilidade, por isso que acolhe o benefício, ‘[...] desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina’” (STJ, HC 45.392/DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 9-3-2006).

“Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n. 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social” (STJ, HC 40.300/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 7-6-2005).

“Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o semiaberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram consideradas na r. sentença condenatória como favoráveis ao réu (Precedentes)” (STJ, HC 15.385/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-5-2001).

Regras do regime semiaberto

Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

— V. arts. 91 e 92 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

§ 1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

— V. arts. 122, II, 124, parágrafo único, e 125 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Regime semiaberto

No regime semiaberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Neste regime, o condenado terá direito a frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado.

2 Serviço externo desde o início da pena

O juiz da condenação, na própria sentença, já poderá conceder o serviço externo. Ou então, posteriormente, o juiz da execução poderá concedê-lo, desde o início do cumprimento da pena. A exigência de cumprimento de um sexto da pena se verifica apenas quando tal benefício for concedido pela direção do estabelecimento penitenciário, que dependerá também da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado (art. 37 da LEP) (STF, *RTJ*, *120*:1122).

3 Exame criminológico no regime semiaberto

O Código Penal (art. 35) e a LEP (art. 8º, parágrafo único) regulam o mesmo tema, o primeiro criando uma obrigação e a segunda uma faculdade. Evidentemente prevalece a norma cogente. Um estatuto faculta, outro determina: cumpre-se a determinação. Ora, a LEP não proíbe a realização do exame; pelo contrário, permite, embora não o obrigue, como faz o Código Penal. Também não impede que outro diploma legal, da mesma hierarquia, determine sua realização. Esse exame é fundamental para a individualização da pena. E individualizar, na execução penal, significa dar a cada preso as melhores condições para o cumprimento da sanção imposta. O exame criminológico está para a adequada execução da pena como os exames clínicos e laboratoriais estão para o tratamento dos pacientes da medicina.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Condenado que deverá cumprir sua pena em regime domiciliar até a sua remoção à colônia penal agrícola. Configura constrangimento ilegal o fato de o paciente estar

cumprindo a sua pena em regime fechado quando lhe foi fixado regime para o semiaberto para o cumprimento da pena" (TJPR, HC 451.626-1, Rel. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, j. 29-11-2007).

"Restando demonstrado nos autos que as condições pessoais do apenado são favoráveis, deve ser permitido o trabalho externo ou frequência em cursos de instrução, mesmo que o regime seja o semiaberto" (TJPR, Agravo em Execução 434.831-8, Rel. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, j. 22-11-2007).

"Paciente condenado à reclusão em regime semiaberto. A natureza hedionda do delito, por si só, não constitui fundamento idôneo para o indeferimento à concessão do benefício do trabalho externo. O pacífico entendimento desta Corte, ao contrário do decidido pelo Tribunal local, é no sentido da desnecessidade do cumprimento mínimo da pena para a concessão do benefício do trabalho externo, desde que satisfeitos os demais requisitos necessários, de natureza subjetiva" (STJ, HC 65.356/AC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 9-8-2007).

"O reiterado descumprimento do dever de pernoitar na Cadeia Pública caracteriza desrespeito às condições impostas na audiência admonitória e do próprio regime semiaberto, justificando a regressão do regime prisional inicialmente fixado" (STJ, HC 58.630/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15-8-2006).

"No caso em tela, não há constrangimento ilegal na decisão judicial que, para autorizar o trabalho externo a detento que cumpre pena sob o regime semiaberto, exige demonstração da existência legal da empresa em que pretende trabalhar" (STJ, HC 42.593/MS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-10-2005).

"Na linha de precedentes desta Corte, a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena imposta em regime semiaberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas" (STJ, RHC 16.058/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 5-8-2004).

"Descumpridas as regras do regime semiaberto, cabe ao juízo da execução penal, e não ao Tribunal de Alçada, decidir a respeito da mudança do regime prisional para o mais gravoso" (STJ, HC 30.804/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16-3-2004).

"Regime semiaberto. A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, *ex vi* o art. 117 da Lei de Execução Penal. Precedentes do col. Supremo Tribunal Federal. Excepcionalmente, porém, tem a jurisprudência entendido ser possível a concessão do benefício, no caso de regime prisional diverso do aberto, em face de comprovada doença grave, se o tratamento médico necessário não puder ser ministrado no presídio em que se encontra o apenado" (STJ, HC 20.690/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20-2-2003).

"Réu condenado ao cumprimento de pena em regime semiaberto — progressão concedida para o regime aberto — inexistência de vaga em estabelecimento adequado — cumprimento das condições necessárias do regime mais benéfico. Não configura constrangimento ilegal a manutenção do paciente em Delegacia de Polícia, quando, mesmo em estabelecimento impróprio, restam observadas as condições impostas ao regime aberto, até que surja vaga em instituto adequado" (STJ, RHC 13.562/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 18-2-2003).

"O regime imposto na sentença deve informar a sua execução, não importando, contudo, em constrangimento ilegal o tempo de permanência necessário à transferência do condenado do estabelecimento próprio da prisão provisória para aqueloutro ajustado ao regime decretado na condenação imposta. Tal tempo deve subordinar-se ao princípio da razoabilidade, que faz injustificável transferência que se retarde por mais de 30 dias" (STJ,

HC 15.788/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 4-10-2001).

Regras do regime aberto

Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

— V. arts. 93 a 95, 113 a 117 e 119 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

— V. art. 118 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Regime aberto

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado. O condenado só permanecerá recolhido (em casa de albergado ou em estabelecimento adequado) durante o repouso noturno e nos dias de folga. Deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância. Com responsabilidade e disciplinadamente, o detento deverá demonstrar que merece a adoção desse regime e que para ele está preparado, sem frustrar os fins da execução penal, sob pena de ser transferido para outro regime mais rigoroso (art. 36, § 2º, do CP).

2 Consentimento do condenado

O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação do seu programa e das condições impostas pelo juiz (art. 113 da LEP). Essa aceitação do condenado não está prevista em relação às penas restritivas de direitos.

3 Perda do regime aberto

a) Se praticar falta grave, crime doloso, frustrar os fins da execução, não pagar, podendo, a multa aplicada cumulativamente (art. 36, § 2º, do CP); b) se for condenado por crime anterior a pena que, somada ao restante em execução, torne incabível o regime aberto (art. 118, I, II e § 1º, da LEP). Salvo a hipótese de condenação posterior, nos demais casos deve ser ouvido o condenado sobre o novo fato (art. 118, § 2º, da LEP).

4 Prisão civil

Embora o Supremo Tribunal já tenha decidido que a prisão civil não pode ser convertida em prisão-albergue (*RT*, *552*:413), parece-nos que a casa de albergado é o melhor local para cumprir aquela espécie de prisão.

5 Prisão domiciliar

Segundo a orientação da reforma penal, o *regime aberto,* como gênero, deverá ser cumprido em a) prisão-albergue, b) prisão em estabelecimento adequado e c) prisão domiciliar (arts. 33, § 1º, *c*, do CP e 117 da LEP). Logo, *prisão domiciliar* constitui somente *espécie do gênero* aberto e, como exceção, exige a presença de mais requisitos para a sua concessão.

6 Falta de casa de albergado

Na ausência de casa de albergado, por construção pretoriana, deve o indivíduo cumprir pena em prisão domiciliar, jamais sendo admissível que seja determinado seu cumprimento em regime mais grave, em razão da inexistência de casa de albergado. Deve, ainda que excepcionalmente, ser concedido ao condenado recolhimento domiciliar, enquanto não houver vaga em estabelecimento adequado. Significa dizer, em outros termos, que a natureza do regime não transmuda para outro menos grave, pela ausência de vaga no regime mais liberal, enquanto a vaga não existir, como têm decidido, acertadamente, nossas Cortes Superiores.

7 Progressão e regressão

A sanção aplicada possibilita ao apenado progredir ou regredir nos regimes, ampliando ou diminuindo o seu *status libertatis*. O ponto

propulsor de conquista ou de perda de maiores regalias no cumprimento da pena privativa de liberdade consiste no mérito ou demérito do condenado (arts. 33, § 2º, do CP e 112 da LEP).

7.1 Progressão

A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Código a conquista progressiva de parcelas da liberdade suprimida. Na progressão evolui-se de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso. Na progressão, além do mérito do condenado, é indispensável que ele tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena no "regime anterior", nos termos do art. 112 da LEP. Isso quer dizer que o condenado não poderá passar direto do regime fechado para o aberto, sem passar obrigatoriamente pelo semiaberto.

7.2 Progressão para o regime aberto

Em se tratando de regime aberto, além do cumprimento de um sexto da pena e do mérito do condenado, deve-se observar se o beneficiário preenche os requisitos do art. 114 da LEP, ou seja, se o apenado está trabalhando ou se demonstra a possibilidade de vir a fazê-lo imediatamente, e, se apresenta, pelos seus antecedentes e pelo resultado dos exames a que se submeteu, fundados indícios de que se ajustará com autodisciplina e senso de responsabilidade ao novo regime.

7.3 A progressão nos crimes hediondos

A determinação de cumprir integralmente a pena em regime fechado, nos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), viola o sistema progressivo adotado por nosso ordenamento jurídico. A doutrina sempre teve grande dificuldade em aceitar a proibição da progressão nos crimes hediondos, a despeito da jurisprudência pátria que era toda em sentido contrário, até o antológico voto do Ministro Gilmar Mendes (HC 82.959), o qual abriu caminho para o surgimento da Lei n. 11.464/2007. Na verdade, além de violar o sistema progressivo de cumprimento de pena e a individualização desta, ignora a política criminal recomendada pelo Estado Democrático de Direito.

7.3.1 Progressão no crime de tortura (hediondo)

A Lei n. 9.455/97 oferece, finalmente, um *fundamento jurídico* para se

reinterpretar a proibição da progressão constante do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, ao estabelecer que o condenado por crime de tortura "*iniciará* o cumprimento da pena em regime fechado", com a exceção que prevê. Há certa unanimidade nacional sobre o entendimento de que a Constituição fixou um *regime comum* para o crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da CF), equiparando-os quanto a sua *danosidade social*.

7.3.2 Crime de tortura: aplicação extensiva e retroativa

Com o tratamento que a Lei n. 9.455/97 estabelece para o crime de tortura — inegavelmente mais benéfico —, reconhecendo o direito à *progressão*, está autorizada a *interpretação extensiva* da nova dicção legal, para estendê-la às demais infrações definidas como *crimes hediondos*, inclusive retroativamente. Afora a *regra geral de hermenêutica* que permite, no Direito Criminal, a *interpretação extensiva* da *lei mais benéfica*, há o *tratamento uniforme* que a Constituição Federal estabeleceu a essa modalidade de infrações penais.

7.3.3 Tratamento desuniforme: conserto hermenêutico

Não se pode ignorar que a *disciplina do cumprimento* de pena constante dos dois diplomas legais é conflitante e, por conseguinte, *desuniforme*: de um lado, proíbe a *progressão de regime* para os *crimes hediondos*, terrorismo (ainda não tipificado) e tráfico de entorpecentes (Lei n. 8.092/90); de outro, admite o *regime progressivo* para o *crime de tortura* (Lei n. 9.455/97). Contudo, como o ordenamento jurídico é composto por um *sistema harmônico* e racional de normas, eventuais e aparentes contradições devem encontrar solução racional no próprio sistema, por meio das regras de hermenêutica e dos princípios gerais de direito. Assim, a partir da edição da Lei n. 9.455/97, deve-se reconhecer a aplicabilidade do *sistema progressivo* aos crimes *hediondos e afins*, sem restrições, inclusive retroativamente. Nesse sentido, ver Alberto Silva Franco, O regime progressivo em face das Leis n. 8.072/90 e 9.455/97, *Bol. IBCCrim*, n. 58, edição especial, set. 1997, p. 2.

7.3.4 Exclusão do parecer da CTC e do exame criminológico

O *sistema progressivo*, adotado pela reforma penal de 1984, sofreu

profundas alterações, em verdadeiro retrocesso, em decorrência das alterações patrocinadas pela Lei n. 10.792/2003. Dentre tantas modificações, *exclui* expressamente o *parecer da Comissão Técnica de Classificação* e o *exame criminológico*. Para progredir, teoricamente, o condenado deverá cumprir, pelo menos, um sexto da condenação, e "merecer" o "benefício". Esse *merecimento*, porém, será valorado pelo "bom comportamento carcerário" certificado pelo diretor do estabelecimento penitenciário. Não definiu, contudo, o novo diploma legal o que seja *bom comportamento carcerário*, lacuna que, certamente, será fonte de profundas divergências.

7.4 Regressão

O condenado que cumpre pena em regime aberto pode ser transferido para regime semiaberto ou fechado, e o que cumpre em regime semiaberto poderá ser transferido para o regime fechado. A regressão está prevista como obrigatória, para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o sentenciado pratica fato definido como crime doloso ou falta grave, ou sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torna incabível o regime atual (art. 118 da LEP).

7.4.1 Regressão de condenação em regime aberto

Quando o condenado se encontra em regime aberto, poderá ocorrer a regressão também se frustra os fins da pena ou se, podendo, não paga a multa (art. 36, § 2º, do CP e art. 118, § 1º, da LEP). A regressão pelo não pagamento de multa mostra-se desproporcional e absurda; basta adotar meios adequados para executá-la, desde que não se trate de condenado insolvente.

7.4.2 Necessidade de audiência do condenado

Nessas hipóteses, bem como nas hipóteses de prática de fato definido como crime doloso ou falta grave, o condenado deve ser ouvido previamente (art. 118, § 2º, da LEP).

7.5 Requisitos da progressão

São necessários os seguintes requisitos: a) *um sexto da pena:* é a exigência de cumprimento de uma parcela da pena no regime anterior, no

direito vigente, fixado em um sexto, no mínimo. Não se estabeleceu se esse percentual deve ser considerado sobre a pena aplicada ou sobre o restante da pena a cumprir. Na primeira operação não há problema. Evidentemente terá de ser sobre a pena aplicada e não sobre o saldo restante. Na segunda operação é que poderia surgir a dúvida, que, no entanto, não nos parece que seja fundada; b) *mérito do condenado:* é a demonstração que o condenado deverá dar durante a execução da pena de que está apto para ser transferido para um regime menos rigoroso; c) *exame criminológico:* é a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para a obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade; d) *Parecer da Comissão Técnica de Classificação* — essa Comissão é encarregada de elaborar um programa individualizador e de acompanhar a execução das penas privativas de liberdade. Compete-lhe também propor ao juízo das execuções penais as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões, emitindo os respectivos pareceres (art. 6º da LEP).

7.6 STF: progressão nos crimes hediondos

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, em sua constituição plenária, num verdadeiro despertar cívico, através do *Habeas Corpus* 82.959, declarou a *inconstitucionalidade* do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado nos crimes hediondos e assemelhados, com voto histórico do Ministro Gilmar Mendes. A Lei n. 11.464, de 27 de março de 2007, seguindo a orientação consagrada pelo STF, altera os parágrafos do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com as seguintes inovações: a) o cumprimento da pena iniciará em regime fechado; b) a progressão nos crimes hediondos ocorrerá após o cumprimento de dois quintos (2/5), sendo o apenado primário, e de três quintos (3/5), se reincidente; c) em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

7.7 Dois aspectos fundamentais adotados pelo STF

a) O reconhecimento do *sistema progressivo* e a individualização da pena como direitos e garantias fundamentais; b) a eficácia *erga omnes* de declaração de inconstitucionalidade em *controle difuso ou aberto* (art. 102, I, *a*, da CF), limitada pelo efeito *ex nunc*. O primeiro aspecto esclarece os

limites reservados ao legislador ordinário: o *sistema progressivo* de cumprimento da pena é uma garantia constitucional. O legislador ordinário pode disciplinar a individualização da pena nas três fases, mas não pode excluí-la em nenhuma delas, sob pena de violar esse preceito fundamental. Aí reside a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, que obrigava o cumprimento integral da pena em regime fechado, nos crimes hediondos e assemelhados. Seria inócuo, por conseguinte, incluir a individualização da pena entre os direitos e as garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, permitir que o legislador ordinário, a seu alvedrio, pudesse suprimir ou anular seu conteúdo.

7.8 Efeito “erga omnes” da decisão do STF

O STF atribuiu, por unanimidade, efeito *erga omnes* à sua decisão em julgamento de *controle difuso de constitucionalidade*; aplicou, por analogia, o disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99, que se refere a julgamento de hipóteses de *controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade* (ADIn ou ADC). Com essa decisão, o STF adotou o entendimento de que, em se tratando de controle incidental ou difuso, é pertinente estender os efeitos da decisão a outras hipóteses suscetíveis de serem alcançadas pelo reconhecimento *in concreto* de inconstitucionalidade. E assim o fez, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social, conceitos revestidos também de carga constitucional (*Bol. IBCCrim*, n. 161, abr. 2006, p. 1).

7.9 Eficácia “erga omnes” e efeito “ex nunc”

Essa decisão — com eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* — permite que, em outros processos, que ainda se encontrem em fase recursal ou executória (cuja pena ainda não tenha sido integralmente cumprida), possam igualmente ser beneficiados pelo sistema progressivo, desde que seus requisitos sejam examinados, casuisticamente, pelo juiz competente. Referida decisão não está, por conseguinte, limitada ao processo objeto de exame no *Habeas Corpus* 82.959, e tampouco permite que outros juízes ou tribunais recusem seu cumprimento invocando como obstáculo o disposto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

7.10 Eficácia “erga omnes” torna inócua declaração do Senado

Essa decisão, na realidade, tornou sem objeto a competência do Senado

Federal, como destaca Luís Roberto Barroso: “A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção” (Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 92). Em sentido semelhante, veja-se o magistério do constitucionalista Min. Gilmar Mendes (Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 266).

8 Exame criminológico

A realização do exame criminológico tem a finalidade exatamente de fornecer elementos, dados, condições, subsídios, sobre a personalidade do condenado, examinando-o sob os aspectos mental, biológico e social, para concretizar a individualização da pena por meio dessa classificação dos apenados.

8.1 Fase processual para realização do exame

Sem se preocupar com a controvérsia sobre o melhor momento processual para a realização do exame criminológico, a LEP optou por determinar tal realização após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, somente após declarada a culpa ou, se for o caso, a periculosidade do agente (Exposição de Motivos, item n. 30).

8.2 Local de realização do exame criminológico

O exame criminológico deverá ser realizado no Centro de Observação Criminológica, nos termos no art. 96 da LEP. Somente se inexistir Centro de Observação, que deverá constituir-se de unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal, é que será admitida a realização do referido exame pela Comissão Técnica de Classificação (art. 98).

8.3 Esvaziamento das funções da CTC e do COC

Pela nova redação atribuída ao art. 6º da LEP, a Comissão Técnica de Classificação (CTC) perdeu a atribuição de elaborar o *programa de individualização* dos condenados às penas restritivas de direitos, como previa a redação anterior. Tampouco referida *comissão* poderá propor à autoridade competente as progressões, regressões ou conversões. Essa conclusão decorre da conjugação da nova redação do art. 6º da LEP com a supressão do parágrafo único do art. 112, que condicionava a *progressão de regime* ao parecer da CTC ou exame do COC, quando fosse o caso. Com efeito, a partir da vigência da nova lei (2-12-2003) não há mais necessidade, para a progressão de regime, do parecer da Comissão Técnica de Classificação ou do exame criminológico.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judicias favoráveis – como primariedade e ausência de maus antecedentes – na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semiaberto com fundamento exclusivo na periculosidade do agente" (STJ, HC 48.343/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11-4-2006).

"Admite-se a concessão da prisão domiciliar ao apenado, cumprindo pena em regime aberto, que se enquadre nas hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal ou, excepcionalmente, quando se encontrar cumprindo pena em estabelecimento compatível com regime mais gravoso, por inexistência de vagas em casa de albergado (Precedentes). Não se encontrando o paciente em qualquer daquelas hipóteses, a relativa distância entre o local em que se encontra a casa de albergado e a cidade em que alega possuir residência e trabalho fixos não é razão que autoriza a concessão da prisão domiciliar. *Habeas corpus* denegado" (STJ, HC 44.880/MT, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-11-2005).

"Não demonstrado, de plano, a impossibilidade da prestação de assistência médica devida no local em que se acha recolhido o paciente, deve ser indeferida a prisão domiciliar" (STJ, HC 38.729/PB, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 17-2-2005).

"O cumprimento de pena em regime domiciliar só é possível, em princípio, aos condenados ao regime prisional aberto – o que não é o caso do paciente, condenado ao cumprimento de pena em regime fechado. Precedentes. Somente em casos excepcionais, mesmo na hipótese de ter sido estabelecido o regime fechado para o cumprimento de pena, é possível o deferimento da prisão domiciliar, quando demonstrada, de plano, a necessidade de especial tratamento de saúde, que não poderia ser suprida no local em que o condenado se encontra preso. Precedente" (STJ, RHC 13.840/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 8-4-2003).

"Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena imposta em regime aberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas, nas dependências de delegacia policial. Em casos que tais, lícita é a concessão, em caráter provisório e excepcional, do cumprimento da pena em regime domiciliar, até o surgimento

de uma vaga no estabelecimento adequado às exigências do regime aberto" (STJ, RHC 12.984/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15-10-2002).

"O simples fato de a Lei de Execuções Penais garantir, ao maior de 60 anos, o direito de ser recolhido em estabelecimento próprio e adequado a suas condições pessoais não autoriza, por si só, a concessão de prisão domiciliar" (STJ, HC 17.429/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15-8-2002).

"A pretensão de cumprimento da pena em regime domiciliar, por ser o condenado septuagenário e portador de enfermidade, deve ser formulada perante o Juízo da Vara das Execuções Penais" (STJ, HC 19.093/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 16-4-2002).

Regime especial

Art. 37. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

— V. art. 5º, XLVIII e L, da CF.

— V. arts. 19, parágrafo único, 82, § 1º, 89 e 117, III e IV, da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Regime especial feminino

A lei determina tratamento especial às mulheres, com: a) estabelecimento próprio: as mulheres não podem cumprir pena junto com os presos do sexo masculino; b) condição pessoal: devem ser respeitados os direitos e deveres inerentes à condição de mulher. Têm direito de manter o filho consigo durante a fase de amamentação (art. 5º, XLVIII e L, da CF).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A garantia inscrita no art. 5º, L, da Constituição da República não significa que todas as lactantes tenham direito a cumprir pena em domicílio, mas, ao contrário, pressupõe o recolhimento ao estabelecimento prisional público. Ademais, inexiste nos autos qualquer evidência de que, uma vez recolhida a paciente ao cárcere, o Estado não disponha de meios suficientes à concretização daquela garantia constitucional" (STJ, HC 20.690/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20-2-2003).

Direitos do preso

Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela

perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

— V. art. 5º, XLIX, da CF.

— V. arts. 3º, *i*, e 4º, *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g* e *i*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

— V. arts. 3º e 40 a 43 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Direitos assegurados ao condenado

A Constituição brasileira assegura ao condenado absoluto respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, e art. 40 da LEP). Todos os direitos não alcançados pela condenação são protegidos. No entanto, como efeito constitucional-penal, o condenado perde seus direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação criminal irrecorrível (art. 15, III, da CF).

2 Direitos e deveres

Os direitos do preso estão relacionados nos arts. 10 a 27 e 41 da LEP. Os deveres correspondentes encontram-se relacionados nos arts. 38, 39 e 44 a 52 do mesmo Estatuto.

3 Regime Disciplinar Diferenciado: direito penal de autor

Com o RDD o governo brasileiro passa a adotar o proscrito *direito penal de autor*, de cunho fascista, ressuscitado por movimentos raciais e capitaneado por Gunther Jakobs, com seu "direito penal do inimigo". As previsões da Lei n. 10.792/2003 não se destinam a fatos, mas a determinadas *espécies de autores*, impondo isolamento celular de até um ano, não em decorrência da prática de determinado crime, mas porque, na avaliação subjetiva de determinada *instância de controle social formal*, representam "alto risco" social ou carcerário, ou então porque há "suspeitas" de participação em quadrilha ou bandos, prescrição capaz de fazer inveja ao condenado neossocialismo alemão das décadas de 30 e 40 do século passado. Com efeito, percebe-se que às instâncias de controle *não importa o que se faz* (direito penal do fato), mas sim *quem faz* (direito penal de autor). Em outros termos, não se pune pela prática do fato, mas sim pela

qualidade, personalidade ou caráter de *quem* faz, num autêntico direito penal de autor.

3.1 Hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado

Pela nova redação atribuída ao art. 52 da LEP, o regime disciplinar diferenciado poderá ser aplicado nas seguintes situações: 1ª) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (*caput*); 2ª) que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§ 1º); e, finalmente, 3ª) quando houver fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

1ª hipótese: subversão da ordem ou disciplina internas

Prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, *caput*). Para a aplicação do indigitado Regime Disciplinar Diferenciado, não é suficiente a prática de crime doloso, por si só, sendo necessário que este *ocasione a subversão da ordem ou disciplina*. Há uma exigência *cumulativa*, qual seja, a prática do crime doloso e a sua consequência. Em outros termos, que a prática de uma conduta definida como crime produza, em razão de sua concretização, a "*subversão da ordem ou disciplina internas*".

3.1.1 Absoluta necessidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Mas, ainda assim — *a prática de crime doloso e a consequente subversão da ordem ou disciplina* —, não bastam para impor o Regime Disciplinar Diferenciado, que é, em última instância, uma sanção cruel, degradante e violadora do *princípio da humanidade da pena*. Com efeito, em cada caso concreto, o juiz deverá examinar, num segundo momento, isto é, superadas as questões de adequação típica, a real necessidade da adoção dessa monstruosidade, própria de um *direito penal de autor*, proscrito nos Estados Democráticos de Direito. Como medida cautelar, devem, ademais, estar presentes os requisitos respectivos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

3.1.2 O que é subversão da ordem ou disciplina internas

Em que isso consiste? Necessariamente deverá ocasionar, de forma concreta, no interior do estabelecimento prisional, profunda alteração da

ordem ou da disciplina, de molde a substituir os monitores, coordenadores e guardas penitenciários, a ponto de os detentos obterem o controle da penitenciária. É, digamos, um estado de emergência, pois somente a excepcionalidade dessa ordem poderia justificar uma violência tão absurda como o famigerado RDD.

3.1.3 Sanção degradante e desumana

Essa preocupação não diminui, mesmo que a decisão e definição passe, necessariamente, pelo crivo do Poder Judiciário, sob os auspícios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. A violência e o gravame da "sanção" estão na sua essência e na sua motivação; assim, nada e ninguém poderá descaracterizar esse aspecto, salvo a sua revogação definitiva. Convém registrar, ademais, que o *juiz das execuções criminais*, a autoridade competente para aplicá-lo e fiscalizá-lo, após ouvir o Ministério Público e a Defesa, decidirá, fundamentadamente, nos termos previstos no texto constitucional (CF, art. 93, IX), sob pena de nulidade.

Mais do que nunca, se não houver forma de evitar a decretação desse esdrúxulo e inconstitucional regime, que se observe rigorosamente o *procedimento disciplinar* previsto nos arts. 59 e 60 da LEP, assegurando-se todas as garantias constitucionais fundamentais.

2ª Hipótese: alto risco para a ordem e a segurança (§ 1º)

Afinal, o que é *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*? Paulo César Busato também, com acerto, questiona: "a submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um *alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*. Porém, a respeito de que estamos falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário pode decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos?" (Paulo César Busato, *Regime disciplinar diferenciado...*, p. 39).

3ª Hipótese: suspeitas de participação em organizações criminosas

Esta é a hipótese mais absurda de toda previsão do odioso Regime Disciplinar Diferenciado, pois além de adotar *um direito penal de autor*, em vez do direito penal do fato, transforma o primado da certeza em meras presunções e suspeitas, proscritas do direito penal da culpabilidade, próprio

de um Estado Democrático de Direito. Essa preocupação doutrinária ganha relevo quando se tem em conta os abusos do "poder de denunciar" que se tem praticado no Brasil, a partir da última década do século passado.

Criticamente, no mesmo sentido, questiona Paulo César Busato: "a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução". Enfim, é desnecessário aprofundar-se para concluir pela *inconstitucionalidade* da previsão legal que acabamos de examinar.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que é constitucional a prerrogativa de o advogado ser preso em sala de Estado Maior até o trânsito em julgado da condenação. A expressão 'sala de Estado Maior' deve ser interpretada como sendo uma dependência em estabelecimento castrense, sem grades, com instalações condignas. O preceito legal que confere aos advogados o direito à prisão especial, antes do trânsito em julgado da condenação, não desnatura o caráter da medida, que representa uma restrição à liberdade de locomoção, ainda que em condições diferenciadas dos demais presos" (STF, Reclamação 4.713/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2007).

"A execução provisória do julgado é plenamente possível, constituindo mero efeito da condenação, na medida em que os recursos eventualmente interpostos, quais sejam: o recurso extraordinário e o especial, não têm efeito suspensivo, razão pela qual, à luz do Enunciado 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 'admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória'" (STJ, HC 70.472/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-11-2007).

"RDD. É constitucional a resolução que permite o cumprimento, em estabelecimento federal, sob competência do Juízo de Execução Criminal da Justiça Federal, de pena imposta por decisão da Justiça Estadual. As penas privativas de liberdade devem ser executadas com respeito à integridade física e moral do preso, proibidas as penas cruéis. Constatada a observância aos preceitos reguladores do cumprimento da pena, contidos na Constituição da República e na Lei de Execução Penal, torna-se descabida a alegação de ilegalidade. O direito ao cumprimento da pena em local próximo ao seio familiar, de modo a facilitar a ressocialização do condenado, não é absoluto, podendo ser ultrapassado por decisão do Juízo da Execução, sobretudo se fundamentado no resguardo da segurança pública" (STJ, HC 77.835/PR, Rel. Jane Silva, j. 20-9-2007).

"Tratando-se de acusado ao qual não foi imposta pena privativa de liberdade, restaria francamente desarrazoada a consideração de sua impossibilidade de votar, a uma, por ausência de empecilho material (físico) ao exercício do sufrágio (o qual não poderia se submeter a conjecturas relacionadas a eventos futuros incertos e hipotéticos); a duas, pois o simples fato de ser um condenado não elide seu direito de participar da escolha dos destinos políticos da nação, os quais o afetarão de maneira direta e indireta. Assim, deve

ser mantido o direito de votar do acusado, conforme foi assegurado na sentença, salientando-se que deve ser comunicada a Justiça Eleitoral tão somente para que seja procedida a suspensão de sua elegibilidade, em consonância com uma interpretação restritiva do art. 15, III, da Constituição Federal" (TJMG, Apelação 1.0024.02.735972-8/001(1), Rel. Márcia Milanez, j. 17-7-2007).

"As normas contidas na Lei n. 7.210/84 somente devem ser aplicadas ao condenado pela Justiça Militar quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, o que não ocorre *in casu*, pois o paciente se encontra cumprindo pena em estabelecimento penal militar (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso)" (STJ, HC 39.237/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 8-3-2005).

Trabalho do preso

Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

— V. art. 201, I, da CF.

— V. arts. 28 a 30, 41, II e III, 126 a 129 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Trabalho prisional

O trabalho prisional é um direito-dever do apenado e será sempre remunerado (art. 29 da LEP). A jornada normal de trabalho não pode ser inferior a seis nem superior a oito horas diárias, com repouso aos domingos e feriados (art. 33 da LEP). Não poderá ter remuneração inferior a três quartos do salário mínimo.

2 Destino da remuneração obtida

A remuneração obtida com o trabalho prisional tem destinação prevista na própria LEP (art. 29, §§ 1º e 2º), a saber: a) indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) assistência à família; c) pequenas despesas pessoais; d) ressarcimento do Estado pelas despesas realizadas com a manutenção do condenado, proporcionalmente; e) o saldo restante, se houver, deve ser depositado em caderneta de poupança para formação de pecúlio, que será entregue ao condenado quando sair da prisão.

3 Previdência social

Estão assegurados ao detento as garantias e todos os benefícios da Previdência Social, inclusive a aposentadoria, apesar de não ser regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP).

4 Presos políticos e provisórios

O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho (art. 200 da LEP), nem o preso provisório (art. 31, parágrafo único, da LEP), mas, se trabalharem, terão os mesmos direitos dos demais presos.

5 Remição pelo trabalho

Remir significa resgatar, abater, descontar, pelo trabalho realizado dentro do sistema prisional, parte do tempo de pena a cumprir, desde que não seja inferior a seis horas e nem superior a oito. Significa que, pelo *trabalho* (agora também pelo estudo), o condenado fica *desobrigado* de cumprir determinado tempo de pena.

5.1 Remição pelo estudo: Lei n. 12.433/2011

Finalmente, a *praxis* jurisprudencial foi confirmada pela Lei n. 12.433/2011, que passou a determinar a *remição* também pelo *estudo* do condenado. Convém destacar, no entanto, que *trabalho* e *estudo* não podem ser realizados e "contabilizados" nos mesmos horários, isto é, não podem ser simultâneos, devendo ser cumpridos em horários distintos. Em outros termos, a LEP, com a redação determinada pela Lei n. 12.433/2011, permite a *cumulação de remição* pelo estudo e pelo trabalho (art. 126, § 3º), desde que cumpridos em horários compatíveis.

Com efeito, a *remição* que era feita na base de três dias de trabalho por um de pena sofreu um acréscimo, relativamente ao *estudo*, com a alteração da LEP, nos seguintes termos: "*Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no* caput *será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho*".

A divisão das doze horas de estudo pelos três dias não precisa ser

aritmética, isto é, pode ser mais horas em um dia, menos em outro (por exemplo, seis horas em um dia, e três em cada um dos outros, ou mesmo dois em um e quatro em outro), enfim, desde que as doze horas sejam divididas em três dias, correspondendo, na média, quatro horas por dia. Assim, cada três dias de *estudo*, com um mínimo de doze horas, *remirá* um dia de pena.

5.2 A remição abrange regime aberto e liberdade condicional

A *remição pelo estudo* foi estendida também para o cumprimento de pena em regime *aberto* e *fruição de liberdade condicional (*art. 126, § 6º*)*, ao contrário da *remição pelo trabalho*, que continua limitada ao cumprimento de pena nos *regimes fechado* e *semiaberto* (art. 126, *caput*), sendo mantido pela nova redação. Como o trabalho era *pressuposto* para o ingresso no *regime aberto*, não havia remição para aqueles que ingressavam nesse regime. Contudo, com a admissão da *remição pelo estudo*, por isonomia, abre-se a possibilidade, em tese, para quem cumpre pena em regime aberto também poder obter *remição pelo trabalho*, a exemplo daquele que estiver frequentando curso de educação regular ou profissionalizante (art. 126, § 6º).

O estudo fora da prisão deve ser comprovado mensalmente (art. 129, § 1º), por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar. A *contrario sensu*, o estudo realizado no interior do estabelecimento prisional não precisa dessa formalidade, embora deva ser certificado ou atestado pelo Diretor da Unidade prisional. O preso provisório (cautelarmente), que não está obrigado ao trabalho, se trabalhar ou estudar também poderá remir parte de sua futura condenação (§ 7º).

5.3 Conclusão do ensino fundamental: majoração do tempo remido

O tempo remido em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de **conclusão do ensino** fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificadas pelo órgão competente do sistema de educação (§ 5º), que pode ser a própria unidade de ensino, sendo desnecessário que o MEC forneça essa comprovação. A nosso juízo, o cálculo desse acréscimo (um terço) deve ser feito no final do total remido, independentemente de ter concluído o curso há mais tempo. Trata-se de inovação que, certamente, estimulará o preso a não abandonar

os estudos, considerando que é sabidamente alta a evasão escolar também no âmbito do sistema prisional.

Estendendo a remição ao estudo do prisioneiro, o legislador, mais uma vez, acabou seguindo o melhor entendimento doutrinário/jurisprudencial: com efeito, por todas as razões que o estudo apresenta, acrescidas do efeito de evitar a ociosidade do preso, por construção *pretoriana* (aliada ao entendimento doutrinário), a dedicação ao estudo no interior das prisões também justifica a *remição*, nas mesmas condições do trabalho. Nesse sentido, em boa hora, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, com o seguinte enunciado: "*A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto*". A lei apenas ampliou para abranger também o regime aberto e a liberdade condicional.

5.4 Disciplina e abrangência da remição pelo estudo

Os tribunais consagraram o instituto da *remição pelo estudo*, e o legislador veio a disciplinar o *modus operandi* desse direito do recluso, regrando a sua concessão. Impede-se, assim, que cada juiz continue adotando um *critério subjetivo* e variável de número de horas de estudo para efetuar o desconto de um dia de pena, tratando desigualmente quem se encontra nas mesmas condições. O legislador definiu as atividades que são consideradas "estudo" ou "frequência escolar", de forma a não deixar dúvidas: atividade de *ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante*, ou *superior*, ou ainda de *requalificação profissional* (art. 126, § 1º, I). Destacou, ainda, que os cursos a serem frequentados podem ser na forma "presencial" ou "telepresencial", desde que certificadas pelas autoridades educacionais competentes.

5.5 Comunicação do tempo remido: anualidade

Ao condenado será comunicada a relação de seus dias remidos (art. 129, § 3º); ante a ausência de previsão legal do período dessa comunicação, acreditamos que seja razoável interpretar como obrigatória essa *comunicação anual*, aliás, como já lhe era assegurada a declaração anual do restante de sanção a cumprir (art. 41, XVI, da LEP), sob pena de *responsabilidade da autoridade judiciária* competente. Parece-nos que uma declaração mensal dessa natureza oneraria em demasia a estrutura do sistema penitenciário, sem maiores resultados práticos, na medida em que

todo preso tem direito a essa declaração para fins de cálculo de seus *direitos* (também denominados benefícios) *penitenciários* (progressão, livramento condicional etc.).

5.6 Natureza da remição: tempo de pena cumprido

A remição, por fim, passou a ser *considerada como tempo de pena cumprido, para todos os efeitos* (art. 128), e não somente para indulto e livramento condicional, afastando, definitivamente, aquela polêmica sobre ser pena cumprida ou desconto de pena a cumprir. Como *norma penal material mais benéfica*, tem efeito retroativo. Representa, na verdade, uma grande vantagem a todos os prisioneiros, enfim, implicando verdadeiro acréscimo do cumprimento de pena, para todos os efeitos.

5.7 Inadmissibilidade da remição sem trabalho efetivo

Uma corrente sustenta que a remição deve ser concedida mesmo sem a realização do trabalho prisional, se este não ocorrer porque o Estado não ofereceu as condições necessárias, por considerá-lo um direito do condenado. Discordamos dessa orientação, sucintamente, pelas seguintes razões: 1) em primeiro lugar, porque a lei exige comprovação documental do tempo trabalhado (art. 129) e define como crime de falsidade ideológica o fato de declarar ou atestar falsamente a prestação de serviço para fins de remição (art. 130); 2) em segundo lugar, exige declaração do juiz, com audiência do Ministério Público; 3) finalmente, conceder a remição mesmo aos que não trabalham igualá-los-ia, injustamente, aos que trabalham para consegui-la. Com efeito, conceder a remição independentemente de o condenado haver trabalhado passa a assegurar a *concessão automática da remição* de quase um terço da pena, e não é esse o sentido da lei, por mais que desejemos a concessão desse *benefício* (direito). As exigências constantes dos arts. 129 e 130 da LEP não autorizam outra interpretação, embora respeitando o entendimento mais liberal e até torcendo para que prevaleça na jurisprudência brasileira essa orientação (*vide* justificativa em nosso *Tratado*, v. 1).

5.8 Falta grave pode revogar a remição de até um terço (1/3) da remição

A prática de *falta grave*, que antes revogava todo o tempo remido, a

partir da Lei n. 12.433/2011 poderá revogar, no máximo, até *um terço* da pena remida (art. 127, § 8º). Permite-se, assim, ao juiz uma avaliação pormenorizada em cada caso, e com certa margem de discricionariedade. Consequentemente, dependerá da gravidade da falta, podendo essa redução ser bem inferior a um terço, que é seu teto. A revogação incidirá sobre o total da pena remida, somando-se aquela remida pelo trabalho com a remida pelo estudo. Trata-se de *norma penal material posterior mais benéfica*, que, por conseguinte, *retroage* para alcançar as remições anteriores, inclusive, daqueles que já perderam o tempo remido. Nesse sentido, recentemente o STJ, no HC 200.046-RS, considerou que essa norma penal material – redução de até um terço da pena remida – deve *retroagir*, por ser mais benéfica, para alcançar as faltas graves praticadas antes do início de vigência da Lei n. 12.433/2011.

5.9 Prescrição da perda dos dias remidos

Por fim, como as penas são, regra geral, muito longas, temos sustentado que se faz necessário estabelecer *limite temporal* para essa *perda dos dias remidos*. Sugerimos que se adote, por *analogia*, a previsão constante do art. 64, I, do CP, qual seja, não se aplica a perda dos dias remidos se a *falta grave* for praticada há mais de cinco anos após conquistada a remição. Em outros termos, *remição conquistada há mais de cinco anos incorpora-se aos direitos públicos subjetivos do detento*, e não pode mais lhe ser subtraída, nem mesmo por eventual falta grave. Acreditamos que a revogação de remição conquistada nos últimos cinco anos, nos termos legais (isto é, até um terço), já representa uma severa punição, que observa, inclusive, o *princípio da proporcionalidade*.

Não se pode desconhecer a dificuldade de sobreviver no interior das prisões, e as deficiências do sistema prisional não podem ser atribuídas exclusivamente ao detento, como se tem feito ao longo de todos os tempos. Haveria uma espécie de preclusão, ou, se preferirem, de decadência do direito do Estado de aplicar a punição ao detento para suprimir-lhe um direito conquistado há mais de cinco anos. Parece-nos mais do que *razoável*, pois se a reincidência desaparece para o indivíduo que se encontra em liberdade, por que fazer uma punição retroagir para suprimir uma conquista do detento há mais de cinco anos? Seria irrazoável e desarrazoado entendimento em sentido contrário, *venia concessa*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que o cometimento de falta grave pelo preso durante o cumprimento da pena implica a perda dos dias remidos, sem que isso caracterize ofensa ao princípio da individualização da pena e ao direito adquirido. A remição da pena constitui mera expectativa de direito, exigindo-se ainda a observância da disciplina pelos internos. Precedentes" (STF, AI-AgR 513.810/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25-9-2007).

"A remissão, a teor do disposto no art. 126, § 2º, da LEP, pode ser concedida ao preso, mesmo que este não trabalhe, desde que impossibilitado de fazê-lo em razão de acidente. O acidente *in itinere*, aquele classificado como sendo o ocorrido no deslocamento para o local de trabalho, autoriza a concessão da remição" (STJ, REsp 783.247/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-9-2006).

"O estudo, assim como o trabalho, é atividade que possibilita a reinserção do condenado ao meio social. Sendo assim, o termo 'trabalho' constante do art. 126 da Lei de Execução Penal deve receber interpretação extensiva, admitindo-se a remição face ao tempo dispensado com a atividade estudantil. Precedentes" (STJ, HC 44.271/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20-6-2006).

"Jornada de trabalho aquém do mínimo previsto na LEP. Soma das horas trabalhadas para que cada vinte e quatro horas corresponda a um dia de pena a ser remido. Aplicação dos princípios da legalidade e da razoabilidade" (TJRS, Agravo em Execução 70012556114, Rel. Danúbio Edon Franco, j. 29-9-2005).

"A interpretação mais benéfica do art. 126 da LEP confere aos dias trabalhados pelo réu o caráter de pena efetivamente executada, devendo ser acrescidos, portanto, ao tempo de pena já cumprido pelo acusado. Precedentes. O tempo remido pelo paciente deve ser considerado como pena efetivamente cumprida, para fins de futuro cálculo para a obtenção de quaisquer benefícios da execução, em especial, *in casu*, do livramento condicional" (STJ, HC 42.130/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18-8-2005).

"Nos termos do art. 126 da Lei de Execuções Penais, aos condenados que cumprem pena em regime aberto não é possível o benefício da remição (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte)" (STJ, REsp 668.162/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 3-2-2005).

Legislação especial

Art. 40. A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.

— V. art. 24, I, da CF.

— V. arts. 38 e 39, 40 a 43, 44 a 60, 116, 118 e 119 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

DOUTRINA

Legislação complementar

A LEP (Lei n. 7.210/84), que pode ser complementada por leis estaduais, regula não só os direitos e o trabalho dos presos mas também todo o processo executório penal. A legislação estadual, contudo, não poderá dispor sobre Direito processual privativo da União.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Aos profissionais da advocacia é assegurada a prerrogativa de confinamento em Sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Prerrogativa, essa, que não se reduz à prisão especial de que trata o art. 295 do Código de Processo Penal. A prerrogativa de prisão em Sala de Estado-Maior tem o escopo de mais garantidamente preservar a incolumidade física daqueles que, diuturnamente, se expõem à ira e retaliações de pessoas eventualmente contrariadas com um labor advocatício em defesa de contrapartes processuais e da própria Ordem Jurídica" (STF, HC 91.089/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 4-9-2007).

"O indeferimento da transferência do preso para penitenciária do Estado em que reside sua família foi devidamente motivado, não podendo ser considerado abusivo ou ilegal. O paciente está preso no distrito de sua culpa, onde ainda responde a outros processos criminais. Assim, embora a assistência da família seja um direito fundamental do preso, não se pode concluir que o paciente foi alijado do contato com sua família por arbitrariedade do juízo de origem. Ao contrário, foi o próprio paciente quem deu causa a esse afastamento, com o cometimento dos crimes por que foi condenado. Não está excluída a possibilidade de, no futuro, cessados os motivos que ensejaram o indeferimento, o pleito de transferência vir a ser atendido" (STF, HC 89.597/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17-10-2006).

"Não cabe à autoridade estadual, de acordo com o art. 49 da Lei de Execução Penal, dispor sobre as faltas disciplinares de natureza grave, aplicando-se, nessa seara, as normas constantes da Lei de Execuções Penais. A definição de falta grave, por implicar a restrição de diversos benefícios na execução da pena, como a perda de dias remidos (art. 127 da LEP) e a regressão de regime de cumprimento de pena (art. 118, inciso I, da LEP), deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 50 do referido diploma legal" (STJ, HC 59.436/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15-8-2006).

"Os peremptórios termos do art. 127 da Lei de Execução Penal determinam a revogação integral dos dias remidos em função do cometimento de falta grave, até porque a remição da pena gera mera expectativa de direito, como já assentado na iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores, não havendo falar em limitação qualquer à perda do benefício legal" (STJ, AgRg no REsp 788.174/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 30-5-2006).

"A possibilidade de transferência de estabelecimento prisional está sujeita à apreciação, pelo Juiz competente, da conveniência do deslocamento do detento, no interesse da segurança da sociedade, não constituindo direito subjetivo do réu" (STJ, HC 48.567/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18-5-2006).

"Demonstrada a necessidade de cuidado fisioterápico e a impossibilidade de sua realização na Penitenciária em que o paciente se encontra custodiado, deve ser determinada a sua transferência à Casa de Detenção de Dutra Ladeira até que se

complete o tratamento médico necessário" (STJ, HC 47.239/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-12-2005).

"Não existe qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na determinação administrativa assinada pelo Diretor da Casa de Custódia de Londrina, que proibiu pelos presos o consumo de cigarro dentro das dependências daquela unidade" (STJ, RMS 16.701/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19-5-2005).

"A Lei n. 7.210/1984 garante ao paciente o direito à assistência de médico particular e à realização dos exames necessários, caso esteja impossibilitado de fazê-lo nas dependências do estabelecimento prisional" (STF, HC 85.431/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17-5-2005).

"A transferência do preso para estabelecimento prisional situado próximo ao local onde reside sua família não é norma absoluta, cabendo ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da medida, mormente quando houver risco de cumprimento inadequado de pena no local pretendido pelo condenado" (STJ, HC 18.599/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 8-10-2002).

"Tem direito à prisão especial, nos termos do § 1º do art. 40 da Lei n. 4.878/65, o preso funcionário da Polícia Civil, enquanto não perder tal condição e enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória" (STJ, HC 14.223/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10-4-2001).

Superveniência de doença mental

Art. 41. O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

— V. art. 26 do CP.
— V. art. 154 do CPP.
— V. arts. 99 a 101 e 183 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

D O U T R I N A

1 Contagem de tempo

O tempo de internação será computado no tempo de prisão (art. 42). Essa internação, em regra, não se confunde com medida de segurança. Somente se se tratar de enfermidade mental duradoura deverá ocorrer a substituição de uma por outra. Havendo substituição da pena por medida de segurança, as normas de cumprimento passarão a ser as da medida de segurança e não mais as da pena (art. 183 da LEP).

2 Duração dessa medida de segurança

Nessa hipótese, a medida de segurança não poderá ter duração superior ao correspondente à pena substituída. Esse é o marco em que a liberdade do condenado pode sofrer a intervenção do Estado, já devidamente delimitada pelo princípio da culpabilidade. Se persistir a enfermidade mental, deverá ser colocado à disposição do juízo cível competente.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Superveniência de doença mental. Medida de segurança substitutiva de pena privativa de liberdade. Réu que permanece internado. Tempo de cumprimento da pena corporal excedido. Flagrante constrangimento ilegal" (STJ, HC 88.849/SP, Rel. Jane Silva, j. 28-11-2007).

"O entendimento desta Corte é no sentido de que a superveniência de doença mental no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade enseja sua substituição por medida de segurança, limitada, contudo, ao tempo que faltar para o término da sanção imposta na condenação" (STJ, HC 44.972/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 9-2-2006).

"A duração da medida de segurança substitutiva imposta em razão da superveniência de doença mental não pode ultrapassar o tempo determinado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sob pena de ofensa à coisa julgada. Cumprida a pena estabelecida na sentença penal, evidente o constrangimento ilegal na manutenção da medida de segurança" (STJ, HC 41.419/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 6-9-2005).

"A decisão quanto ao sobrestamento do feito, por motivo de superveniência de doença mental, não pode ser tomada pelo Conselho de Sentença. Trata-se de decisão de cunho estritamente processual, nada tendo que ver com a consideração sobre a inimputabilidade ou não do paciente à época da ação — que constitui o crime pelo qual está sendo processado" (STJ, HC 30.686/PE, Rel. Min. Paulo Medina, j. 25-6-2004).

"Quando a insanidade mental sobrevém à sentença condenatória, o apenado deve ser internado em manicômio (art. 682 do CPP), não sendo o caso de anulação do processo" (STF, HC 77.173/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17-11-1998).

Detração

Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

— V. art. 8º do CP.

— V. arts. 301 a 310, 311 a 316, 319, 320 e 408, § 1º, do CPP.

— V. Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

— V. art. 111 da Lei n. 7.210/84 (LEP).

DOUTRINA

1 Detração penal

Por meio da detração penal se permite descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação (art. 42). Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas.

2 Podem ser objeto de detração

a) *Prisão provisória*, no Brasil ou no estrangeiro: prisão provisória é a prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer durante a fase processual, antes de a condenação transitar em julgado. No direito vigente temos as seguintes hipóteses de prisão provisória: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. A prisão, em qualquer dessas hipóteses, deve ser descontada da pena aplicada; b) *prisão administrativa*: a prisão administrativa, que não se confunde com a prisão civil *stricto sensu*, não tem natureza penal, e pode decorrer de infração disciplinar ou hierárquica, especialmente na seara militar. A prisão na hipótese de *extradição*, em que o extraditando fica preso enquanto tramita o respectivo procedimento, pois, segundo o STF, essa prisão não tem natureza penal, consequentemente, pode ser interpretada como *prisão administrativa*. A nosso juízo, contudo, trata-se de *prisão inconstitucional*, não havendo fundamento constitucional para sua existência (art. 5º, LXI, da CF). A prisão civil em sentido estrito não foi contemplada com a possibilidade da detração penal; c) *internação em casas de saúde*: a lei fala em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Admitimos, contudo, que a internação em casa de saúde, com finalidade terapêutica, também deve ser contemplada com a detração penal. Não teria sentido suspender a execução da pena durante o período em que o condenado fosse obrigado, por motivos de saúde, a permanecer hospitalizado.

3 Detração e penas restritivas de direitos

Há entendimento respeitável de que, “por necessária e permitida

interpretação analógica", deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos, como limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade. Acreditamos que as interdições temporárias de direitos também devem ser contempladas com o mesmo tratamento que for dispensado às outras duas espécies de penas restritivas de direitos.

4 Detração e nexo processual

A interpretação mais liberal, da doutrina e da jurisprudência, tem admitido a detração por prisão ocorrida em outro processo, isto é, sem nexo processual, desde que por crime cometido anteriormente.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Com base na promessa de reciprocidade em que se apoia o presente pedido de extradição, a República Federal da Alemanha deverá assegurar a detração do tempo em que o Extraditando tenha permanecido preso no Brasil por força do pedido formulado" (STF, Ext. 1.090, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21-11-2007).

"É firme o entendimento desta Corte no sentido de que 'o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais' (HC 22.484/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, *DJ* de 2-6-2003). Precedentes" (STJ, HC 67.491/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4-10-2007).

"Na linha de precedentes desta Corte, é inviável aplicar-se a detração em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar. (Precedentes)" (STJ, REsp 848.531/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 26-6-2007).

"O período em que esteve custodiado réu posteriormente absolvido somente pode ser descontado da pena relativa a crime cometido em período anterior. Entendimento contrário significaria que o réu, antes mesmo de delinquir, já estaria beneficiado com a redução da pena em razão de prisão que se afigurou injusta em processo diverso. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, REsp 878.574/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-5-2007).

"É possível aplicar a detração penal em processos distintos desde que o delito pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado antes daquele em que foi decretada a sua segregação cautelar. Precedentes desta Corte" (STJ, REsp 687.428/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6-2-2007).

"Detração penal considerando-se o lapso em que o paciente esteve em liberdade provisória. Impossibilidade, por ausência de previsão legal. A regra inscrita no artigo 42 do CPB prevê o cômputo de período relativo ao cumprimento de pena ou de medida restritiva de liberdade" (STF, HC 81.886/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14-5-2002).

"A competência para apreciar pedido de detração, consoante entendimento pretoriano, é do Juízo das Execuções Criminais, não se viabilizando pleito manejado diretamente ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que preventivamente. O abatimento de pena pressupõe lógica e juridicamente o trânsito em julgado da decisão condenatória. Não se vislumbra restrição ao direito de locomoção na simples condição de comparecimento quinzenal a

Juízo, sem qualquer outra formalidade, que autorize sua inclusão no rol do art. 42 do Código Penal, mesmo se adotando posicionamento liberalizante. Precedentes" (STJ, HC 16.048/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22-11-2001).

"O tempo de prisão cautelar efetivamente cumprida em regime domiciliar deve ser computado na pena privativa de liberdade, para fins de detração (CP, art. 42)" (STJ, HC 11.225/CE, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 6-4-2000).

Seção II - Das penas restritIvas de direitos

Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I — prestação pecuniária;

II — perda de bens e valores;

III — (*Vetado.*)

IV — prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V — interdição temporária de direitos;

VI — limitação de fim de semana.

— Incisos I, II e IV com redação determinada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

— O inciso III previa o recolhimento domiciliar. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento da dificuldade de fiscalização.

— Os incisos V e VI representam os anteriores incisos II e III, que foram renumerados pela Lei n. 9.714/98.

— V. arts. 56 e 57 do CP.

— V. arts. 78, § 1º, e 81, III, do CP.

— V. arts. 48, 147 a 155 e 181 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

— V. art. 78 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

D O U T R I N A

1 Penas restritivas de direitos

A denominação penas "restritivas de direitos" não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma se refere especificamente à *restrição de direitos (interdição temporária de direitos)*. As outras — *prestação pecuniária* e *perda de bens e valores* — são de natureza pecuniária; *prestação de serviços à comunidade* e *limitação de fim de semana* referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado. Teria sido mais feliz a classificação geral das penas em:

privativas de liberdade (reclusão e detenção); *pecuniárias* (multa, prestações pecuniárias e perda de bens e valores); *restritivas de liberdade* (recolhimento domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade); *restritiva de direitos* (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições).

2 Classificação e espécies

As *penas restritivas de direitos* dividem-se em: a) *genéricas* — aquelas que podem ser aplicadas em quaisquer infrações penais que não exijam uma pena restritiva específica (multa, prestação pecuniária, perda de bens, prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana); b) *específicas* — aquelas aplicáveis somente em determinados crimes, mais precisamente naqueles praticados no *exercício de determinadas atividades*, com violação do dever a elas inerente, ou por crimes culposos no trânsito de veículos (*interdição temporária de direitos*, que se subdivide em: *proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo* e *proibição de frequentar determinados lugares*, esta última acrescentada pela Lei n. 9.714/98). Nesses crimes, a pena substitutiva, legal, obrigatória, será uma dessas, e não uma pena substitutiva genérica.

2.1 Modalidades e definições

a) *Prestação pecuniária*: segundo a definição legal, consiste no *pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos* (art. 45, § 1º);

b) *perda de bens e valores*: pertencentes ao condenado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, considerando-se (como teto) o *prejuízo causado* pela infração penal ou o *proveito obtido* pelo agente ou por terceiro (aquele que for mais elevado — art. 45, § 3º);

c) *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas:* consiste no "dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício

de pessoas necessitadas ou para fins comunitários" (arts. 43, IV, e 46);

d) *interdição temporária de direitos* (arts. 43, V, e 47): subdivide-se em: *proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo* e *proibição de frequentar determinados lugares* (esta última acrescentada pela Lei n. 9.714/98);

e) *limitação de fim de semana* (arts. 43, VI, e 48): consiste na obrigação de o condenado permanecer aos sábados e domingos, por determinado período, em casa de albergado ou em *estabelecimento adequado*;

f) multa (art. 44, § 2º): é a pena pecuniária tradicional, mas, aqui, com caráter substitutivo;

g) *prestação de outra natureza (inominada)* (art. 45, § 2º): a chamada "prestação pecuniária" pode — se houver concordância do *beneficiário* — ser substituída por "prestação de outra natureza" (art. 45, § 2º).

3 Fase processual da substituição

a) *Na sentença condenatória* — ao fixar a pena definitiva, o juiz, verificando a quantidade de pena (não superior a quatro anos) ou a natureza do crime (culposo), constatando a presença dos requisitos legais, deve fazer a *substituição* por uma pena restritiva (art. 59, IV); b) *durante a execução* — condenado que não obtiver a substituição na condenação poderá ter uma nova oportunidade durante a execução, mediante "conversão" (art. 180 da LEP).

4 Caráter substitutivo

As penas restritivas de direitos são sempre *substitutivas* da pena privativa de liberdade. Essas penas não podem ser suspensas ou substituídas. Elas é que substituem a pena de prisão. Primeiro o magistrado fixa a pena de prisão, que seria definitiva, e, depois, se for o caso, faz a substituição pela *pena restritiva* cabível. Já no *Juizado Especial*, ao contrário da previsão do Código Penal, as penas restritivas de direitos e a multa têm *caráter alternativo* à prisão. É apenas uma questão sistemática, quase semântica.

4.1 “Penas alternativas” ou restritivas de direitos

Curiosidade: as “penas alternativas”, na verdade, são *substitutivas* e não *alternativas*, isto é, não podem ser aplicadas diretamente, mas somente em *substituição* à pena privativa de liberdade. Igualmente, embora sejam conhecidas como “penas alternativas”, receberam, equivocadamente, o *nomen iuris* de “penas restritivas de direitos”. Coisas da “sabedoria” do legislador brasileiro.

4.2 Exceção à insubstituibilidade dessas penas

A pena de *prestação pecuniária* pode, excepcionalmente, ser substituída por “prestação de outra natureza”, desde que presentes certas circunstâncias (art. 45, § 2º). Seria, em outros termos, a “substituição da substituição”.

5 Penas alternativas na reforma penal de 1984

Eram adotadas as seguintes *alternativas*, com a mesma equivocada denominação de “penas restritivas de direitos”:

1ª) multa substitutiva (arts. 44, parágrafo único, e 60, § 2º);
2ª) prestação de serviços à comunidade (arts. 43, I, e 46);
3ª) limitação de fim de semana (arts. 43, III, e 48);
4ª) interdições temporárias de direitos (arts. 43, II, e 47).

6 Retroatividade das novas penas

A nova legislação elevou a possibilidade de *substituição* de *penas inferiores a um ano* para *até quatro*, inclusive. Logo, é mais benéfica, *retroagindo*, portanto, em todas as hipóteses anteriores à Lei n. 9.714, que não concedeu a *substituição* em razão da *quantidade* da pena privativa e liberdade aplicada.

6.1 Retroatividade e requisitos da substituição

Não se pode ignorar que o *novo limite de quatro anos é somente um dos requisitos* para a *substituição*, exigindo-se outros, como: modalidade de execução (com violência à pessoa ou grave ameaça), *reincidência em crime doloso* (em tese) e *prognose da suficiência da substituição*.

6.2 Limites da retroatividade

Como se trata de *lei penal material mais benéfica*, atinge a própria *coisa julgada*. O juiz das execuções criminais será o competente para rever essas questões.

6.3 Retroatividade e processos nos tribunais

Não pode ser suprimido um grau de jurisdição. Ademais, decisão contrária pode tornar-se irrecorrível, pelo afunilamento dos recursos excepcionais.

6.4 Retroatividade e ausência dos requisitos

Se o primeiro grau referiu-se a ausência dos requisitos para a substituição, não há que se falar em supressão de grau de jurisdição, a menos que tais requisitos ausentes sejam a quantidade de pena, hoje presente, ou a reincidência não dolosa.

6.5 Reincidência dolosa e processo em grau recursal

Como regra a reincidência dolosa é fator impeditivo da substituição. Só excepcionalmente a reincidência dolosa pode ser considerada para permitir a substituição: "quando, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável". Por *economia processual*, nesta hipótese, inclino-me em admitir que o próprio *órgão recursal* pode avaliar a s*ubstituibilidade* ou não da condenação.

6.6 Retroatividade e reincidência específica

A reincidência específica (reeditada), por si só, impede a aplicação dos benefícios da nova lei.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não prevista no art. 43 do Código Penal constitui violação ao Princípio da Reserva Legal" (TJMG, Apelação 1.0024.02.792043-8/001(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 13-12-2005).

"A imposição da pena restritiva de direito, como induvidosa expressão da individualização da resposta penal, reclama devida fundamentação, sendo defeso ao magistrado escolher a limitação de fim de semana em detrimento de espécie menos grave prevista no rol do art. 43 do Código Penal, sem declinar, ainda que sucintamente, os motivos ensejadores de sua indicação" (STJ, HC 25.838/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 3-2-2005).

"A sentença condenatória à pena restritiva de direito não comporta execução provisória

(Constituição da República, art. 5º, inciso LVII, e Lei de Execução Penal, art. 147)" (STJ, HC 28.290/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10-8-2004).

"O princípio do livre convencimento exige fundamentação concreta, vinculada, do ato decisório. A escolha das penas restritivas de direito dentre as previstas no art. 43 do CP, sem apontar qualquer fundamento, não preenche as exigências constitucionais e infraconstitucionais (art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna e arts. 157, 381 e 387 do CPP). Não se pode confundir livre convencimento com convicção íntima (Precedentes)" (STJ, HC 29.357/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-3-2004).

"A Lei n. 9.714/98, que deu nova redação aos arts. 43 a 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna, tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto Penal, e do art. 5º, XL, da Constituição" (STJ, REsp 475.248/MG, Rel. Min. Vicente Leal, j. 20-2-2003).

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 4 (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;

II — o réu não for reincidente em crime doloso;

III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (*Vetado.*)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de

direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

— Veto do § 1º: este parágrafo do projeto original (n. 2.684/96) previa três espécies de penas alternativas: *advertência*, *frequência a curso* e *submissão a tratamento*. Embora se afirme que o Presidente da República desejasse vetar somente a advertência, as outras duas também foram vetadas porque constavam do mesmo parágrafo. O texto vetado tinha a seguinte redação: "*Quando a condenação for inferior a 6 (seis) meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privativa de liberdade por advertência — que consistirá em admoestação verbal ao condenado — ou por compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo da pena aplicada*".

— Parágrafo revogado: o conteúdo do inciso I deste artigo acabou revogando o anterior parágrafo único, que tinha a seguinte redação: "*Parágrafo único. Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a 1 (um) ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente*".

— O *caput* permanece com a redação determinada pela Lei n. 7.209/84.

— Incisos I e II com redação determinada pela Lei n. 9.714/98.

— O inciso III permanece com redação determinada pela Lei n. 7.209/84.

— O § 1º foi vetado pelo Sr. Presidente da República.

— Os §§ 2º a 5º foram acrescentados pela Lei n. 9.714/98.

— V. arts. 58, parágrafo único, 59, IV, 60, § 2º, 69, §§ 1º e 2º, e 77, III, do CP.

D O U T R I N A

1 Requisitos necessários à substituição

A aplicação de pena *restritiva de direitos* está condicionada a determinados requisitos, objetivos e subjetivos, que devem ser simultâneos:

1º) Quantidade de pena aplicada — pena não superior a quatro anos — reclusão ou detenção —, independentemente da natureza do crime — doloso ou culposo —, pode ser substituída por pena restritiva de direitos. Não se faz distinção entre crime doloso e crime culposo para penas de até quatro anos: qualquer dos dois poderá ser objeto de substituição.

2º) Natureza do crime cometido — no entanto, é fundamental a análise da natureza do crime — se doloso ou culposo —, na medida em que, para o crime culposo, não há limite da pena aplicada.

3º) Modalidade de execução: que o crime não tenha sido praticado "com violência ou grave ameaça à pessoa". A ampliação do cabimento das

penas alternativas para pena não superior a quatro anos recomendou que se ampliasse o elenco de requisitos necessários. Considera-se, aqui, não só o *desvalor do resultado*, mas, fundamentalmente, o *desvalor da ação*, que, nos crimes violentos, é, sem dúvida, muito maior, e, consequentemente, seu autor não deve merecer o benefício da substituição.

4º) Réu não reincidente em crime doloso — as penas restritivas de direitos são, em tese, inaplicáveis em casos de *reincidência* (art. 44, II, do CP). Aqui, na redação determinada pela Lei n. 7.209/84, diferentemente da *suspensão condicional*, não se fazia qualquer distinção entre *reincidente em crime doloso* e *reincidente em crime culposo*. Agora, com a nova redação, somente a *reincidência em crime doloso* pode, em princípio, impedir a substituição em análise. Dessa forma, aumenta-se a liberalidade: basta que um dos crimes (a condenação anterior ou a atual) seja culposo e não haverá reincidência dolosa. A própria *reincidência em crime doloso*, agora, não é fator de impedimento absoluto, pois, "em face de condenação anterior", a medida (substituição) poderá ser "socialmente recomendável". Muito se terá de dizer sobre este tópico. Somente a *reincidência específica* (art. 44, § 3º, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a aplicação de pena restritiva de direitos.

5º) Prognose de suficiência da substituição — os critérios para a avaliação da *suficiência* da substituição são representados pela *culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato*, todos previstos no art. 44, III, do Código Penal. Dos elementos do art. 59, somente "as consequências do crime" e o "comportamento da vítima" foram desconsiderados para a formação do *juízo de suficiência*. Considerando a grande elevação das hipóteses de substituição, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa desse requisito. Será por meio dele que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar.

1.1 Prudência na análise desses requisitos

Aqui, como na *suspensão condicional*, o risco a assumir na *substituição* deve ser *prudencial*, e, diante de sérias dúvidas sobre a *suficiência da substituição*, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados.

1.2 Substituição nos crimes culposos

Tratando-se de crimes culposos, não há limite para a substituição. Ressalva-se apenas que, agora, tanto nos crimes culposos como nos crimes dolosos, penas privativas de liberdade superiores a um ano, a substituição será por uma pena restritiva de direitos, a cabível na espécie, e multa, ou, então, por duas penas restritivas de direitos, desde que possam ser executadas simultaneamente (art. 44, § 2º).

1.3 Substituição e aplicação cumulativa

A possibilidade de *substituir* por uma pena restritiva de direitos e multa pena superior a um ano não impede que seja possível a *aplicação cumulativa* de pena restritiva de direitos e multa em crimes dolosos ou mesmo culposos, com penas de até um ano. Será possível a *aplicação cumulativa* em delitos que cominem pena privativa de liberdade cumulada com a de multa, como ocorre, por exemplo, com os delitos de *usurpação* (arts. 161 e 162 do CP). Substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva e mantém-se a pena de multa. Caso contrário, quando a lei prevê cumulativamente pena privativa de liberdade e multa, o juiz ficaria sempre impossibilitado de fazer a substituição da pena de prisão, porque também não pode deixar de aplicar a pena de multa prevista cumulativamente. O que a lei não permite efetivamente é a *substituição cumulativa* — que não se confunde com *aplicação cumulativa* — das duas penas referidas para crimes com penas não superiores a um ano. A verdade é que a *substituição cumulativa* permitida restringe-se somente às condenações superiores a um ano.

1.4 Substituição nas penas de até um ano de prisão

Pena aplicada não superior a um ano de prisão poderá ser substituída por pena de multa (art. 44, § 2º, primeira parte, do CP). Essa previsão não impede, contudo, a possibilidade, abstratamente considerada, de efetuar-se a substituição por pena restritiva de direitos, isto é, *a possibilidade de substituir por multa* não exclui *ipso facto* a possibilidade de substituir-se por pena restritiva de direitos. As circunstâncias gerais é que determinarão qual das duas substituições, no caso concreto, será a mais recomendável.

1.5 Substituição nas penas de até seis meses de prisão

Pelo texto legal revogado, era o limite máximo permitido para aplicar a *multa substitutiva*, que agora se estendeu para pena de até um ano de prisão. Até esse limite de pena, agora, não poderá ser substituída por *prestação de serviços à comunidade*. Essa pena somente é aplicável a penas superiores a seis meses (art. 46, *caput*).

2 Obrigatoriedade da substituição

Não se trata de mera *faculdade* do aplicador da lei. Satisfeitos os requisitos legais, a substituição é obrigatória, constituindo um *direito público subjetivo* do condenado.

3 Reincidência dolosa (inciso II e § 3º)

Agora, com a nova redação, somente a *reincidência em crime doloso* pode, em princípio, impedir a *substituição* em análise. Dessa forma, aumenta-se a liberalidade: basta que um dos crimes (a condenação anterior ou a atual) seja culposo e não haverá reincidência dolosa.

3.1 Relatividade dos efeitos da reincidência

E mesmo a reincidência dolosa poderá não constituir obstáculo definitivo à substituição, "desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável". Somente a *reincidência específica* (art. 44, § 3º, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a aplicação de pena restritiva de direitos.

3.2 Substituição "socialmente recomendável"

Essa expressão "socialmente recomendável" pode ser interpretada como "prognose favorável de necessidade e suficiência da substituição". O grande equívoco está em determinar que se leve em consideração a "condenação anterior", que já foi *objeto de valoração* e não está mais em julgamento, incorrendo-se em *bis in idem*. Sugerimos que o juízo de tratar-se ou não de *medida socialmente recomendável* incida sobre *o fato em julgamento*, ainda que se possa cotejar com a condenação anterior.

4 Conversão das penas restritivas de direitos

Em determinadas circunstâncias, as *penas restritivas de direitos* podem

ser “convertidas” em *pena privativa de liberdade*, observada a *detração* (art. 44, §§ 4º e 5º, do CP e art. 181 e parágrafos da LEP).

4.1 Coercibilidade da conversão

Ao adotar as penas restritivas de direitos como *substitutivas* da pena de prisão, era indispensável dotá-las de *coercibilidade*. E, para isso, nada melhor do que a previsão da possibilidade de *convertê-las* em pena privativa de liberdade. A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas substitutivas.

4.2 Limite temporal da conversão

A conversão deixou de ser pela pena *efetivamente* aplicada, independentemente do tempo de cumprimento da sanção restritiva. Atendendo o clamor de doutrina e jurisprudência, adotou-se o *princípio da detração*, deduzindo-se o tempo de pena restritiva efetivamente cumprido.

4.3 Conversão e detração penal

Pela legislação revogada, fazia-se a “conversão” *pelo tempo de pena aplicada*, sem descontar o período cumprido de pena restritiva (antigo art. 45). Para afastar essa brutal injustiça, a nova lei adotou, com acerto, o *princípio da detração penal*, determinando a dedução do tempo cumprido de pena restritiva de direitos.

4.4 Ressalva: “quantum” mínimo de conversão

A afirmação de dever ser “respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”, segundo alguns entendimentos, refere-se ao mínimo de dias de penas alternativas cumprido para permitir a dedução da pena de prisão a converter. Ou seja, cumprimento inferior a 30 dias não poderia ser aplicado à “detração”. Pensamos o contrário: a ressalva do “saldo mínimo de trinta dias” refere-se ao *período mínimo de conversão possível*, para desestimular o *descumprimento injustificado* nos últimos dias da substituição. *Saldo é o que falta para cumprir*, e nunca o tempo de pena restritiva já cumprido. Por exemplo, indivíduo condenado a seis meses de prisão tem sua pena convertida em prestação de serviços à comunidade. Nos últimos dias, começa a descumprir todas as restrições impostas. Ora, para se manter a coercibilidade do cumprimento das restrições impostas,

essa conversão deverá ser, no mínimo, de trinta dias. Parece justo. Antes, pela lei revogada, a *conversão* era pelo total da pena aplicada, sem detração. Houve, com efeito, inegável avanço.

4.5 Conversão: exclusão das penas pecuniárias

As penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, em razão de sua natureza pecuniária, a exemplo da pena de multa, não podem ser convertidas em pena de prisão pela falta de pagamento. Afora *a proibição de "conversão em prisão" da pena pecuniária (só existia a pena de multa)*, consagrada pela Lei n. 9.268/96, os seguintes aspectos do texto legal caracterizam essa exclusão: 1º) *descumprimento injustificado da "restrição imposta"*. Ora, nas *penas pecuniárias* (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores) não há "restrição a cumprir"; 2º) *dedução do "tempo cumprido" da pena restritiva de direitos*. Ora, nas penas pecuniárias não há "tempo a cumprir".

4.6 Prisão simples: impossibilidade de conversão

Prisão simples substituída por pena restritiva de direitos não pode ser *convertida* em pena de prisão. O texto é expresso ao referir-se a detencão ou reclusão (art. 45, § 4º, *in fine*). E a *interpretação extensiva* contra o infrator é inadmissível em Direito Penal.

5 Causas "gerais" de conversão

1ª) Descumprimento "injustificado" da restrição imposta — somente o descumprimento *injustificado* da restrição imposta leva à necessidade de *conversão obrigatória* (art. 44, § 4º). Por isso, o condenado deve, nesses casos, sempre ser "ouvido" pelo juiz, pois poderá *justificar* o descumprimento da condição.

2ª) Nova condenação por outro crime — nova condenação, por outro crime, passa a ser *causa de relativa obrigatoriedade de conversão* em pena de prisão, pelo restante da pena a cumprir (art. 44, § 5º). É indiferente que a *nova condenação* se refira a *crime anterior* à primeira condenação ou a *crime praticado durante o cumprimento da pena restritiva*.

Enfim, na hipótese de nova condenação, por outro crime, poderá haver duas alternativas: uma *obrigatória* e outra *facultativa*:

a) *a conversão será obrigatória* — se houver incompatibilidade no

cumprimento das duas condenações — a anterior e a nova —, isto é, se não for possível o cumprimento simultâneo das duas condenações;

b) *a conversão será facultativa* — se for possível o cumprimento simultâneo da pena em cumprimento e da nova condenação, não será necessária a conversão.

5.1 Nova condenação com pena substituída ou suspensa

A nova redação não faz referência ao fato de a nova condenação ter sido *suspensa* ou *substituída*, como ocorria na redação anterior. No entanto, são duas circunstâncias (*suspensão* ou *substituição* da nova condenação) que, se existirem, *autorizam* a manutenção da pena substitutiva anterior. Enfim, para a *conversão* ter lugar é preciso que a nova pena aplicada não tenha sido *substituída* ou *suspensa* e não seja possível o *cumprimento simultâneo* das duas condenações (art. 44, § 5º, do CP).

5.2 Causas "especiais" de conversão

A Lei de Execução Penal, em seu art. 181, §§ 1º a 3º, prevê outras causas de conversão, específicas, para cada modalidade de pena restritiva. São elas:

1) Para prestação de serviços à comunidade: a) quando o condenado não for localizado por encontrar-se em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave.

2) Para limitação de fim de semana: a) não comparecimento ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena; b) recusa em exercer a atividade determinada pelo juiz; c) como na hipótese de prestação de serviços à comunidade, se o apenado não for encontrado ou não atender intimação por edital, se praticar falta grave ou sofrer condenação por crime à pena privativa de liberdade que não seja substituída ou suspensa.

3) Para interdição temporária de direitos: a) se o apenado exercer, injustificadamente, o direito interditado; b) como nas demais modalidades de penas restritivas, a não localização do apenado por encontrar-se em lugar incerto e não sabido ou o não atendimento da intimação por edital; c) se praticar falta grave ou sofrer condenação por crime à pena privativa de liberdade que não seja suspensa ou substituída, também causará a

conversão.

6 Outras questões apresentadas pela Lei n. 9.714/98

6.1 Os crimes hediondos e a Lei n. 9.714/98

Aquelas infrações definidas como crimes hediondos ou assemelhados, que satisfizerem os requisitos exigidos pelo art. 44 do CP, admitem a aplicação de penas restritivas de direitos. Na verdade, a substituição de penas somente estará vedada quando a pena privativa de liberdade aplicada for superior a quatro anos ou o crime for daqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

6.2 Crimes hediondos e violência ficta

A *violência real* (física ou moral), por si só, impede a substituição por penas alternativas. A *violência ficta*, por sua vez, nos crimes hediondos, não autoriza tratamento diverso. O *desvalor da ação*, nesses casos, é "juridicamente" superior, tanto que a *violência* é presumida. Na verdade, nesses crimes, o fato impeditivo da substituição não é a natureza da violência — real ou ficta —, mas a natureza da própria infração. Ademais, o desvalor do resultado é o mesmo do crime praticado com violência real.

6.3 Multa substitutiva e outras penas pecuniárias

Condenação superior a um ano pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e *multa* ou por duas restritivas de direitos. Teria sido mais feliz a previsão se autorizasse a *substituição*, nesses casos, por uma *pena restritiva de direitos* e uma *pena pecuniária*. Tal como está, pelo *princípio da legalidade*, é inadmissível essa substituição por uma restritiva de direitos, *stricto sensu*, e outra *pena pecuniária* (*prestações pecuniárias* ou *perda de bens e valores*).

6.4 Equívoca previsão da aplicação das penas pecuniárias

O texto legal não prevê nem as hipóteses em que podem ser aplicadas as penas de *prestação pecuniária* e de *perda de bens e valores*, tampouco as suas formas de execução. Afora o vexame de considerar duas penas pecuniárias como "restritivas de direitos".

6.5 Penas pecuniárias travestidas de restritivas de direitos

Mantendo o entendimento do tópico anterior, como *prestações pecuniárias* e *perda de bens e valores* são definidas como "restritivas de direitos", nada impede que uma ou outra seja aplicada *cumulativamente* com pena de *multa*, nas penas superiores a um ano de prisão (art. 44, § 2º, 2ª parte).

6.6 Aplicação da Lei n. 9.714 nos crimes de tóxicos

Nada impede que a pena privativa de liberdade aplicada em decorrência de condenação pelo art. 16 da Lei de Tóxicos seja substituída por pena restritiva de direitos. O disposto no art. 12 do CP autoriza essa interpretação.

6.7 "Conflito" das Leis n. 9.714/98 e 9.099/95

6.7.1 Lesão corporal leve dolosa

Pela nova lei, não será admitida a substituição por pena restritiva de direitos, pois se trata de *crime cometido com violência à pessoa* (art. 44, I). Na verdade, esse crime não está afeto à Parte Geral do Código Penal, pois se trata de *infração penal de menor potencial ofensivo* (art. 61 da Lei n. 9.099/95), aplicando-se-lhe a *política criminal consensual* da referida lei. Enfim, permanece inalterado seu tratamento político-criminal.

6.7.2 Crimes de ameaça (art. 147) e constrangimento ilegal (art. 146)

Nesses dois crimes, as circunstâncias são semelhantes, pois são praticados com *grave ameaça à pessoa*. Não se lhes aplicariam as novas "penas alternativas", pois o novo texto legal exclui da substituição os crimes praticados *com violência moral* (grave ameaça). No entanto, a exemplo da lesão corporal leve, são da competência dos *Juizados Especiais Criminais*, cuja filosofia político-criminal permanece inalterada. Essa é, a nosso juízo, a interpretação mais razoável.

6.8 Incoerência da política criminal brasileira

A despeito da grande expectativa pelas necessárias e esperadas "penas alternativas", vemos com grande ceticismo o futuro de tais sanções, pela

falta de vontade política em dotar de infraestrutura necessária para permitir a sua adequada operacionalização.

6.9 “Gancho” para novas exasperações de penas

Ademais, a ampliação da possibilidade de substituição de pena de até quatro anos servirá de “desculpa” para voltarem a *exasperar as penas* de muitas infrações penais, com a finalidade de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos. Gostaríamos de estar equivocado, mas quem viver verá!

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Às penas restritivas de direitos aplicam-se os mesmos prazos das penas privativas de liberdade, para fins de prescrição” (STJ, HC 82.544/RS, Rel. Jane Silva, j. 27-9-2007).

“O exercício da prostituição não pode ser alegado como motivo para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, máxime quando a ré é primária. Legalidade da atividade, hoje devidamente disciplinada pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho” (TRF-5ª Região, Apelação 2006.83.00.006159-3, Rel. Margarida Cantarelli, j. 4-9-2007).

“Para que o réu seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal, o que não ocorreu no caso (Precedentes)” (STJ, HC 77.836/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-8-2007).

“Opera-se a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando ocorre o descumprimento injustificado da restrição imposta” (STJ, HC 64.658/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 5-6-2007).

“O equívoco da argumentação do recorrente está em confundir a pena de multa, prevista abstratamente no tipo penal, com a prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade (art. 44, § 2º, do Código Penal). Todavia, tais reprimendas possuem natureza totalmente diversas, não havendo qualquer impedimento legal para sua cumulação” (STF, RHC 90.114/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 5-6-2007).

“A Lei n. 9.174/1998, que trata das penas restritivas de direitos, limitou-se a alterar o Código Penal nessa matéria. Tal alteração não alcança os crimes militares, objeto de lei especial distinta no ponto — o Código Penal Militar. O fato de o paciente encontrar-se na reserva não o subtrai ao campo de incidência do Código Penal Militar, cujas normas sua conduta violou” (STF, HC 86.079/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 26-9-2006).

“Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto; não é reincidente em crime doloso; o crime não foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada pelo juiz no mínimo legal. Dessa forma, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve ser reconhecida a possibilidade de substituição da pena” (STJ, HC 42.483/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 3-8-2006).

“Fixada a pena em mais de quatro anos, não cabe a aplicação do art. 44 do Código Penal”

(STJ, HC 50.388/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 2-5-2006).

“Não obstante o § 3º do art. 44 do Código Penal admita a concessão da substituição ao réu reincidente, quando não se trate de reincidência específica, ou seja, condenação pela prática do mesmo delito, devem estar presentes os demais requisitos previstos nos incisos I e III do referido dispositivo legal, exigindo, ainda, que a medida seja socialmente recomendável, o que não se verifica na espécie” (STJ, REsp 689.178/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4-4-2006).

“Tendo sido a pena imposta abaixo do limite de 4 anos de reclusão e não sendo o caso de delito praticado com violência ou grave ameaça, é direito subjetivo do réu ver a possibilidade da substituição de sua pena apreciada pelo Juízo que o condenou. Precedentes” (STJ, RHC 16.620/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22-2-2005).

“A reincidência genérica em crime doloso não impede a imposição de pena restritiva de direito, quando, em face da condenação anterior, a resposta penal substitutiva se mostrar socialmente recomendável (Código Penal, art. 44, § 3º)” (STJ, RHC 15.948/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-12-2004).

“Ao reduzir para 3 anos de reclusão a pena imposta ao paciente, deve o Tribunal pronunciar-se, até mesmo de ofício, acerca da possibilidade de substituição da pena” (STJ, HC 22.947/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 10-2-2004).

“Havendo concurso de crimes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é possível quando o total das reprimendas não ultrapasse o limite de quatro anos, disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal” (STJ, HC 21.681/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-6-2003).

“A pena restritiva de direitos, consistente em aplicação de prestação pecuniária substitutiva da privativa de liberdade, pode ser cumulativa à incidência de multa por se tratar de institutos de natureza jurídica diversa” (STJ, EDcl no AgRg no Ag 356.220/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 21-11-2002).

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados

dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º (Vetado.)

— O Presidente da República, quando da edição da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, vetou o dispositivo que previa o recolhimento domiciliar como pena alternativa (art. 43, III, do CP). Em consequência, vetou também o § 4º do art. 45, que disciplinava a medida. Texto vetado: *"O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença".*

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

— Os §§ 1º, 2º e 3º foram acrescentados pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

— V. art. 181, § 1º, *b* e *c*, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Nova redação

Caput e parágrafos com redação determinada pela Lei n. 9.714/98.

2 "Nomen iuris" equivocado

Erro crasso resultante de cópia malfeita do texto anterior. O *nomen iuris* não tem nenhuma relação com a nova redação do dispositivo. Com um pouquinho de atenção se perceberia que a disciplina da "conversão" está prevista no § 4º do art. 44 e não mais neste artigo.

3 Definições legais

3.1 Prestação pecuniária

Segundo a definição legal, consiste no *pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos* (art. 45, § 1º).

3.1.1 Duvidosa constitucionalidade

A fixação dessa sanção penal em *salários mínimos* é, pelo menos, de

duvidosa constitucionalidade. Teria sido mais feliz e manteria a harmonia do Código Penal, relativamente à sanção pecuniária, se tivesse sido utilizado o critério exitoso do sistema dias-multa.

3.1.2 Definição falaciosa da prestação pecuniária

A *finalidade* desta sanção, segundo a dicção do § 1º, é *reparar o dano* causado pela infração penal. Tanto é verdade que "o valor pago" deverá ser "deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários" (art. 45, § 1º). Teria sido mais adequado e mais autêntico defini-la como "multa reparatória", que é sua verdadeira natureza.

3.1.3 Destinatários da "prestação pecuniária"

Preferencialmente, o montante da condenação, nesta sanção, destina-se *à vítima* ou *a seus dependentes*. Somente em duas hipóteses essa condenação terá outro destinatário: se não houver dano a reparar ou não houver vítima imediata. Nesses casos, o montante da condenação destinar-se-á a "entidade pública ou privada com destinação social".

3.1.4 Exclusão dos sucessores

Ao destinar especificamente "à vítima ou dependentes", excluem-se, peremptoriamente, os *sucessores*, suprimindo a *relação sucessória*. Assim, os *sucessores* somente serão *destinatários* enquanto forem "dependentes", e o *direito* decorrerá não da *relação de sucessão*, mas da *relação de dependência*.

3.1.5 Limites da prestação pecuniária

Afora o grande equívoco no parâmetro escolhido (salário mínimo), destaca-se o *erro* em limitá-la em um *salário mínimo*, considerando sua *natureza reparatória*. Não raro o *dano causado* pela infração penal poderá ser inferior a esse limite, especialmente nas *infrações de menor potencial ofensivo*. Mais adequado é o *sistema dias-multa*, que permite a aplicação mínima de um terço do salário mínimo (art. 49 e § 1º do CP). Ademais, os mais pobres terão grande dificuldade para suportar esse novo limite.

3.1.6 Limitação da "compensação": condenação em ação

reparatória

Pelo texto legal, que exige condenação, eventual *composição* ou *conciliação cível* não pode ser *compensada* pela sanção de *prestação pecuniária*, ainda que procedida em *ação reparatória cível* e com coincidência de destinatários. Não se pode negar que se trata de uma limitação equivocada, que recomenda *interpretação extensiva*.

3.1.7 Extensão da "compensação" às conciliações cíveis

A despeito do texto legal, acreditamos ser possível *estender* a dedução prevista na segunda parte do § 1º em exame às conciliações, devidamente homologadas, em ações de reparação civil.

3.1.8 A prestação pecuniária e a Lei n. 9.099/95

Coerente com o afirmado no tópico anterior, admitimos a possibilidade de *compensar* o montante da pena de *prestação pecuniária* — decorrente de *transação penal* (arts. 76 ou 79) ou de *condenação* na audiência de instrução e julgamento (art. 81) — com eventual *composição cível* (art. 74). Mas isso só poderá ocorrer em *ação* penal *pública incondicionada*, na medida em que a composição cível *extingue a punibilidade* nas ações de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, não havendo, consequentemente, sanção penal de qualquer natureza.

3.2 Prestação de outra natureza (inominada) (art. 45, § 2º)

A chamada "prestação pecuniária" pode — se houver concordância do *beneficiário* — ser substituída por "prestação de outra natureza" (art. 45, § 2º).

3.2.1 Prestação de outra natureza: exclusão das penas pecuniárias

Se a *prestação pecuniária* pode ser substituída por "prestação de outra natureza", à evidência, essa *nova prestação* não pode ser de "natureza pecuniária", eliminando-se, *prima facie*, as penas de *multa* e *perda de bens e valores*.

3.2.2 Pena inominada: constitucionalidade duvidosa

Pena inominada é pena *indeterminada* e viola o *princípio da reserva legal* (art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP). Esse princípio exige que

preceito e *sanção* sejam claros, precisos, certos e determinados. Em termos de sanções criminais é inadmissível, pelo *princípio de legalidade*, expressões vagas, equívocas ou ambíguas. O CP, neste parágrafo, segundo Damásio de Jesus, "comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto" (Damásio E. de Jesus, em seu *Penas alternativas*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2000). Essa pena seria, na realidade, a substituta da substituta da pena de prisão!

3.2.3 Natureza consensual dessa "conversão"

A "substituição da natureza" da prestação depende da aceitação do "beneficiário", isto é, referida "operação" tem "caráter consensual". Em outros termos, essa "troca" da "natureza" *da prestação* dependerá do *consentimento do beneficiário*; consequentemente, este precisa ser previamente ouvido.

3.2.4 Quem é o "beneficiário" (art. 45, § 2º)

Não pode ser o autor da infração penal ou condenado. Caso contrário, abrir-se-ia grande espaço para a *vindita privada*. Destinando-se à *vítima* ou a seus *dependentes*, frequentemente, aquele, o condenado, preferiria "cumprir" *prestação de outra natureza*, com inegáveis prejuízos aos seus *destinatários*. Logo, o vocábulo "beneficiário" não pode estar se referindo ao "beneficiário" da substituição penal, mas, com certeza, refere-se ao *beneficiário* do resultado da aplicação dessa *pena pecuniária*, que, como afirmamos, tem *caráter indenizatório*.

3.2.5 Competência para aplicação da "pena inominada"

Não pode ser do órgão recursal, em razão da sua *consensualidade*. Além da supressão de um órgão de jurisdição, não seria possível *convocar o* "*beneficiário*" para ser "ouvido" na sessão de julgamento sobre seu assentimento na "*conversão*" *da natureza da prestação*. Encontrando-se em grau de recurso, deve baixar à origem.

3.2.6 "Conversão" somente da prestação pecuniária: fundamento

Curiosamente, somente a *prestação pecuniária* é autorizada a ser "convertida" em "prestação de outra natureza". As outras duas sanções pecuniárias — *pena de multa* e *perda de bens e valores* — não recebem a

mesma *faculdade*. Essa curiosa "liberalidade" do legislador tem uma explicação (e não uma justificação): é que aquela sanção — *prestação pecuniária* — destina-se, em tese, à vítima ou seus dependentes, enquanto estas duas — *multa* e *perda de bens* — destinam-se ao Fundo Penitenciário Nacional. É o velho descaso de sempre com o primo pobre do processo criminal, a vítima, além do mau hábito de prodigalizar o alheio.

3.3 Perda de bens e valores

Pertencentes ao condenado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, considerando-se (como teto) o *prejuízo causado pela infração* penal ou o *proveito obtido* pelo agente ou por terceiro (aquele que for mais elevado — art. 45, § 3º). Trata-se, na verdade, da odiosa *pena de confisco*.

3.3.1 Confisco de bens e valores

Sob a disfarçada e eufemística expressão "perda de bens", a *liberal Constituição cidadã*, em verdadeiro retrocesso, criou a possibilidade dessa pena, que não teve a coragem de denominar corretamente: *pena de confisco*. O Código Penal brasileiro de 1940 não o consagrava, e a própria Constituição de 1969 o proibia, restando somente, como *efeitos da condenação*, o "confisco dos instrumentos e produtos do crime", em determinadas circunstâncias. O próprio Carrara já afirmava que o "confisco de bens é desumano, impolítico e aberrante". Aliás, até a atual Constituição paraguaia de 1992, em seu art. 20, proíbe o *confisco de bens*, como sanção criminal.

3.3.2 Perda de valores: inconstitucionalidade

Ou a "perda de valores" tem o mesmo significado de "perda de bens" ou é inconstitucional. Se tiver o mesmo sentido, a expressão é repetitiva e desnecessária. Se não o tiver, será inconstitucional, basicamente por duas razões: de um lado, porque não estaria prevista pela atual Constituição, que se refere somente a "perda de bens", e, de outro, porque viola o *princípio da personalidade* da pena, podendo atingir parcela do patrimônio do outro cônjuge e dos herdeiros e sucessores.

3.3.3 Destinação e objeto do confisco

O produto desta sanção penal *destina-se* ao Fundo Penitenciário

Nacional, assim como a pena de multa. O *objeto* desse "confisco", no entanto, não serão os *instrumentos* ou *produtos do crime*, mas o próprio *patrimônio do condenado*, definido como "bens e valores".

3.3.4 Distinção entre "confisco-pena" e "confisco-efeito" da condenação

Há duas distinções básicas: 1ª) o *confisco-efeito* destina-se à *União*, como receita não tributária, enquanto o *confisco-pena* destina-se ao *Fundo Penitenciário Nacional*; 2ª) o objeto do *confico-efeito* são os instrumentos e produtos do crime (art. 91, II, do CP), enquanto o objeto do *confisco-pena* é o patrimônio pertencente ao condenado (art. 45, § 3º, do CP). Não é, lamentavelmente, nem a *reparação do prejuízo causado* nem o *proveito do crime*.

3.3.5 Limites do confisco

Temos dois limites: 1º) *limitação do "quantum" a confiscar* — pelo menos, para suavizar a inconstitucionalidade desta sanção, estabeleceu-se, como teto, o maior valor entre o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido com a prática do crime; 2º) *limitação em razão da quantidade de pena aplicada* — esta sanção somente pode ser aplicada na hipótese de condenação que não ultrapasse o limite de quatro anos de prisão. E somente caberá essa pena de "perda de bens" quando for possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, segundo a previsão do art. 45 e seus parágrafos.

3.3.6 Ressalva: legislação especial com destinação diversa

Legislação especial pode, relativamente a esta sanção penal, dar-lhe destinação diversa do Fundo Penitenciário Nacional. O art. 243 da CF, por exemplo, prevê a expropriação de glebas de terras destinadas ao cultivo de drogas, destinando-as ao assentamento de colonos sem-terra. A inconstitucional Medida Provisória n. 1.713/98, convertida na Lei n. 9.804/99, alterou o art. 62 da Lei n. 11.343/2006, para permitir a apreensão e o leilão de bens relacionados com o tráfico de drogas.

3.3.7 Inconversibilidade das sanções pecuniárias em pena de prisão

A Lei n. 9.268/96 eliminou a possibilidade de converter em pena de prisão, por falta de pagamento, a única *pena pecuniária* então existente no Código, a pena de multa. Como a *prestação pecuniária* e a *perda de bens e valores* têm, como a pena de multa, a mesma *natureza pecuniária*, aplica-se-lhes a mesma proibição de conversão. Interpretação diversa significa adotar dois pesos e duas medidas, tratando desigualmente institutos iguais: proíbe-se a conversão em prisão na impossibilidade de pagar a pena de multa, mas se autoriza tal conversão em prisão na eventual impossibilidade de cumprir as outras duas penas pecuniárias. Não seria coerente.

3.3.8 Recolhimento domiciliar (vetado)

O veto presidencial a esta modalidade de pena prevista no projeto original, como *pena substitutiva*, não impede a aplicação normal da *prisão domiciliar*, naquelas hipóteses previstas no art. 117 da LEP, que representa uma *subespécie do regime aberto*.

4 Descumprimento injustificado e a Lei n. 9.099/95: conversão

Não mudou nada: a conversão da pena de multa continua proibida pela Lei n. 9.268/96. A possibilidade de conversão para as penas restritivas de direitos já existia no texto do Código Penal. A interpretação dominante, mais liberal, no entanto, por política criminal, não admite a conversão. Pessoalmente, gostamos da sugestão de Antonio Maurício Ribeiro Lopes, de resolvê-la com a execução de *obrigação de fazer*.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Pena pecuniária – Impossibilidade de cumprimento – Paciente desempregado – Substituição da pena restritiva de direitos – Possibilidade – Comprovada a impossibilidade financeira do paciente, que ensejaria o descumprimento justificado da pena restritiva de direitos, impõe-se a sua alteração, por outra que melhor se ajuste à situação” (STJ, HC 82.544/RS, Rel. Jane Silva, j. 27-9-2007).

“Na hipótese vertente, a fixação da pena pecuniária (art. 45 do CP), pouco acima do mínimo legal, encontra-se devidamente fundamentada, pois considerou-se, além da situação econômica do réu, o montante auferido com a prática delitiva” (STJ, REsp 897.876/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-6-2007).

“A pena de multa e prestação pecuniária, modalidade de pena restritiva de direitos, possuem naturezas jurídicas distintas. As penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que elas substituíram” (STJ, REsp 815.894/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-10-2006).

“A prestação pecuniária é espécie de pena restritiva de direitos que consiste no pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes, às entidades públicas ou privadas, que tenham destinação social” (STJ, RHC 15.603/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 6-5-2004).

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

— Foi revogado o parágrafo único, que tinha a seguinte redação: “*As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho*”.

— *Caput* com redação determinada e parágrafos acrescentados pela Lei n. 9.714/98.

— V. art. 78, § 1º, do CP.

— V. art. 78, III, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

— V. arts. 149, § 1º, e 158, § 1º, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Prestação de serviços à comunidade

A doutrina tem conceituado a prestação de serviços à comunidade como o “dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício

de pessoas necessitadas ou para fins comunitários” (arts. 43, IV, e 46).

2 Respeito às aptidões pessoais do condenado

As *atividades atribuídas* ao sentenciado devem guardar estreita correspondência com *as aptidões pessoais* de cada um e não coincidir com a jornada normal de trabalho, de forma a alterar o mínimo possível a rotina diária (art. 46, § 3º). Por isso, é arbitrária e, consequentemente, ilegal a determinação de prestar *qualquer serviço comunitário* que não seja correspondente à formação e aptidões do condenado, que, nessa hipótese, pode *negar-se* a prestá-lo, *justificadamente*.

3 Locais de cumprimento desta pena

Afastaram-se, liminarmente, as entidades privadas que visam lucros, de forma a impedir a exploração de mão de obra gratuita e o consequente locupletamento sem a devida contraprestação. O art. 46 arrola, exemplificativamente, como beneficiárias, as entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e, diz a lei, “outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”. Logo, toda instituição filantrópica, de utilidade pública ou comunitária poderá ser *conveniada* e *credenciada* para participar desse programa alternativo à pena de prisão.

4 Horários de cumprimento

A coincidência de horários — da prestação de serviços à comunidade com a jornada normal de trabalho — gera um desconforto absolutamente desnecessário, que terá certamente reflexos negativos na pretendida *ressocialização* do sentenciado. Por isso, o horário deverá atender *prevalentemente as disponibilidades do condenado*, não podendo jamais prejudicar seus afazeres rotineiros (art. 46, § 3º, do CP).

5 Início e horário de cumprimento

O *trabalho comunitário*, na “nova” legislação brasileira, não terá, necessariamente, de ser executado em oito horas semanais, como ocorria na previsão anterior. Essa alteração se justifica: antes a conversão era por oito horas semanais e agora é à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. O cumprimento começa com o primeiro comparecimento ao

local determinado pelo juiz da execução (art. 149, § 2º, da LEP). As horas semanais podem ser distribuídas livremente nos dias recomendados e, se for necessário, podem até concentrar-se em um só dia. Mas é indispensável que se harmonizem com as disponibilidades do condenado.

5.1 Novo parâmetro de conversão: uma hora de tarefa por dia de condenação

A conversão se fazia à razão de oito horas semanais, pelo período de tempo a cumprir. Com a nova redação, a conversão se faz "à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação". Em princípio, a nova modalidade é mais vantajosa: pela previsão anterior o cumprimento semanal representava, em média, trinta e duas horas; agora, essa soma regular (com exceção do cumprimento em menor tempo) representará trinta horas mensais. A nosso juízo, é desnecessário fixar essa pena em dias.

5.2 Cumprimento em menor tempo (§ 4º)

Esta pena de *prestação de serviços comunitários, desde que superior a um ano*, não excedendo a quatro, pode ser *cumprida em menor tempo* do que aquele correspondente à pena substituída. Nunca poderá exceder a metade da pena substituída. Por isso, agora poderão ser cumpridas mais de oito horas semanais.

5.3 Cumprimento superior a oito horas semanais

Agora, não só é possível como é recomendável cumprir uma carga horária superior a oito horas semanais. Caso contrário, não seria possível *cumprir esta pena em menor tempo*, como faculta o § 4º deste artigo.

5.4 Injustiça da limitação do cumprimento antecipado

Somente a prestação de serviços à comunidade *superior a um ano* pode ser cumprida em menor tempo. A pena *superior a seis meses* e não superior a um ano, pelo texto legal, terá de ser cumprida integralmente. Imaginem-se dois indivíduos condenados em coautoria: um recebe um ano de pena e o outro um ano e um dia, tendo ambos suas penas convertidas em prestação de serviços comunitários. O primeiro terá de cumprir integralmente seu ano de pena, enquanto o segundo poderá cumpri-la pela metade, na mais flagrante injustiça. Adotamos, nesses casos, a sugestão de Damásio de

Jesus, de estender a toda pena de prestação de serviços comunitários o direito de cumpri-la em menor tempo (art. 46, § 4º).

5.5 Exclusão das outras penas restritivas

Não deixa de ser curioso que o *cumprimento da pena "em menor tempo"* se limite *à prestação de serviços à comunidade*, excluindo dessa possibilidade as demais *penas temporais* (interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Embora seja verdade que a *interdição temporária de direitos* não há como ampliá-la ou diminuí-la. No entanto, o mesmo não ocorre com a *limitação de fim de semana*. Não haveria dificuldade, por exemplo, para que a *limitação de fim de semana* pudesse ser cumprida também no meio da semana (feriados, noite etc.). Tal como está será mais benéfico, para o infrator, receber a pena de *prestação de serviços comunitários*.

5.6 Para pena superior a seis meses: limitação equivocada

É injustificada essa limitação, impedindo que o magistrado, no caso concreto, faça a melhor adequação da pena a aplicar. É mais um cerceamento desnecessário à dosimetria penal.

5.7 Pena superior a seis meses e a Lei n. 9.099/95

À evidência que essa limitação iníqua não se aplica nas infrações de menor potencial ofensivo, pois limitaria demasiadamente as opções do magistrado nos Juizados Especiais Criminais, orientados por uma política criminal consensual.

5.8 Novidade: "ou a entidades públicas"

O acréscimo da expressão "ou a entidades públicas" foi absolutamente inócuo e desnecessário, na medida em que foi mantida a relação das entidades beneficiárias. Houve apenas o deslocamento do *caput* para o § 2º.

6 Finalidades da sanção penal

O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido *retributivo*. Ao mesmo tempo, o condenado, ao

realizar essa atividade comunitária, sente-se útil por perceber que está emprestando uma parcela de contribuição, e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Contudo, o sucesso dessa iniciativa dependerá muito do apoio que a própria comunidade der à autoridade judiciária, ensejando oportunidade de trabalho ao sentenciado.

7 Características do trabalho comunitário

As características fundamentais que o trabalho em proveito da comunidade deve reunir são *gratuidade*, *aceitação pelo condenado* e *autêntica utilidade social*.

8 Juízo competente

A *prestação de serviços à comunidade* deve ser aplicada pelo *juiz da condenação*. Porém, a *designação da entidade* ou programa comunitário onde deverá ser cumprida será atribuição do *juiz da execução*, que conhece a situação das entidades adequadas e fiscalizará a execução da pena. O mesmo *juiz da execução* poderá alterar a forma, horário e local de cumprimento da pena, com a finalidade de ajustá-la às condições pessoais do condenado e conciliá-la com suas atividades, de modo a não prejudicá-lo.

9 Ausência de casa de albergado

O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 7.209/84 permitiu ao juiz optar pelo *sursis* em substituição à "limitação de fim de semana", ante as dificuldades locais. No entanto, os estudiosos, de modo geral, têm olvidado que tal *permissão* se referia somente ao prazo de um ano a partir da vigência da referida lei.

9.1 Ausência de casa de albergado: inconveniência do "sursis"

A ausência de casa de albergado recomenda a adoção de outra pena "restritiva de direitos" e não a simplória adoção do *sursis*. Há uma gama de *alternativas* exatamente para escolher a "possível e recomendável", nas circunstâncias.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"O cumprimento da Prestação de Serviços à Comunidade é matéria afeta ao Juízo de Execução e a seu critério o cumprimento em um só dia as 8 horas semanais (art. 46, §§, do CP). A substituição da prestação de serviços à comunidade por outra de prestação pecuniária, ainda que maior, não atende os critérios da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação da conduta" (TJRS, Apelação 70023115116, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 13-3-2008).

"Violação ao art. 46 do Código Penal. Reforma da sentença para alterar a pena privativa de liberdade — substituída pela prestação de serviços à comunidade — pela pena de multa" (Recurso Crime 71001509686, Rel. Clademir José Ceolin Missaggia, j. 21-1-2008).

"Sendo os condenados de origem chinesa e desconhecendo o idioma português ou o inglês, não é razoável a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, uma vez que a dificuldade de comunicação interferirá diretamente no correto cumprimento da pena. Em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e diante das características singulares do caso concreto, admite-se a substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por mais uma pena de multa" (TRF-2ª Região, Apelação 2006.51.01.5033417, Rel. Liliane Roriz, j. 22-5-2007).

"Sendo a prestação de serviços à comunidade imposta ao ora paciente capaz de contribuir para o fim da execução penal e para a reintegração social deste, não há qualquer ilegalidade em sua exigência como condição para o livramento condicional" (STJ, HC 27.984/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17-2-2004).

"É defesa a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade na hipótese de condenação não superior a 6 meses de privação de liberdade. Precedente. Não procede o pedido de imediata aplicação da limitação de fim de semana por esta Corte, uma vez que cabe ao juiz da condenação, dentro de suas determinações legais, indicar a pena restritiva de direitos que deverá substituir a pena corporal estabelecida" (STJ, HC 25.527/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 4-11-2003).

Interdição temporária de direitos

Art. 47. As penas de interdição temporária de direitos são:

— V. art. 2º da Lei n. 1.079/50 (crimes de responsabilidade).

— V. art. 78, I, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

— V. arts. 15, III e V, e 37, § 4º, da CF.

II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

— V. arts. 56 e 92, I, do CP.

— V. art. 12, I e II, do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. art. 154, §§ 1º e 2º, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir

veículo;

— V. art. 57 do CP.

IV — proibição de frequentar determinados lugares.

— Inciso IV acrescentado pela Lei n. 9.714/98.

V — proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

— Inciso V acrescentado pela Lei n. 12.550/2011.

D O U T R I N A

1 Interdição temporária de direitos

A *interdição temporária de direitos* é uma *pena específica* — ao contrário das outras duas, que são *genéricas* — e se aplica somente a determinados crimes. As *interdições temporárias* somente podem ser aplicadas nas hipóteses de crimes praticados com *abuso ou violação dos deveres inerentes* ao cargo, função, profissão, atividade ou ofício. É indispensável que o delito praticado esteja diretamente relacionado com o mau uso do direito interditado.

2 Efeito pedagógico das interdições

Pela gravidade das consequências financeiras que produz, é de grande *potencial preventivo geral*, inibindo abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais próprios de cada atividade. A interdição temporária de direitos tem efetivamente grande *reflexo econômico*. Ao proibir que o sentenciado realize sua tarefa laboral, naturalmente remunerada, reduzirá sensivelmente os seus rendimentos. É uma sanção que, como dizia Manoel Pedro Pimentel, “atinge fundo os interesses econômicos do condenado, sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo”.

3 Prevenção especial

É também de grande alcance *preventivo especial*: ao afastar do tráfego motoristas negligentes e ao impedir que o sentenciado continue a exercer determinada atividade — no desempenho da qual se mostrou *irresponsável* ou *perigoso* —, estará impedindo que se oportunizem as condições que

poderiam, naturalmente, levar à reincidência.

4 Distinção referente aos efeitos da condenação

As interdições temporárias não se confundem com os efeitos da condenação, que não são sanções penais, mas apenas *consequências reflexas* da decisão condenatória. A interdição de direitos é uma sanção penal aplicável independentemente da sanção que couber no âmbito ético ou administrativo. Isto é, a condenação criminal não inibe os Conselhos Regionais de Classes e a Administração Pública de aplicarem, em suas esferas de competência, as sanções correspondentes.

5 Espécies de interdições

1ª) Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo — não se trata de incapacidade definitiva, mas de uma suspensão temporária, que terá a duração da pena de prisão substituída. O funcionário condenado a essa sanção deve estar no exercício *efetivo* do cargo.

2ª) Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público — há profissões, atividades ou ofícios que exigem *habilitação especial* ou *autorização do Poder Público* para poderem ser exercidas. São exemplos eloquentes os casos de advogados, engenheiros, arquitetos, médicos etc. Qualquer desses profissionais que for condenado por crime praticado no exercício de seu mister, com infringência aos deveres que lhe são inerentes, poderá receber tal sanção.

3ª) Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo — esta é aplicável exclusivamente aos crimes culposos de trânsito (art. 57 do CP). A *suspensão* de autorização ou de habilitação é pena, e a *inabilitação* para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso, é efeito, não automático, da condenação (art. 92, III, do CP).

4ª) Proibição de frequentar determinados lugares — essa foi a "grande" novidade nesta modalidade de pena, a única efetivamente *restritiva de direitos* (aliás, esta seria restritiva de liberdade). Só temos de deplorar a *pobreza inventiva* do legislador, incapaz de criar qualquer coisa de razoável qualidade técnico-doutrinária.

Que o legislador das décadas de 30 e 40 pudesse pensar nesta forma de

restrição da liberdade pode até ser razoável, quando ainda se falava em "zona do meretrício", "casa de tavolagem" etc. Na atualidade, com a "concorrência desleal" que se instalou na sociedade, não se pode mais falar em "zona do meretrício", pois está disseminada pela sociedade; "casa de tavolagem", por sua vez, é algo que nunca ficou bem esclarecido, pois nunca tivemos oportunidade de conhecer uma ou saber onde haja existido alguma. Ademais, as pessoas hoje não têm mais tempo e condição de frequentar lugares dessa natureza. Enfim, proibir de frequentar que lugar? Aquele em que eventualmente o crime foi cometido, embora sem qualquer relação com a conduta delituosa, sem qualquer efeito ou influência criminógena? Assim, chegaríamos ao absurdo de ter de proibir determinado motorista de trafegar em certa rodovia onde eventualmente foi autor de um crime culposo etc. É lamentável!

5ª) Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos — esta é a quinta espécie de pena de *interdição temporária de direitos* (art. 47, V), ou seja, uma subespécie de pena restritiva de direitos, acrescida pela confusa Lei n. 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Olvidou-se o legislador atual que as penas de *interdição temporária de direitos* são *específicas*, ao contrário das demais penas restritivas que são *genéricas*, aliás, exatamente o mesmo que aconteceu com o legislador que elaborou a Lei n. 9.714/98 (que acrescentou a "proibição de frequentar determinados lugares" como a quarta pena de interdição de direitos). Nos dois diplomas legais que acabamos de mencionar, o legislador esqueceu-se de indicar em quais hipóteses ou casos deveriam ser aplicadas, deixando uma lacuna em nosso Código Penal. Nesse sentido, destaque-se que as penas de *interdição de direitos*, originárias, constantes do art. 47, I, II e III, têm sua destinação específica prevista nos arts. 56 e 57 do mesmo diploma legal.

Logicamente, da forma como ficou redigida essa previsão legal — *proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos* — surge apenas como se fosse mais uma das penas restritivas de direitos genéricas, permitindo ao julgador aplicá-la, se quiser, pois pode preferir outra *pena genérica*. Contudo, por *erro* do legislador *ad hoc*, que desconhece a estrutura e a harmonia do Código Penal, as duas últimas penas de interdição temporária de direitos — *proibição de frequentar determinados lugares* e *proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos* — não têm a natureza de *penas específicas*, como as primeiras três constantes do art. 47. Por isso, embora a intenção do

legislador — pelo que se depreende de seu texto e da oportunidade de sua publicação — tenha sido a *fraude das provas do ENEM*, a sua aplicação não é obrigatória. Ou seja, a *proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos* poderá acabar, por opção do julgador, não sendo a pena aplicada para quem for condenado pelo crime descrito no art. 311-A (fraudes em certames de interesse público). O julgador, por óbvio, poderá preferir uma das penas alternativas genéricas.

5.1 Relação do crime com a atividade exercida

Cumpre ressaltar que a interdição não pode abranger todas as profissões ou atividades que o condenado eventualmente possa exercer. Ela deverá restringir-se apenas à profissão, atividade ou ofício no exercício do qual ocorreu o abuso. Como afirmava Hungria, a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente.

5.2 Crime praticado por funcionário público

Não é necessário que se trate de crime contra a Administração Pública para receber a pena de interdição; basta que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a qualidade de funcionário público lhe impõe.

6 Início da execução da pena

Quando se tratar de funcionário público, a autoridade superior deverá, no prazo de 24 horas após ter sido cientificada, baixar ato administrativo, a partir do qual começa a execução da pena (art. 154, § 1º, da LEP).

7 Efeitos administrativos da interdição

Depois de cumprida a pena o condenado poderá voltar a exercer suas funções normais, desde que não haja impedimento de ordem administrativa. O legislador penal esqueceu-se de regulamentar os efeitos administrativos que naturalmente devem decorrer da aplicação desta sanção, tais como vencimentos, férias, tempo de serviço, vantagens funcionais etc. Na ausência de previsão na órbita penal, tais questões deverão ser tratadas à luz da legislação pertinente.

8 Interdição de mandato eletivo

O exercício de mandato eletivo poderá ser um dos direitos políticos do indivíduo que será afetado pela condenação. Haverá uma espécie de suspensão parcial dos direitos políticos. Com esta sanção não ocorrerá a perda do mandato eletivo, o que poderá acontecer, em outras circunstâncias, mas como efeito específico da condenação, nos termos do art. 92, I, do Código Penal.

9 Suspensão da habilitação de motorista

Infrações culposas, praticadas no tráfego de veículos, devem receber esta pena alternativa específica (art. 57). A sanção é aplicável ao condenado que, à época do crime, era autorizado ou habilitado a conduzir veículos automotores.

9.1 Fundamento político-criminal

O veículo transformou-se em instrumento de vazão da agressividade, da prepotência, do desequilíbrio emocional, que se extravasam na direção perigosa. E uma das finalidades desta sanção é afastar do trânsito os autores de delitos culposos, que, no mínimo, são *uns descuidados*. Não resta a menor dúvida de que, ao limitar sua aplicação aos delitos culposos, essa previsão se mostrou extremamente tímida ante a magnitude da criminalidade praticada ao volante do automóvel.

9.2 Uso de veículo na prática de crime doloso

A utilização de veículo como meio para a prática de crime doloso sujeita o autor a receber, como efeito da condenação, a *inabilitação* para dirigir veículos (art. 92).

9.3 Infrator habilitado na data do crime

Esta sanção é aplicável ao condenado que, à época do crime, era autorizado ou habilitado à condução de veículos. Permitir sua aplicação àquele que venha a habilitar-se antes da sentença equivaleria a permitir que o infrator modifique, *a posteriori*, a sanção aplicável, em flagrante desrespeito ao princípio da reserva legal. A aplicação da referida sanção não impede que a autoridade policial, administrativamente, determine a

realização de novos exames de habilitação, com prévia apreensão do documento de habilitação (art. 77 do CNT).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Não há incompatibilidade entre a pena substitutiva de inabilitação para exercício de cargo, função ou atividade pública com a perda do cargo público do art. 92 do Código Penal, se aquela se refere a todo e qualquer cargo, atividade ou função que o réu, porventura, viesse a assumir após a decisão condenatória e não especificamente ao cargo de policial rodoviário federal que ele já ocupava" (STJ, REsp 897.815/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-6-2007).

"Inexistindo circunstâncias desfavoráveis ao condenado, motivo pelo qual a pena privativa de liberdade foi fixada em seu mínimo legal, deve a suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ser fixada, também, no patamar mínimo, nos moldes da pena corporal (precedente do STJ). Dada a duplicidade da incidência da suspensão (*ex vi* art. 302 da Lei 9.503/97 e art. 47, inciso III, do Código Penal), a pena privativa de liberdade é de ser*, in casu*, substituída por uma outra restritiva de direitos diversa da aplicada" (STJ, REsp 737.306/RO, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-10-2005).

"Se a pena privativa de liberdade, fixada de maneira isolada, foi substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo uma delas a descrita no inciso III do art. 47 do Código Penal — interdição temporária de direitos consistente na suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor — deve-se aplicar a regra do art. 55 do Código Penal, segundo a qual as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída" (STJ, REsp 495.402/AC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-8-2003).

Limitação de fim de semana

Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

— V. arts. 93 a 95, 151 a 153, 158, § 1º, e 181, § 2º, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Parágrafo único. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

— V. art. 152 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

DOUTRINA

1 Limitação de fim de semana

A *limitação de fim de semana* consiste na obrigação de o condenado

permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou em *estabelecimento adequado*, de modo a permitir que a sanção penal seja cumprida em dias normalmente dedicados ao descanso, sem prejudicar as atividades laborais do condenado, bem como a sua relação sociofamiliar.

2 Finalidades da prisão descontínua

A prisão descontínua, *limitação de fim de semana*, tem a intenção de evitar o afastamento do apenado de sua tarefa diária, de manter suas relações com sua família e demais relações sociais, profissionais etc. E, fundamentalmente, impedir o encarceramento com o inevitável contágio do ambiente criminógeno que essa instituição total produz.

3 Início e horário da execução

A execução propriamente dita iniciará com o primeiro comparecimento do apenado ao estabelecimento determinado (art. 151, parágrafo único, da LEP). O juiz da execução penal cientificará o apenado do local, dia e hora de comparecimento. Nada impede que a pena seja cumprida em horários diversos, como noturno, diurno, vespertino ou matutino, adaptando-se às disponibilidades do estabelecimento, desde que também e, principalmente, não prejudique as atividades profissionais do albergado.

4 Local de cumprimento

Referida sanção deverá, prioritariamente, ser cumprida em *casa de albergado*, que o legislador romântico espera que venha a existir em todas as comarcas brasileiras. Na época da promulgação e publicação da Lei n. 7.209/84 existiam apenas uma em Porto Alegre-RS e duas ou três no Estado de São Paulo, as quais se destinavam ao cumprimento de penas privativas de liberdade, em regime aberto. Hoje o panorama ainda não mudou.

5 Descaso oficial com as penas alternativas

O legislador da reforma concedeu o prazo de um ano para que a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomassem "as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos" (art. 3º da Lei n. 7.209/84). Esqueceu-se, no entanto, do *histórico* descaso da

Administração Pública brasileira para com o *sistema penitenciário* de modo geral e com os reclusos em particular.

6 Inaplicabilidade da limitação de fim de semana

Diante desse quadro desolador, as *casas de albergado* não passaram de uma *carta de intenções* de nosso legislador. Referidos estabelecimentos, que são de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária, não foram construídos. A falta de tais estabelecimentos tornou inviável a aplicação desta sanção, que a maioria dos juízes, prudentemente, substitui por outra alternativa.

7 Novas penas alternativas

Corre-se o risco de a *política oficial* do "faz de conta" repetir-se. Fala-se insistentemente no Ministério da Justiça em *privilegiar* as penas alternativas. Há projetos em andamento elevando a possibilidade de sua aplicação para penas de até quatro anos, inclusive. Mas, advirta-se, se tal *política* não vier acompanhada de dotação orçamentária, de infraestrutura penitenciária, com investimentos adequados, viabilizando a efetiva aplicação de tais penas, será um novo caos na política penitenciária nacional. Quem viver verá!

8 Ausência de casa de albergado

O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 7.209/84 permitiu ao juiz optar pelo *sursis* em substituição à "limitação de fim de semana", ante as dificuldades locais. No entanto, os estudiosos, de modo geral, têm olvidado que tal *permissão* se referia somente ao prazo de um ano a partir da vigência da referida lei.

8.1 Inadmissibilidade de conversão em prisão domiciliar

É inadmissível autorizar limitação de fim de semana na própria residência do condenado, pois equivale a oficializar a impunidade para determinados condenados beneficiados.

9 Juízo competente

O juiz da condenação aplicará a sanção penal, no caso, a limitação de

fim de semana, quando cabível e exequível. Caberá, porém, ao *juiz da execução* determinar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as "às condições pessoais do condenado, às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário".

10 Penas restritivas como incidente de execução

Além da aplicação, pelo juiz da condenação, das penas restritivas, a Lei de Execução Penal prevê outra possibilidade de aplicação, pelo juiz da execução, dessas mesmas sanções (art. 180). Essa possibilidade, que a lei chamou também de *conversão*, e que se opera já no curso do cumprimento da pena, constitui um *incidente de execução*, que exige a presença de requisitos próprios, a seguir examinados.

10.1 Quem pode beneficiar-se dessa conversão

É bom lembrar o seguinte: a) nenhum reincidente, tanto em crime doloso quanto em crime culposo, pode ter sua pena substituída por multa ou pena restritiva de direitos; b) nenhum réu reincidente em crime doloso poderá ter sua pena suspensa (*sursis*); c) e, finalmente, nenhuma dessas penas não substituídas ou não suspensas, inferiores a dois anos, poderá receber o livramento condicional.

Pois essa pena privativa de liberdade de curta duração, que não pode ser substituída e tampouco suspensa, terá uma oportunidade futura de ser revista em sua execução e, finalmente, ser substituída por uma restritiva de direitos.

10.2 Requisitos para essa "conversão"

São necessários os seguintes requisitos: a) que a pena não seja superior a dois anos; b) que esteja sendo cumprida em regime aberto; c) que já tenha sido cumprido um quarto da pena; d) que os antecedentes e a personalidade do condenado recomendem a conversão.

11 Consentimento do condenado

A aplicação das penas restritivas, ao contrário do que ocorre com o regime aberto (art. 113 da LEP), não está condicionada ao consentimento

do condenado, como prevê o direito espanhol. Como o sucesso ou insucesso das penas alternativas depende diretamente da boa aceitação, pelo condenado, dessas penas, é recomendável que se ouça o sentenciado. Se este não a desejar, não deve ser aplicada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A limitação de fim de semana, assim como a pena de prestação de serviços à comunidade, a teor do art. 148 da Lei de Execução Penal, pode ser modificada a qualquer tempo pelo Juízo da Execução, que é o competente para averiguar as condições em que as mesmas serão cumpridas" (TJMG, Apelação 1.0433.05.170043-6/001(1), Rel. Sérgio Braga, j. 29-5-2007).

"Se a pena de limitação de fim de semana deve ser efetivada em Casa de Albergado, não pode, o paciente, na falta do referido estabelecimento, ser submetido a cumprimento da reprimenda em Presídio, situação mais gravosa do que a estabelecida pelo decreto condenatório. Precedente da Turma. Deve ser cassado o acórdão recorrido, a fim de que o paciente cumpra a pena restritiva de direitos concernente à limitação de fim de semana em regime domiciliar, até que surja estabelecimento adequado" (STJ, HC 60.919/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-10-2006).

"Competência. Conflito positivo. Em se tratando de cumprimento da pena de limitação de fim de semana 'em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado', afirma-se a competência do Juízo estadual, o suscitado" (STJ, Conflito de Competência 34.101/RS, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 22-10-2003).

Seção III - Da pena de multa

Multa

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

— V. art. 101 do CPP.

— V. arts. 118, § 1º, e 164 a 170 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

— V. art. 77 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 1º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

— V. art. 77 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

D O U T R I N A

1 Pena de multa

A pena de multa consiste na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao Fundo Penitenciário determinada quantia em dinheiro, considerando a gravidade do delito, a culpabilidade do agente e, particularmente, sua condição econômica.

2 Cominação da pena de multa

Em vez de repetir em cada tipo penal a espécie ou cabimento da pena restritiva ou a quantidade de multa, inseriu um capítulo específico para as penas restritivas e cancelou as referências a valores de multa, substituindo a expressão “multa de...” simplesmente por “multa” em todos os tipos da Parte Especial do Código que cominam pena pecuniária. Em decorrência dessa técnica, os tipos penais não trazem mais, em seu bojo, os limites mínimo e máximo da pena cominada, dentro dos quais o julgador deveria aplicar a sanção necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

3 Características da multa penal

Duas são as características essenciais, tradicionais, da pena de multa em todos os países: *1ª) a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, caso não seja paga; 2ª) seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida para os herdeiros ou sucessores do apenado.*

Essas características continuam em vigor nos países que aplicam com seriedade penas alternativas à prisão, sem afastar-lhes o caráter coercitivo de sanção penal. Nesses países, proíbe-se, inclusive, a aplicação de pena de multa a *condenado insolvente*, sem pruridos de inconstitucionalidade. Para os insolventes se prescrevem outras alternativas à prisão.

4 Caráter personalíssimo da pena de multa

Por esse princípio nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado. Por isso que, ao contrário de outras sanções pecuniárias, a pena de multa se extingue com a morte do condenado (art. 107, I). Mesmo com a edição da Lei n. 9.268/96 a pena de multa não se transmite aos herdeiros e sucessores,

independentemente dos limites da herança.

5 O sistema dias-multa

Passou-se a adotar, novamente, o sistema dias-multa, que somente fora abandonado pelo Código Penal de 1940. Por esse sistema, o valor de um dia-multa deverá corresponder à renda média que o autor do crime aufere em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial. Nessa aferição levar-se-á em consideração não só o seu salário, mas toda e qualquer renda, inclusive de bens e capitais, apurado na data do fato.

6 Limites da pena de multa

O valor mínimo de um dia-multa é de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época do crime, e o valor máximo é de cinco vezes esse salário. Estabelecendo a renda média que o acusado aufere em um dia, o juiz fixará o valor do dia-multa entre os limites de 1/30 do salário mínimo, que é o menor valor do dia-multa, e cinco salários mínimos, que é o seu maior valor. E o limite mínimo de dias-multa será de 10 e o máximo de 360. Assim, a pena de multa poderá atingir até 1.800 salários mínimos, podendo, ainda, ser elevada ao triplo, isto é, até 5.400 salários mínimos (art. 60, § 1º).

7 Situação econômica e gravidade da infração

O Código Penal, ao cominar penas pecuniárias, considerou dois aspectos absolutamente distintos: a renda média que o condenado aufere em um dia, de um lado, e a gravidade do delito e a culpabilidade do agente, de outro.

8 Cálculo da pena de multa

O seu cálculo, em regra, deve ser feito em duas operações e, excepcionalmente, em três: *1ª operação*: estabelece-se o número de dias-multa dentro do limite estabelecido de 10 a 360. Na eleição desse número deve-se levar em conta a gravidade do delito, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e, inclusive, as majorantes e minorantes. Enfim, com o exame desses dados fixa-se apenas a *quantidade* de dias-multa a ser aplicada na sentença; *2ª operação*: de posse do número de dias-multa obtido com a primeira operação, fixa-se o *valor de cada dia-multa*, nos limites estabelecidos no art. 49 e seus parágrafos, já referidos. Para essa

fixação se leva em consideração, tão somente, a situação econômica do réu, pois a gravidade do delito e a culpabilidade já foram valoradas na primeira operação para fixar a quantidade de dias-multa. Assim, atende-se à prescrição do Código, que determina que se leve em conta, *principalmente*, e não *exclusivamente*, a situação econômica do réu; *3ª operação*: se, porém, o juiz constatar que, em virtude da situação econômica do acusado, ela será ineficaz, poderá elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do CP), ajustando-a ao fato e ao agente.

8.1 Fundamentação obrigatória

A fixação da pena de multa não pode ser produto de uma decisão arbitrária. As razões que levarem o magistrado a aplicar esta ou aquela quantia de multa deverão ser demonstradas fundadamente na sentença. Essa necessidade é consequência do princípio constitucional da *individualização da pena* (art. 5º, XLVI, da CF).

9 Multa substitutiva

O Código Penal previu duas hipóteses em que, preenchidos os demais requisitos, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por multa: 1ª) quando as penas privativas de liberdade não forem superiores a seis meses, independentemente de tratar-se de crime doloso ou culposo (art. 60, § 2º, do CP); 2ª) nos *crimes culposos* cuja pena seja igual ou superior a um ano de detenção, poderá ser substituída por multa e uma pena restritiva de direitos (art. 44, parágrafo único, do CP).

9.1 Compulsoriedade da substituição

Embora a lei fale em “pode ser substituída”, tal substituição não fica na dependência do livre-arbítrio do juiz. Estando presentes os requisitos que a ensejam e mostrando-se suficiente à reprovação e prevenção do crime, não poderá ser negada. Esta — a substituição — é um direito público subjetivo do réu, a exemplo, segundo alguns penalistas, do *sursis* e do livramento condicional. Nada impede que, no caso concreto, o juiz prefira fazer a substituição por uma pena restritiva de direitos, por ser a mais recomendável, no caso concreto.

9.2 A multa substitutiva nas leis especiais

Essas leis especiais que adotam critérios diferentes na cominação da pena não consagram, contudo, a multa substitutiva. Mas também não a proíbem. Logo, estando presentes os requisitos, e se beneficiar o acusado, deverá ser aplicada.

9.3 Jurisprudência sobre a multa substitutiva

Mudando a orientação inicial, o STJ sumulou em sentido contrário à sua orientação inicial: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa" *(Súmula 171 do STJ).* Nossa posição: é pela possibilidade da cumulação, por encontrar fundamento legal na cominação abstrata nos tipos penais.

10 Aplicação na legislação extravagante

Combinando-se o art. 12 do Código Penal com o art. 2º da Lei n. 7.209/84, que suprimiu somente as "referências a valores de multas", conclui-se que "as regras gerais deste Código" aplicam-se somente às leis penais especiais com penas de multa expressas concretamente em cruzeiros (hoje seriam reais), como é o caso do Código de Propriedade Industrial e da Lei das Contravenções Penais, só para exemplificar.

10.1 Inaplicabilidade em determinadas leis

Outras leis que adotaram a unidade salário mínimo como padrão referencial, como é o caso da Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728/65), e a legislação de pesca (Dec.-lei n. 221/67), caça (Lei n. 5.197/67), florestas (4.771/65), entre outras, não podem receber a aplicação do sistema dias-multa.

11 Abrangência do sistema dias-multa

Outra questão interessante é saber se o novo sistema se aplica a todos os tipos penais do Código que cominam pena de multa ou outra forma referencial. É que existem tipos penais, na Parte Especial, que têm a pena pecuniária cominada em salários mínimos (art. 244), por exemplo. Isso significa que estabelecem penas de "modo diverso das regras gerais do Código". Essas cominações especiais não foram canceladas e permanecem como eram antes da Lei n. 7.209/84. Nesses casos, também não se aplica o

sistema dias-multa.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Na fixação da pena de multa, inicialmente, determina-se o número de dias-multa, onde deve ser guardada uma proporcionalidade com a sanção privativa imposta definitivamente, compreendendo todos os fatores nela valorados, quais sejam, circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição. Em seguida, fixa-se o valor de cada dia-multa, oportunidade em que deve ser considerada a situação financeira do condenado” (TRF-5ª Região, Apelação 2006.81.00.016659-3, Rel. Amanda Lucena, j. 27-11-2007).

“Cumprimento da pena de multa. Cabe ao Juízo da Execução avaliar a miserabilidade jurídica do sentenciado, examinando as condições socioeconômicas para o pagamento da multa e custas processuais sem prejuízo para seu sustento e de sua família” (STJ, REsp 748.664/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26-6-2007).

“A pena de multa deve ser fixada em duas fases (critério bifásico). Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu (Precedentes do STJ). *In casu*, não houve a devida proporcionalidade entre a pena-base e o *quantum* dos dias-multa” (STJ, REsp 897.876/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-6-2007).

“O disposto no art. 49, § 1º, do CP, destina-se, tão somente, à pena de multa, sendo incabível sua aplicação analógica em relação ao cálculo da prestação pecuniária, porquanto trata-se de institutos jurídicos diversos” (STJ, REsp 896.171/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-4-2007).

“Inexiste previsão legal para a isenção da pena de multa, em razão da situação econômica do réu, devendo esta servir, tão somente, de parâmetro para a fixação de seu valor” (STJ, REsp 838.154/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-10-2006).

“Revela-se manifestamente ilegal a fixação da pena de multa em 500 dias-multa, ultrapassando o limite máximo permitido no Código Penal, eis que a fixação de tal reprimenda também deve pautar-se de acordo com o que fora valorado pelo julgador quando da análise do art. 59 do Código Penal, bem como não pode ser fixada de forma e ultrapassar o limite de 360 dias-multa previsto no art. 49 do Código Penal” (STJ, HC 47.006/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11-4-2006).

“A condenação anterior à pena de multa não impede o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os demais requisitos legais” (STJ, REsp 407.293/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-11-2003).

“A correção monetária incidente sobre a multa, aplicada por força de condenação criminal, tem como termo inicial o prazo previsto para o recolhimento do principal, isto é, a partir do 11º dia de encerramento do processo” (STJ, EREsp 23.695/SP, Rel. Min. William Patterson, j. 13-8-1997).

Pagamento da multa

Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de

transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

— V. arts. 164 e 169 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

§ 1º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

— V. art. 168 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

a) aplicada isoladamente;

b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;

c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

— V. art. 5º, XLV, da CF.

D O U T R I N A

1 Prazo para o pagamento da multa

O Código Penal (art. 50) determina que a multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. A Lei de Execução Penal, por sua vez, determina que o prazo para a multa ser cobrada é de dez dias, a partir da citação requerida para esse fim (art. 164).

2 Pagamento voluntário e pagamento compulsório

Poder-se-á argumentar que o prazo do Código Penal "é para a multa ser paga", e o prazo da LEP "é para a multa ser *cobrada*", ou, em outros termos: a previsão do CP é para "pagamento voluntário", e a previsão da LEP é para "pagamento compulsório".

3 Formas de pagamento da multa

Há três modalidades de pagamento da pena de multa: *1ª) pagamento integral; 2ª) pagamento parcelado; 3ª) desconto em folha.*

4 Prazo para pedir parcelamento

O prazo de dez dias para o pedido de parcelamento é o previsto no art.

164 da Lei de Execução Penal (10 dias) (art. 169, *caput*, da LEP), a partir da citação para pagamento, e não aquele do Código Penal, a partir do trânsito em julgado da sentença referido no art. 50 do CP.

4.1 Revogação do parcelamento da multa

Se houver atraso no pagamento, ou seja, se o condenado for impontual, ou, então, se melhorar de situação econômica, será revogado o parcelamento (art. 169, § 2º, da LEP). A expressão "revogará o benefício" deixa claro que se trata de norma cogente e não de mera faculdade do juiz.

5 Hipóteses de desconto da multa em folha

Tratando-se de réu solto, esse desconto pode ocorrer quando a pena pecuniária for: a) *aplicada isoladamente*, em caso de contravenções penais ou de multa substitutiva; b) *aplicada cumulativamente* com pena restritiva de direitos; c) em caso de *sursis*, como também de livramento condicional, quando esta ainda não tiver sido cumprida. Entendemos também cabível em caso de livramento condicional, apesar de o legislador não tê-la consagrado expressamente, pela flagrante semelhança de situações.

5.1 Limite permitido de desconto em folha

Esse desconto deverá ficar dentro do limite de um décimo e da quarta parte da remuneração do condenado, *desde que não incida sobre os recursos indispensáveis ao seu sustento e ao de sua família* (arts. 50, § 2º, e 168, I, da LEP). Se o condenado estiver preso, a multa poderá ser cobrada mediante desconto na sua remuneração (art. 170 da Lei de Execução Penal).

5.2 Responsabilidade do empregador

O responsável pelo recolhimento — no caso, o empregador do acusado — será intimado para efetuar o recolhimento na data e no local estabelecidos pelo juiz da execução, sob pena de incorrer em crime de desobediência.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Não é admissível a execução provisória da pena de multa, consoante dispõem os arts. 50 do Código Penal e 164 da Lei de Execuções Penais" (STJ, HC 53.192/SC, Rel. Min.

Arnaldo Esteves Lima, j. 20-11-2006).

"Encontra-se pacificada no âmbito desta Corte a orientação no sentido de que o Ministério Público não mais detém legitimidade para propor ação de execução de pena de multa, em razão da nova sistemática trazida pela Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, passando a titularidade para a Fazenda Pública. (Precedentes)" (STJ, REsp 804.143/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-4-2006).

"Compete ao Juízo da Execução Penal determinar a intimação do condenado para realizar o pagamento da pena de multa (art. 50 do CP). Ausente o adimplemento da obrigação, deve a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal. Entendimento jurisprudencial desta Corte" (STJ, AgRg no REsp 397.242/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 7-6-2005).

"Considerando que a Lei de Execução Penal, ao instituir o benefício do parcelamento da pena de multa ao condenado que esteja em situação econômica penosa, não fez constar qualquer limitação em relação ao número de prestações em que o pagamento deve ser efetuado, cumpre ao Magistrado considerar razoavelmente as peculiaridades do caso concreto e, então, ajustar-lhe a sua decisão com observância ao princípio da individualização da pena, sendo certo que a lei lhe faculta até mesmo a determinação de diligências para a verificação das reais condições financeiras do condenado (art. 169, § 1º, da LEP)" (TJMG, Agravo 1.0000.04.409278-1/001, Rel. Sérgio Braga, j. 24-8-2004).

Conversão da multa e revogação

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

— V. Lei n. 6.830/80 (execução fiscal).

— §§ 1º e 2º do primitivo art. 51 expressamente revogados pelo art. 3º da Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

D O U T R I N A

Nova redação: A Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, deu nova redação a este artigo, transformando a multa penal, após o trânsito em julgado, em *dívida de valor.*

1 Dívida de valor

A expressão "dívida de valor" identifica a intenção de transformar a sanção penal em *débito monetário*. No entanto, tal circunstância, por si só, *não altera a natureza penal dessa sanção*, que é consequência jurídica de infração penal. A transformação em *dívida de valor* encerra dois outros

objetivos: justificar a proibição da possibilidade de converter a multa não paga em prisão e satisfazer os hermeneutas civis, segundo os quais “dívida de valor” pode ser atualizada monetariamente.

2 Dívida ativa não tributária

Segundo o art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/64, são dívida ativa não tributária os créditos da Fazenda Pública, “tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, *multas de qualquer origem ou natureza*, exceto as tributárias...”.

3 Impossibilidade de conversão da multa

A Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51, impede a conversão da multa não paga em pena de prisão. Mesmo antes da edição da Lei n. 9.268/96, já apontávamos algumas dificuldades para aceitar a conversão, pura e simples, da pena de multa em prisão, tão somente pelo não pagamento (ver nesse sentido nosso *Lições de Direito Penal*, p. 199).

4 Competência para a execução da pena de multa

A competência para a execução da pena de multa — que não foi alterada pela Lei n. 9.268/96 — continua sendo do *juiz das execuções criminais*, e a legitimidade para a sua promoção continua sendo do *Ministério Público* correspondente. Assim, todas as questões suscitadas na execução da multa penal, como, por exemplo, o *quantum* da execução, atualização monetária ou causas interruptivas ou suspensivas da prescrição e, principalmente, causas extintivas de punibilidade, eventualmente suscitadas em embargos de execução, não serão da competência do juízo cível. Referida lei, além de não fazer qualquer referência à execução da pena de multa, deixou vigentes os dispositivos penais relativos à sua execução.

4.1 Dívida de valor e natureza criminal da multa penal

A opção do legislador em considerar a multa penal como “dívida de valor” não altera a sua natureza de sanção criminal, que continua limitada pelo *princípio da personalidade* da pena. Aliás, por isso, o art. 4º da Lei n. 6.830/80 é inaplicável à multa penal. Por outro lado, o *fundamento políticolegislativo* para essa opção do legislador objetiva justificar a

inconversibilidade da pena de multa não paga em prisão, e satisfazer os hermeneutas civis, segundo os quais "dívida de valor" pode ser atualizada monetariamente. A multa penal será *dívida ativa não tributária* (art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/64).

4.2 Multa penal: herdeiros e sucessores

Sanção criminal — seja de natureza pecuniária ou não — é a consequência jurídica do delito e, como tal, está limitada pelos *princípios limitadores do direito repressivo penal*, dentre os quais se destacam os princípios da *legalidade e da personalidade* da pena. Pelo princípio da *personalidade da pena* — aliás, a grande característica diferenciadora da pena criminal pecuniária das demais penas pecuniárias —, herdeiros e sucessores não respondem por essa sanção. Ademais, não se pode esquecer que *a morte do agente* é a primeira *causa extintiva da punibilidade* (art. 107, I, do CP).

4.3 Fundo Penitenciário Nacional

A Lei Complementar n. 79/94, que criou o *Fundo Penitenciário Nacional*, prevê como uma de suas receitas a *pena de multa* (art. 2º, V). O fato de passar a ser considerada *dívida de valor*, além de não alterar a natureza dessa sanção, também não pode alterar a sua destinação, qual seja, o Fundo Penitenciário Nacional.

4.4 Fazenda Pública: destinação inconstitucional

Não é competência da Fazenda Pública executar créditos do Fundo Penitenciário Nacional decorrentes de sentença condenatória criminal, considere-se ou não "dívida de valor". A execução de sanções criminais — privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias — *é competência exclusiva do juízo criminal*! A execução ou "cobrança" da pena de multa integra a *persecução penal*, e o único órgão do Estado com "competência" para exercitá-la é o Ministério Público com assento no *juízo criminal*. E o processo de execução penal é o único instrumento legal que o Estado pode utilizar, coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo decisório de uma sentença penal condenatória.

4.5 Competência concorrente: União e Estado

A *competência concorrente* (art. 24, I, da CF) para legislar sobre determinada matéria destina-se (a) *a suprir a ausência de normas federais sobre o tema*, ou (b) *a adicionar pormenores à lei federal básica já editada*. Destarte, não pode haver *conflito* entre as legislações estaduais e a legislação federal, e, se ocorrer, prevalecerá a legislação federal. Por isso, as leis estaduais que *instituíram Fundos Penitenciários Estaduais*, nos respectivos Estados, atribuindo-lhes a arrecadação das multas penais, *são inconstitucionais*, pois se chocam com o art. 49 do Código Penal e com a Lei Complementar n. 79/94, que destinam ao Fundo Penitenciário Nacional a arrecadação das multas criminais. Se não houvesse essas previsões legais, as unidades federativas poderiam dispor livremente sobre os destinos das referidas arrecadações. No entanto, ante a existência das previsões do Código Penal e da lei complementar em análise, os Estados não podem dar-lhes destinações diversas.

4.6 Destinação do produto da multa criminal

A arrecadação proveniente das multas penais sempre se destinou ao aparelhamento (construções e reformas) do *sistema penitenciário nacional*, desde a sua origem, com a criação do *selo penitenciário*, por meio do Decreto n. 24.797/34, regulamentado pelo Decreto n. 1.141. Seguindo essa orientação, a Lei Complementar n. 79, em seu art. 1º, fixa os objetivos do *Fundo Penitenciário Nacional*, quais sejam, "proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro". Logo, *o produto da arrecadação dessas multas*, em sua totalidade, *está destinado*, de forma vinculada, ao *Fundo Penitenciário Nacional* (art. 2º da LC n. 79/94).

4.7 Malversação de verbas públicas

Dar outra destinação à multa penal, como atribuí-la a *entidades sociais* ou *filantrópicas*, ao arrepio da lei — fazendo-se uma análise desapaixonada —, poderá configurar *improbidade administrativa* e *malversação de verbas públicas*. Com efeito, por muito menos que isso, *prefeitos têm sido levados à prisão por aplicar verbas em rubricas diferentes das previstas.*

4.8 Competência: União ou Estado

Tratar-se de crimes da competência da Justiça Federal ou da Justiça dos Estados é discussão bizantina. A Lei Complementar n. 79/94 destinou a

arrecadação proveniente das sanções criminais pecuniárias, em um primeiro momento, ao Fundo Penitenciário Nacional, independentemente da natureza do crime ou da jurisdição competente para julgá-lo. Somente em um momento posterior, por meio de convênios celebrados, prevê o repasse de parcelas dessa arrecadação às unidades federativas (Estados e Distrito Federal). Em outros termos, embora, a rigor, a utilização dos recursos arrecadados se destine, em última instância, às unidades federativas, a *gestão* e *gerenciamento* de sua aplicação — vinculada expressamente aos objetivos definidos na lei criadora do FUNPEN — *é prerrogativa exclusiva da União*.

4.9 Inscrição em dívida ativa: impossibilidade jurídica

É insustentável a interpretação segundo a qual, após o trânsito em julgado, *as multas penais devem ser inscritas em dívida ativa da Fazenda Pública*, nos termos da lei. Que lei? Em primeiro lugar, a indigitada Lei n. 9.268/96 não prevê que a multa penal deva ser inscrita em *dívida ativa*, como se tem afirmado; em segundo lugar, se previsse, seria uma *heresia jurídica*, pois transformaria um *título judicial* (sentença condenatória) em *título extrajudicial* (dívida ativa). Este, por conseguinte, mais sujeito a impugnações e embargos, demandando todo um procedimento administrativo, inadmissível para quem já dispõe de um título judicial, com toda a sua carga de certeza; em terceiro lugar, *deslocaria, ilegalmente, o crédito do Fundo Penitenciário Nacional para um crédito comum, extraorçamentário, da União*.

4.10 Atribuição para inscrever em dívida ativa

A quem competiria promover a inscrição da dívida ativa da União? A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instada a se manifestar, emitiu o judicioso Parecer n. 1.528/97, afastando de suas atribuições, por falta de previsão legal, entre outros argumentos, inscrever em dívida ativa as multas penais. E, afora essa instituição, ninguém mais detém tal atribuição. Ver, de forma mais abrangente, em Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, 5. ed., São Paulo, RT, 1998.

5 Prescrição da multa e causas modificadoras

Ficou interessante a confusão criada com a nova lei: o *lapso*

prescricional continua sendo regulado pelo *Código Penal* (art. 114), mas as *causas interruptivas e suspensivas da prescrição* são as previstas pela Lei de Execução Fiscal (6.830/80) e pelo Código Tributário Nacional, com exceção, é claro, da morte do agente (inteligência da Lei n. 9.268/96).

5.1 A inevitável prescrição durante a execução

A prescrição da pena de multa, isoladamente aplicada, continua a verificar-se em apenas dois anos (art. 114), cujo prazo começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação. Assim, a maioria das condenações à pena pecuniária escapará pela porta larga da prescrição, a menos que se introduza um dispositivo legal determinando que a prescrição não corre enquanto se procede à cobrança judicial da multa.

6 Finalidades da citação prevista no art. 164 da LEP

Essa citação, na verdade, tem três finalidades alternativas: a) *pagar a multa imposta*; b) *nomear bens à penhora*; ou c) *depositar a importância correspondente*. Porém, se decorridos os dez dias e o condenado não tomar nenhuma das três providências acima referidas, ser-lhe-ão penhorados tantos bens quantos bastem para garantir a execução, nos termos do art. 164, § 1º, da Lei de Execução Penal.

7 Atualização monetária da pena de multa

O § 1º do art. 49 determina que o valor do dia-multa será fixado tendo em consideração o salário mínimo vigente *na data do fato*. E o § 2º do mesmo artigo determina que a multa será atualizada monetariamente, quando for executada. Esses dois parágrafos, respeitando o princípio da legalidade, deixam claro que o valor da multa deve considerar a data do fato, e que a sua atualização monetária terá aquela data como marco inicial. As demais teorias sobre o início do prazo para atualização, embora respeitáveis, a nosso juízo, não encontram respaldo legal.

8 Dosagem da multa na tentativa

A dosimetria da pena de multa não observa os parâmetros estabelecidos no art. 68; ao contrário, primeiro se encontra a quantidade de dias-multa, onde o caráter tentado já é valorado, e depois o valor de cada dia-multa,

como já mencionamos no item *dosimetria da pena de multa*. As operadoras referidas no art. 68 não são valoradas em fase tríplice, nem mesmo as causas de aumento e de diminuição. Por isso, o limite mínimo da pena de multa não pode ser inferior aos dez dias estabelecidos no *caput* do art. 49.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 693 do STF:* "Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

"Com o advento da Lei n. 9.268/96, que alterou o art. 51 do Código Penal, a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, cuja cobrança compete à Fazenda Pública, nos moldes da Lei de Execução Fiscal. A simples conversão da multa em dívida de valor, contudo, não lhe retira o caráter penal, atribuído pela própria Constituição Federal, no art. 5º, XLVI, *c*. Precedentes. Subsiste, assim, a regra de que a extinção do processo de execução criminal apenas pode ocorrer se cumprida a pena imposta na sentença, a qual, no caso, compreende não só a privativa de liberdade, mas também a de multa, a menos que sobrevenha alguma das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal. Precedentes. Esse entendimento não implica manter o processo de execução penal indefinidamente em aberto, aguardando a cobrança judicial da multa pela Fazenda Pública. Isso porque nada impede que o apenado cumpra, por sua própria iniciativa, a pena pecuniária que lhe foi imposta na sentença condenatória, obtendo, assim, a extinção do processo executivo criminal pelo cumprimento efetivo e integral da reprimenda" (STJ, REsp 843.296/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29-11-2007).

"A nova redação do art. 51, do Código Penal, trazida pela Lei n. 9.268/96, determina que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a pena pecuniária deve ser considerada dívida de valor, saindo da esfera de atuação do Juízo da Execução Penal, e se tornando responsabilidade da Fazenda Pública, que poderá ou não executá-la, de acordo com os patamares que considere relevante. Tal situação, contudo, não lhe retira o caráter punitivo, devendo o processo de execução criminal ser extinto somente após o efetivo cumprimento da pena pecuniária, salvo, é claro, se sobrevier uma das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal" (STJ, REsp 928.965/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-9-2007).

"O Código Penal é um conjunto integrado de normas que devem ser interpretadas de modo harmônico e sistêmico, à luz das disposições constitucionais. A condenação anterior à pena de multa não é apta, por si só, para autorizar a reincidência, pois constitui dívida de valor que não é suscetível, sob nenhum fundamento, mercê de garantia constitucional (art. 5º, LXVII), de conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos" (STJ, HC 22.736/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 19-12-2003).

"A orientação da Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou-se no sentido de que compete ao Juízo da Execução Penal determinar a intimação do condenado para realizar o pagamento da pena de multa, a teor do que dispõe o art. 50 do Código Penal; e, acaso ocorra o inadimplemento da referida obrigação, o fato deve ser comunicado à Fazenda Pública a fim de que ajuíze a execução fiscal no foro competente, de acordo com as normas da Lei n. 6.830/80, porquanto, a Lei n. 9.268/96, ao alterar a redação do art. 51 do Código Penal, afastou a titularidade do Ministério Público" (STJ, REsp 459.750/SP, Rel.

Min. Laurita Vaz, j. 24-6-2003).

Suspensão da execução da multa

Art. 52. É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

— V. arts. 26 e 77 a 82 do CP.

— V. art. 167 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Efeito de doença mental

A superveniência de doença mental suspende a execução da pena de multa, à semelhança do que ocorre com a execução da pena privativa de liberdade (art. 41 do CP e art. 167 da LEP), quando o condenado deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

2 Duração da suspensão por doença mental

Não pode ser por prazo indefinido. Como não é causa de suspensão ou de interrupção da prescrição, pode durar enquanto a doença persistir, desde que não se verifique a prescrição. Ocorrida esta, extingue-se a punibilidade.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Pena de multa substituída por medida de segurança. Tratamento ambulatorial. Não comparecimento a exame de cessação da periculosidade. Expedição de mandado de captura" (STJ, HC 55.715/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-2-2007).

Capítulo II - Da Cominação das Penas

— V. art. 6º, § 4º, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

Penas privativas de liberdade

Art. 53. As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.

— V. arts. 32, I, e 75 do CP.
— V. art. 284 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

D O U T R I N A

Cominação de pena

Cominação significa a prescrição de pena correspondente a determinado delito. Tradicionalmente o direito codificado brasileiro prevê a sanção penal em cada tipo penal. A norma penal compõe-se de duas partes: a) o *preceito*, que contém o imperativo de proibição ou comando, e b) a *sanção* (preceito secundário), que constitui a ameaça de punição a quem violar o preceito primário. As penas privativas de liberdade, mantida a tradição, vêm cominadas no preceito secundário, estabelecendo seus limites mínimo e máximo em cada tipo incriminador.

Penas restritivas de direitos

Art. 54. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

— V. arts. 44 e 59, IV, do CP.
— V. arts. 147 a 155 e 180 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Novo sistema de cominação

Em relação às penas restritivas adotou-se outro sistema de cominação de penas, mais flexível, mas sem alterar a estrutura do Código Penal. Elas não estão previstas para cada tipo penal, como as privativas de liberdade. Há um capítulo próprio estabelecendo seus pressupostos, requisitos e condições gerais e especiais de aplicação, evitando-se todos os problemas que o casuísmo poderia apresentar. Sua aplicabilidade está regulada nos arts. 54 a 57 do Código.

2 Penas autônomas e substitutivas

As penas restritivas são autônomas e substitutivas da pena privativa de liberdade. Significa que primeiro o juiz deve encontrar a pena privativa de liberdade que seria definitiva e, a seguir, satisfeitos os requisitos que autorizam a *substituição*, deve proceder a ela. São substituíveis as penas inferiores a um ano, ou quando os crimes forem culposos.

3 Momento de aplicação

a) *Na condenação* — individualizada a pena concretizada na sentença, o juiz deve examinar a possibilidade de substituição (arts. 44 e 59, IV); b) *durante a execução* — como incidente de execução, quando se fizerem presentes os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 180 da LEP.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"As penas restritivas de direito têm assento constitucional (inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal) e são timbradas pela contraposição aos efeitos certamente traumáticos e estigmatizantes do cárcere. O exame dos requisitos necessários à substituição integra o já tradicional *sistema trifásico* de aplicação de pena. Donde o magistrado não poder silenciar sobre o art. 44 do Código Penal (art. 59 do Código Penal). Para atender à teleologia da norma, o juiz precisa adentrar no exame das circunstâncias do caso concreto para nelas encontrar os fundamentos da negativa ou da concessão das penas restritivas de direito. No caso, a menção ao art. 44 do Código Penal não atende às garantias da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais. Ordem concedida para cassar a pena imposta ao paciente e determinar ao Juízo de primeiro grau que proceda, com base na análise das circunstâncias do caso concreto, ao exame de que trata o art. 44 do Código Penal" (STF, HC 90.991/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21-6-2007).

"A sanção penal estabelecida pelo art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro de suspender ou proibir a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, por se tratar de uma pena restritiva de direitos, aplicada conjuntamente com a pena corporal, não pode ser substituída por outra de mesma natureza, ao arbítrio do julgador. Impossibilidade de interpretar extensivamente os arts. 44 e 54 do CP, que preveem apenas a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos" (STJ, REsp 347.829/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10-8-2004).

"A decisão que indefere a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos deve ser fundamentada. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, não pode ser o benefício negado somente pelo fato de responder a outros processos em andamento" (STJ, HC 11.279/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 7-12-1999).

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV,

V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

— V. arts. 32, II, 44 e 45 do CP.

D O U T R I N A

1 Limite de duração das penas restritivas de direitos

O limite de duração das penas restritivas será o mesmo que teria a pena privativa de liberdade substituída (art. 55 do CP). A pena restritiva não pode ter duração superior nem inferior à da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art 46.

2 Cumprimento em menor tempo

A ressalva no final deste artigo refere-se à possibilidade de cumprir a pena de prestação de serviços comunitários em menor tempo. Essa possibilidade, para evitar dúvida, deve ficar expressa na decisão que efetuar a substituição da pena.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"As penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que elas substituíram" (STJ, HC 74.872/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"Se a pena privativa de liberdade, fixada de maneira isolada, foi substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo uma delas a descrita no inciso III do art. 47 do Código Penal — interdição temporária de direitos consistente na suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor — deve-se aplicar a regra do art. 55 do Código Penal, segundo a qual as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída" (STJ, REsp 495.402/AC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-8-2003).

Art. 56. As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

D O U T R I N A

1 Aplicação obrigatória das penas de interdição

Como pena restritiva *específica*, na hipótese de substituição, serão necessariamente aplicadas as penas previstas no art. 47, I e II, para crimes cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

2 Pressupostos necessários

É indispensável que o crime tenha sido praticado no exercício das atividades referidas e com violação dos deveres inerentes a tais atividades. Com efeito, é necessário que o crime praticado esteja diretamente relacionado com o mau uso do direito interditado. Caso contrário, a pena violará o direito do cidadão de desenvolver livremente a profissão que eleger.

3 Execução das interdições

A autoridade superior do condenado deverá, no caso de funcionário público, no prazo de 24 horas, após cientificada da condenação, baixar ato administrativo, a partir do qual começa a execução da pena. Na hipótese do art. 47, II e III, o juiz das execuções determinará à autoridade competente a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito interditado (art. 154 da LEP).

4 Inobservância da interdição

Constitui obrigação da autoridade competente, e faculdade do particular, comunicar ao juiz da execução o descumprimento da interdição (art. 155 da LEP), que poderá resultar em conversão em pena de prisão, se o descumprimento for *injustificado* (arts. 45, II, do CP e 181, § 3º, da LEP).

Art. 57. A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

— V. arts. 121, §§ 3º e 4º, e 129, §§ 6º e 7º, do CP.

D O U T R I N A

1 Suspensão da habilitação de motorista

Esta pena só é aplicável nos crimes culposos de trânsito. Nesses crimes, havendo substituição por pena restritiva de direitos, necessariamente, essa *alternativa* deve ser aplicada, por ser uma pena específica, prevista especialmente para esse tipo de crime.

2 Confronto com efeitos da condenação

Esta pena substitutiva não se confunde com a *inabilitação* do art. 92, III. Esta é efeito extrapenal específico da condenação, quando o veículo for utilizado como *meio* para praticar crime doloso. Aquela é pena substitutiva de pena privativa de liberdade, decorrente de crime culposo no trânsito.

3 Inobservância da interdição

Vide anotações ao art. 56. Constitui causa de conversão em pena de prisão (arts. 45, II, do CP e 181, § 3º, da LEP).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Em respeito ao princípio da proporcionalidade, reconhecidas como favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tanto que a pena pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor foi fixada no piso legal, a pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor deve, também, ser fixada em seu mínimo. Precedentes do STJ" (STJ, REsp 824.234/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-8-2006).

"Acidente de trânsito — homicídio culposo e lesão corporal culposa. Impossível o decote da pena de suspensão da habilitação imposta ao apelante, vez que se trata de sanção obrigatória prevista na norma incriminadora (art. 302 da Lei 9.503/97), não constituindo a sua imposição faculdade conferida ao Magistrado. Deve ser reduzido o prazo de suspensão da habilitação estabelecido na sentença, vez que tal sanção deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade" (TJMG, Apelação 1.0372.02.003430-5/001(1), Rel. Vieira de Brito, j. 25-7-2006).

Pena de multa

Art. 58. A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código.

— V. arts. 164 a 170 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Parágrafo único. A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.

D O U T R I N A

1 Limites equivocados da multa

Comete profundo equívoco este artigo quando afirma que *os limites da pena de multa prevista nos tipos penais estão fixados no art. 49 e seus parágrafos*. Pergunta-se: e a majoração estabelecida no § 1º do art. 60, não é um limite? E, sendo um limite, não será ele aplicável a todos os tipos legais de crimes que tenham a previsão de pena pecuniária? Ou aquela majoração até o triplo só será aplicável nos casos de *multa substitutiva*, que independe de cominação na Parte Especial? As respostas a essas indagações demonstram que, realmente, os limites da multa não são *somente* os do art. 49 e seus parágrafos, mas também o do art. 60, § 1º, que se aplica tanto à multa prevista nos tipos legais de crimes como nas multas substitutivas.

2 Cominação da multa substitutiva

Quando aplicada, na condição de pena substitutiva, a multa não se encontra prevista nos respectivos tipos penais (arts. 44, parágrafo único, e 60, § 2º, c/c o art. 58, parágrafo único).

3 Cominação abstrata da multa

As normas incriminadoras não estabelecem mais os seus limites, mínimo e máximo, como fazia o Código Penal em sua redação original. O art. 2º da Lei n. 7.209/84 substituiu a expressão “multa de” por “multa”, em todos os tipos penais do *Código Penal* e das *leis especiais* alcançadas pelo art. 12, que cominem pena de multa.

Capítulo III - Da Aplicação da Pena

Fixação da pena

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:

I — as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II — a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV — a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

— V. art. 5º, XLVI, da CF.
— V. arts. 33, § 3º, 44, III, 60, § 2º, 68, 77, II, e 78, § 2º, do CP.
— V. arts. 6º, IX, 381, III, e 387, II e III, do CPP.
— V. art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

D O U T R I N A

1 Individualização da pena

A individualização da pena ocorre em três momentos distintos: a) *individualização legislativa* — processo por meio do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; b) *individualização judicial* — elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente; c) *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

2 Finalidade da pena

Alheio às teorias modernas sobre fins e funções da pena, o art. 59 determina que a pena deve ser a *necessária* e *suficiente* para a reprovação e prevenção do crime, observadas as circunstâncias que estabelece.

3 Circunstâncias e elementares do crime

Os fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas

elementares do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito. Elementares do crime são dados, fatos, elementos ou condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de *circundar* simplesmente o injusto típico para integrá-lo.

Circunstâncias, por sua vez, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas *circundam* o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade. O tipo penal, além dos seus elementos essenciais, pode ser integrado por outras circunstâncias, acidentais, que, embora não alterem a sua constituição ou existência, influem na dosagem final da pena.

3.1 Distinção entre elementar e circunstância

Para se distinguir uma *elementar* do tipo penal de uma simples *circunstância* do crime basta excluí-la, hipoteticamente; se tal raciocínio levar à descaracterização do fato como crime ou fizer surgir outro tipo de crime, estar-se-á diante de uma *elementar*. Se, no entanto, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma *circunstância* do crime.

4 Circunstâncias judiciais

As circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime são conhecidas na doutrina como *circunstâncias judiciais, circunstâncias legais* e *causas de aumento e de diminuição da pena*. Os elementos constantes no art. 59 do CP são denominados *circunstâncias judiciais*, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

4.1 Culpabilidade

Impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta

em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.

4.2 Antecedentes

Por antecedentes se devem entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.

Admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos não significa uma "condenação" ou simplesmente uma violação do princípio constitucional de "presunção de inocência", como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência têm entendido. Não nos parece a melhor corrente, embora respeitável, o entendimento de que "inquéritos instaurados e processos criminais em andamento", "absolvições por insuficiência de provas", "prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes" não podem ser considerados como "maus antecedentes", porque violaria a presunção de inocência. Com efeito, ao serem admitidos como antecedentes negativos, não encerram *novo juízo de censura,* isto é, não implicam condenação; caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como "maus antecedentes" representaria uma *nova condenação,* o que é inadmissível. A persistir esse entendimento mais liberal, restariam como maus antecedentes somente as *condenações criminais* que não constituam reincidência. E, se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se "aos antecedentes", ter-se-ia referido "às condenações anteriores irrecorríveis".

Embora tenha sido válido ao seu tempo, hoje, em um Estado Democrático de Direito, é insustentável o entendimento de Nélson Hungria, segundo o qual também devem ser apreciados como antecedentes penais os "processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes de sentença final irrecorrível, inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenações ainda não passadas em julgado (...), processos em andamento, até mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova".

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional e "constitucionalizando o Direito Penal", somente podem ser valoradas como "maus antecedentes" decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes.

4.3 Conduta social

Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral.

4.4 Personalidade

Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

As infrações criminais praticadas pelo réu durante a *menoridade* servem para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento. Essas duas circunstâncias constituem elementos concretos reveladores da personalidade identificada com o crime, que não podem ser ignorados.

4.5 Os motivos do crime

Os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa. Não há crime gratuito ou sem motivo. Para a dosagem da pena é fundamental considerar a *natureza e qualidade* dos motivos que levaram o indivíduo à prática do crime.

4.6 As circunstâncias

As circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas no texto legal (arts. 6l, 62, 65 e 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes.

4.7 As consequências do crime

Não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. Deve-se, na verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.

4.8 Comportamento da vítima

Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas contribuem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que, embora não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso, como, por exemplo, "a injusta provocação da vítima". A verdade é que o comportamento da vítima pode contribuir para fazer surgir no delinquente o impulso delitivo.

5 Inadmissível "non bis in idem"

Aquelas circunstâncias que *constituírem*, *qualificarem* ou *privilegiarem* o crime ou, de alguma forma, agravarem ou atenuarem a pena não devem ser avaliadas neste momento, para evitar a dupla valoração.

6 Circunstâncias judiciais nos denominados "crimes societários"

Nenhuma das leis esparsas, especiais ou extravagantes consagra um modo especial de dosimetria penal, aplicando-se, por inteiro, as previsões contidas no Código Penal, quando mais não seja, por determinação da regra expressa no art. 12 do referido estatuto penal material. Dessa forma, *culpabilidade*, *antecedentes*, *conduta social*, *personalidade do agente*, *motivos*, *circunstâncias e consequências do crime* são exatamente as

mesmas previstas no Código Penal, com os mesmos conteúdos, sentidos, funções, finalidades e limites que nesse diploma legal são concebidos. Nada autoriza, no ordenamento jurídico brasileiro, que se lhes deem dimensões outras que distingam da orientação consagrada na doutrina e jurisprudência nacionais, ao longo de sua história. Assim, é absolutamente equivocada e infundada a valoração dos predicados relacionados no art. 59 do Código Penal.

7 Pena aquém do mínimo: impossibilidade — interpretação equivocada

O equivocado entendimento de que "circunstância atenuante" não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de *interpretação analógica* desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma *causa especial* de diminuição de pena — quando o agente quis participar de crime menos grave —, mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. No entanto, nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às *circunstâncias atenuantes*, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação.

8 Pena aquém do mínimo: uma garantia constitucional

Na verdade, o entendimento contrário partia de uma *interpretação equivocada*, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as *circunstâncias atenuantes* "sempre atenuam a pena", independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua *obrigatoriedade*, e eventual interpretação diversa viola não apenas o *princípio da individualização da pena* (tanto no plano legislativo quanto no judicial) como também o *princípio da legalidade estrita*.

9 Aplicação obrigatória do art. 65: direito subjetivo

Enfim, deixar de aplicar uma *circunstância atenuante* para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65

do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta.

10 Súmula 231 do STJ: carência de fundamento jurídico

Por fim — e a conclusão é inarredável — a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da *individualização da pena* e da *legalidade estrita*. Não há lei alguma proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, a pena-base possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a redução da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite. Ver, nesse sentido, nosso *Tratado de Direito Penal*, volume 1, capítulo da aplicação da pena.

11 Limites temporais dos efeitos dos maus antecedentes

É indispensável que se respeite a limitação temporal dos efeitos dos "maus antecedentes", adotando-se o parâmetro previsto para os "efeitos da reincidência", fixado no art. 64 do CP em cinco anos, por autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho (Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. *Aplicação da pena e garantismo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 52; no mesmo sentido, José Antonio Paganella Boschi, *Das penas e seus critérios de aplicação*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000, p. 208), *in verbis*: "o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos — delimitação temporal da reincidência —, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal".

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 241 do STJ:* "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

"Ao fixar a pena, o MM. Juiz *a quo* deve observar todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal. Embora nem todas as circunstâncias sejam totalmente favoráveis ao apelante, a pena-base foi fixada de maneira exacerbada e deve ser proporcionalmente diminuída, em observância aos princípios da repressão e prevenção do crime" (TJMG,

Apelação 1.0511.06.010060-5/001(1), Rel. Antônio Carlos Cruvinel, j. 18-12-2007).

“A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram aspectos externos à descrição típica. Não podem ser utilizados processos penais em curso, à guisa de maus antecedentes, sob pena de violação da garantia constitucional da presunção de inocência. Pode-se considerar como circunstância judicial desfavorável o fato de o crime ter sido praticado contra entidade pública que se encontra em particular situação de precariedade, na hipótese, o Sistema de Seguridade Social. Justifica-se o acréscimo punitivo no estabelecimento da pena-base do delito de quadrilha ou bando, lastreada na maior culpabilidade, quando se apura participação de maior vulto na associação criminosa” (STJ, HC 76.148/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18-12-2007).

“Para fins de exacerbação da pena-base, ações penais em curso, por si só, não podem ser consideradas como maus antecedentes. Precedentes do STJ” (STJ, HC 90.838/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13-12-2007).

“A sentença condenatória impôs regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento judicial expresso e fundamentado de serem desfavoráveis algumas das circunstâncias judiciais, não há como conceder ao Paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal” (STJ, HC 64.900/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11-12-2007).

“A capacidade para entender o caráter ilícito da conduta e de se autodeterminar segundo esse entendimento faz parte do próprio conceito de culpabilidade, não podendo, portanto, ser usado para justificar a exacerbação da pena-base acima do mínimo legal. A pena-base não pode ser exasperada utilizando-se de elemento normativo do próprio tipo penal. Inaceitável a utilização de padrões morais, tais como ‘o não atuar movido por sentimentos de elevada nobreza moral e generosidade’ para avaliar a motivação do crime” (STJ, HC 66.238/GO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6-12-2007).

“Os arts. 59 e 61, I, do Código Penal preveem, respectivamente, os maus antecedentes como circunstância judicial a ser considerada na fixação da pena-base, e a reincidência como circunstância legal que sempre deverá agravar a pena, sendo esta, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória. Não há falar, no caso, em *bis in idem*, pois o juiz levou em consideração condenações diversas para elevar a pena em decorrência dos maus antecedentes e da reincidência” (STJ, AgRg no REsp 958.914/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29-11-2007).

“A circunstância de o réu ter utilizado recursos oficiais em destinação diversa à exigida, por constituir elemento constitutivo do próprio tipo, não pode ser sopesada como negativa conduta social a justificar o aumento da pena-base” (STJ, HC 82.000/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28-11-2007).

“A instância ordinária, examinando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal aplicáveis ao caso concreto, considerou-as desfavoráveis, razão pela qual, de forma devidamente fundamentada, fixou a pena-base acima do mínimo legal. Não houve, na hipótese, o alegado *bis in idem* da valoração judicial da reincidência. A Corte *a quo*, ao recalcular a pena, considerou desfavoráveis os maus antecedentes do Paciente, devidamente configurados por condenação transitada em julgado, que, embora se preste a configurar a agravante da reincidência, não foi utilizada na segunda fase, como circunstância genérica de aumento de pena” (STJ, HC 56.791/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-11-2007).

“A despeito da haver certa discricionariedade do Juiz na aferição das circunstâncias do art.

59 do Código Penal, deve fazê-lo objetivamente, respeitando o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis. No caso dos autos, considerando a efetiva existência de maus antecedentes por condenações anteriores transitadas em julgado e personalidade 'voltada para o crime', está justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, o Magistrado o fez de forma exacerbada e desproporcional" (STJ, HC 52.974/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-11-2007).

"A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal, com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n. 231-STJ)" (STJ, REsp 923.099/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"Não há entre as denominadas circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais diferença ontológica qualquer, afastando, por isso, a reincidência dos maus antecedentes, enquanto circunstância judicial, pois que tem a mesma função, determinada pela mesma causa, possuindo apenas força e grau de intensidade diversas" (STJ, REsp 713.813/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27-9-2007).

"O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. *In casu*, os argumentos judiciais tecidos ao fixar o *quantum* da reprimenda são insuficientes para amparar a exasperação na fixação da pena-base, acarretando, pois, flagrante desproporcionalidade entre a sua fixação e as circunstâncias apresentadas, ferindo, pois, o princípio da individualização da pena" (STJ, HC 46.395/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-9-2007).

"As circunstâncias judiciais devem ser sopesadas com base em fatores concretos contidos nos autos da ação penal, sendo necessária a fundamentação de todas elas, em atenção ao princípio da individualização das penas e da necessidade de motivação das decisões judiciais, sendo defeso ao Magistrado apenas apontá-las como desfavoráveis ao condenado" (STJ, HC 82.928/MS, Rel. Jane Silva, j. 13-9-2007).

"A grande quantidade de substância entorpecente apreendida é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes do STJ e do STF)" (STJ, HC 82.233/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-8-2007).

"A doutrina, interpretando o art. 59 do Código Penal, assentou que, em homenagem ao princípio constitucional da presunção da inocência, só configura mau antecedente a condenação por fato anterior, transitada em julgado, após o novo fato ilícito, não sendo juridicamente possível considerar mau antecedente criminal a circunstância de o réu figurar como indiciado em inquérito policial, ou mesmo denunciado em ação penal ainda em curso. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (TRF/1ª Região, HC 2001.01.00.036879-0/GO) [...] Embora existente mais de uma causa especial de aumento de pena, deve haver uma só incidência e não duplo ou triplo aumento. O grau máximo depende das circunstâncias judiciais" (TRF-1ª Região, Apelação 2006.43.00.002756-9, Rel. Tourinho Neto, j. 26-7-2007).

"A pena não pode ser aumentada com base em elementos do tipo ou por causa do silêncio dos acusados. O não comparecimento à delegacia apenas indica o desejo dos réus de permanecer em silêncio" (TRF-3ª Região, Apelação 1999.61.05.006838-3/SP, Rel. Márcia de Oliveira, j. 6-2-2007).

"Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional

mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal" (STJ, HC 59.657/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21-9-2006).

"1. O assalto a casa lotérica, '*justamente no horário em que estava lotada de clientes, colocando em risco as vidas das pessoas*', é circunstância em nada estranha ao elenco do art. 59 do Código Penal. 2. A intensidade do dolo, em razão de haver o réu arquitetado '*o assalto, trazendo pessoas de fora para este município*', salvo se houvesse incorrido na dupla valoração, é circunstância a que o juiz pode e deve atribuir função na individualização da pena-base, fundamentalmente porque inexiste qualquer diferença ontológica entre as circunstâncias judiciais, cuja função depende da valoração do juiz, e as legais, que têm função obrigatória. 3. Das circunstâncias judiciais não há reclamar consideração de cada qual, inclusive, para afirmá-las inexistentes, mas que efetiva e concretamente sejam particularizadas, na sua existência, aquelas a que o Magistrado atribui função individualizadora. 4. Incorre em *bis in idem* o Juiz que invoca, como circunstância judicial, referindo-a, sem mais, a violência elementar do roubo (Código Penal, art. 61), tanto quanto grava com vício a individualização da pena, atribuindo ao réu circunstância que lhe é absolutamente estranha, objetiva e subjetivamente" (STJ, HC 16.461/SE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 2-8-2005).

"Na dosimetria da pena, três fases devem ser observadas. Na primeira, fixa-se a pena-base, segundo a observância das circunstâncias judiciais do art. 59; na segunda, essa pena pode ser acrescida ou reduzida, ante a existência ou não de agravantes ou atenuantes e na última deve incidir sobre a pena apurada na segunda fase eventuais causas de aumento ou diminuição" (STJ, HC 14.201/SP, Rel. Min. Édson Vidigal, j. 20-3-2001).

Critérios especiais da pena de multa

Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

§ 2º - Multa substitutiva

§ 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

— V. arts. 49 a 52, 58 e 72 do CP.

— V. art. 77 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

D O U T R I N A

1 Critérios especiais da pena de multa

Vide anotações ao art. 49.

2 Multa substitutiva e triplicação da pena

Vide anotações ao art. 49 e seus parágrafos.

3 Cumulação de penas de multa

Determinados tipos penais preveem penas cumulativas: uma de prisão e outra de multa. Pois bem, quando a pena de prisão puder ser substituível por multa, nesse caso, aplicam-se duas penas de multa: a multa substitutiva e a multa original, uma vez que a cumulação não é facultativa mas obrigatória. Não há nenhum impedimento legal. Caso contrário, estar-se-ia suprimindo uma pena.

4 Substituição em tentativa. Limite da redução

A pena da tentativa, já reduzida nos termos do art. 14, parágrafo único, concretiza a pena de prisão definitiva. Esta, já reduzida, pela natureza tentada do crime, sendo substituída por multa, não pode ter nova redução em razão da tentativa (*JTACrim*, *87*:274). Essa redução será possível, em tese, na tentativa de contravenção, quando aplicável, diretamente (e não em substituição), pena de multa. Como não há crime punível direta e exclusivamente com pena de multa nesses delitos, é inadmissível a segunda redução, agora na pena de multa, trazendo-a para baixo dos dez dias mínimos.

5 Conversão da pena de multa não paga

A Lei n. 9.268/96, transformando a pena de multa em dívida de valor, eliminou, ao mesmo tempo, a possibilidade de convertê-la em prisão, por falta de pagamento. Esqueceu-se, todavia, de revogar o art. 85 da Lei n. 9.099/95, que, por analogia, e grande *dose de compreensão*, deve-se entender derrogado.

6 Prescrição da pena de multa

A pena de multa prescreve em dois anos, quando for a única cominada

ou a única aplicada (Lei n. 9.268/96). Prescreverá, contudo, no mesmo prazo da pena privativa de liberdade quando for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada. *Vide* anotações ao art. 114.

7 Da pretensão punitiva e da pretensão executória

A prescrição de dois anos tanto pode atingir a *pretensão punitiva* quanto a *pretensão executória*. Prescrevendo qualquer das pretensões estatais, seja punitiva, seja executória, a multa não poderá ser *executada*: estará igualmente prescrita, ao contrário de alguns entendimentos já manifestados.

8 Causas suspensivas e interruptivas da prescrição

Embora a competência para a execução da pena de multa, a nosso juízo, permaneça com o juiz das execuções criminais e com o Ministério Público, apenas com novo procedimento, as *causas suspensivas e interruptivas da prescrição* não serão aquelas previstas no Código Penal (arts. 116 e 117), mas as relacionadas na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) e no Código Tributário Nacional.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 171 do STJ: "*Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

"Inexiste previsão legal para a isenção da pena de multa, em razão da situação econômica do réu, devendo esta servir tão somente de parâmetro para a fixação de seu valor" (STJ, REsp 760.050/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-8-2006).

"A discricionariedade do julgador na fixação da pena de multa deve-se se nortear dentro dos parâmetros estabelecidos pelos arts. 49 e 60 do Código Penal" (STJ, REsp 722.561/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-3-2006).

"Impossibilidade de isenção do pagamento da pena de multa pelo condenado, pois a condição econômicofinanceira é de ser levada principalmente (e não unicamente) em conta, devendo a dosimetria da pena pecuniária atender também a outras circunstâncias, em paralelismo com a pena privativa de liberdade" (STJ, REsp 667.441/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 6-10-2005).

"Reduzida uma pena (a privativa de liberdade), impõe-se, em idêntica proporção, a redução da outra (a de multa)" (STJ, HC 35.682/MG, Rel. Min. Nilson Naves, j. 30-6-2005).

"Condenação por infringência ao art. 311 do Código de Trânsito. Aplicação de pena de seis meses de detenção substituída por pena restritiva de direito. As penas privativas de liberdade superiores a seis meses são substituídas por pena restritiva de direito. Afronta ao art. 46 do CP. O Diploma Penal prevê no art. 60, § 2º, para as penas privativas de liberdade

não superiores a seis meses, a conversão da pena privativa de liberdade em multa. Pena aplicada no mínimo legal. Presença dos requisitos subjetivos e objetivos para conversão da pena privativa de liberdade por multa" (STF, HC 83.293/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16-3-2004).

Circunstâncias agravantes

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

— V. arts. 76, II, 387 e 484, parágrafo único, I e II, do CPP.

I — a reincidência;

II — ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

— Redação da alínea *f* determinada pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

— Redação da alínea *h* determinada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

— V. art. 28, II, do CP.

— V. art. 76 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

D O U T R I N A

1 Agravantes genéricas

As agravantes e as atenuantes genéricas são chamadas de *circunstâncias legais* porque vêm expressamente relacionadas no texto legal: as agravantes nos arts. 61 e 62, e as atenuantes nos arts. 65 e 66, todos do Código Penal. Essas circunstâncias não integram a figura típica: limitam-se a *circundar* o crime.

2 Limite do agravamento

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equipariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Tampouco pode ultrapassar os limites mínimo e máximo cominados no tipo legal.

3 Aplicação das agravantes nos crimes culposos

Tanto as agravantes quanto as atenuantes aplicam-se às hipóteses de crimes culposos. Doutrinariamente não vemos nenhuma razão para a não aplicação das agravantes nos crimes culposos, em que pese a corrente jurisprudencial majoritária em sentido contrário. O dispositivo estabelece que são circunstâncias que "*sempre* agravam a pena", excluindo somente as elementares e qualificadoras do crime.

4 Elenco das agravantes

(I) Reincidência: configura-se com a prática de novo crime, após ter sido definitivamente condenado por crime anterior, no Brasil ou no exterior. O trânsito em julgado pelo crime anterior constitui pressuposto para a reincidência.

(II,* a*) Motivo fútil ou torpe: motivo fútil é aquele desproporcionado, insignificante. É o pretexto gratuito, desproporcionado em relação à causa e

à ação. *Motivo torpe* é aquele repugnante, que ofende gravemente os princípios éticos dominantes em determinado meio social. Torpe é o motivo vil, abjeto.

(II,* b*) Para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: esta agravante pressupõe a existência de outro crime, que seria o *crime-fim*, em que se pretende facilitar, assegurar, ocultar ou garantir a impunidade ou vantagem. Aplica-se somente ao *crime-meio*, ainda que o *crime-fim* não venha a ocorrer ou, enfim, a finalidade não seja atingida.

(II,* c*) À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido: as agravantes relacionadas nesta alínea constituem modos ou formas astuciosas e até insidiosas de cometimento do crime, a saber: 1) *Traição* — contém fortíssimo conteúdo imoral: deslealdade, perfídia. Na traição a vítima é surpreendida pelo ataque súbito ou sorrateiro do agente. Esta figura, em regra, só pode ocorrer nos crimes contra a pessoa. 2) *Emboscada* assemelha-se à traição, com a diferença de que, naquela, o agente espera, escondido, de tocaia, a passagem da vítima para surpreendê-la. 3) *Dissimulação* é o encobrimento do propósito criminoso do agente. É o ardil utilizado para surpreender a vítima. 4) *Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa* — esta previsão destaca que a relação contida nesta alínea é meramente exemplificativa, admitindo outras hipóteses similares. Devem, contudo, como as hipóteses elencadas, caracterizar-se pela insídia, pela astúcia, não a configurando, por exemplo, a superioridade em armas ou em força física. O exemplo mais comum desta modalidade similar é a *surpresa*. A ocorrência destas modalidades, na hipótese de homicídio, qualifica-o.

(II,* d*) Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum: relacionam-se aqui, exemplificativamente, os *meios* de cometimento do crime, que se caracterizam pela insidiosidade ou crueldade. *Meio insidioso* (veneno) é aquele capaz de iludir a atenção da vítima. *Meio cruel* (fogo, explosivo, tortura) é aquele que causa, desnecessariamente, maior sofrimento à vítima, "ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade" (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, n. 38). *Meio de que pode resultar perigo comum* (fogo, explosivo) é o que pode atingir indeterminado número de pessoas ou coisas. Por razões

óbvias, esta agravante não se aplica aos crimes de perigo comum, por integrá-los.

(II,* e*) Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge: nos crimes praticados contra parentes, nas linhas relacionadas, violam-se deveres decorrentes do parentesco. O parentesco pode ser legítimo, ilegítimo, natural ou civil. Não se aplica a agravante em relação a cônjuge, se o casal se encontra judicialmente separado ou divorciado.

(II,* f*) Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: consideram-se aqui situações pessoais ou familiares que facilitam a prática delituosa, além de implicarem a infringência de especiais deveres: 1) *Abuso de autoridade* — refere-se às relações privadas em que haja um vínculo de dependência ou subordinação, com exercício abusivo ou ilegítimo de autoridade no direito privado, como, por exemplo, empregador, tutor, curador, pais etc. 2) *Relações domésticas* — são as que existem entre aqueles que participam do quotidiano de uma mesma família: familiares, empregados, amigos, frequentadores habituais etc. 3) *Relações de coabitação* — referem-se àqueles que convivem sob o mesmo teto, particularmente sob o aspecto das relações de convivência. 4) *Relações de hospitalidade* — referem-se à estada de alguém em casa alheia, sem a durabilidade da coabitação, não sendo necessário intimidade, como, por exemplo, visita para uma refeição, um drinque etc.

(II,* g*) Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão: a acepção de *abuso de poder* aqui, ao contrário da alínea anterior, refere-se ao exercício abusivo de autoridade pública. *Abuso* é o uso do poder além dos limites legais, e *violação de dever* é o desrespeito às normas que norteiam cargo, ofício, *ministério* ou *profissão*. Não há abuso de poder sem violação de dever, mas pode haver violação de dever sem abuso de poder. Cargo e ofício devem ser públicos. *Profissão* é a atividade habitualmente exercida por alguém, e *Ministério* indica atividade religiosa.

(II,* h*) Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida: considera-se, nas quatro hipóteses, a presumida menor capacidade de defesa dessas vítimas, além da perversidade e covardia do agente. Consequentemente, trata-se de presunção *juris tantum*. *Criança* é quem se encontra ainda longe da puberdade, aceitando-se, como regra, o limite de sete a oito anos. O *Estatuto do Idoso* mudou a redação deste dispositivo,

substituindo a expressão “velho” por “maior de 60 (sessenta) anos”. Pela redação anterior era considerada *velho* toda pessoa com mais de 70 anos, o que não impedia que se considerasse como tal quem, com idade inferior, se apresentasse combalido, enfraquecido ou precocemente envelhecido. Com a nova redação essa interpretação mais liberal será inadmissível, ante a impossibilidade de dar-se interpretação extensiva a normas penais repressivas. *Enfermo* é a pessoa doente, cuja resistência tenha sido diminuída pela enfermidade. *Enfermo*, no entanto, deve receber interpretação ampla, para abranger, por exemplo, os deficientes físicos e os portadores de moléstia, física ou mental. *Mulher grávida*: a gravidez inicia-se com a fecundação do óvulo e termina com a expulsão do feto. Para se configurar esta agravante é indispensável que o agente tenha consciência da gravidez da vítima.

(II, i) Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade: encontra-se nessa situação quem está sendo protegido ou custodiado pela autoridade pública. A maior censurabilidade da conduta caracteriza-se não só pela audácia do agente como especialmente pelo desrespeito à autoridade pública. Não basta a proteção genérica, que a todos abrange, mas se exige a imediata e direta proteção de determinada autoridade pública, v. g., os linchamentos em praça pública, quando a vítima é retirada da custódia policial.

(II, j) Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido: a enumeração do dispositivo é meramente enunciativa. Nessas circunstâncias, o agente aproveita-se da situação para praticar o crime, pois a calamidade ou a desgraça afrouxam, naturalmente, a vigilância dos bens juridicamente tutelados, facilitando a execução delituosa. Além da maior dificuldade em elucidar os fatos, a conduta do agente revela sua maior insensibilidade e correspondente maldade, justificando a agravação da sanção penal.

(II, l) Em estado de embriaguez preordenada: o agente embriaga-se propositalmente para praticar o crime. Com a embriaguez preordenada o agente procura liberar os freios inibitórios para praticar o crime e, quem sabe, buscar uma escusa. É indiferente o grau da embriaguez, com exceção da coma alcoólica, que poderia configurar a *actio libera in causa*. É necessária a prova de que o propósito da embriaguez era praticar o crime.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 241 do STJ:* "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

"O ciúme, por si só, como sentimento comum à maioria da coletividade, não se equipara ao motivo torpe. Na verdade, o ciúme patológico tem a intensidade exagerada de um sentimento natural do ser humano, que, se não serve para justificar a ação criminosa, tampouco serve para qualificá-la" (TJPR, RESE 0444978-9, Rel. Edison de Oliveira Macedo Filho, j. 20-12-2007).

"A reincidência não constitui *bis in idem*, posto que é imposta por se considerar mais censurável a conduta daquele que reitera a prática criminosa, colocando em risco a ordem social, bem como por demonstrar a sua incapacidade de aceitação das normas legais" (STJ, REsp 928.438/RS, Rel. Jane Silva, j. 29-11-2007).

"Os arts. 59 e 61, I, do Código Penal preveem, respectivamente, os maus antecedentes como circunstância judicial a ser considerada na fixação da pena-base, e a reincidência como circunstância legal que sempre deverá agravar a pena, sendo esta, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória. Não há falar, no caso, em *bis in idem* pois o juiz levou em consideração condenações diversas para elevar a pena em decorrência dos maus antecedentes e da reincidência" (STJ, AgRg no REsp 958.914/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29-11-2007).

"Dentro dos limites legais, e observada a Súmula 241 do STJ, caracterizados os maus antecedentes e a reincidência, incidem os dispositivos previstos, respectivamente, no art. 59 e no art. 61, inciso I, do CP (Precedentes)" (STJ, AgRg no REsp 917.060/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP, a rejeição de sua incidência sob pretexto de *bis in idem*, concretamente inocorrente (Precedentes)" (STJ, AgRg no REsp 951.859/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-10-2007).

"Nos termos do art. 67 do Código Penal e da firme jurisprudência da 3ª Seção a respeito, a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão. Precedentes" (STJ, REsp 912.053/MS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 16-10-2007).

"Uma vez que o crime foi praticado com violência presumida, descabe aplicar a agravante do art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, sob pena de evidente *bis in idem*, uma vez que a menoridade da vítima é circunstância elementar do crime. Precedente desta Corte" (STJ, REsp 617.315/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 9-8-2005).

"Mantida a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *c*, do Código Penal, tendo em vista que o modo de agir do réu, ao oferecer dinheiro à pequena vítima para acompanhá-lo até sua casa, encobriu a intenção criminosa" (TJRS, Apelação 70010973352, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 14-4-2005).

"A atenuante da menoridade prepondera sobre qualquer outra circunstância, inclusive, sobre a reincidência, por sua vez mais gravosa do que as consequências do delito e as agravantes genéricas" (STJ, HC 32.081/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-2-2005).

"Incabível a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea *e*, do Código Penal, pois há nos autos prova pré-constituída de que a vítima não era esposa do paciente, porquanto casados apenas em cerimônia religiosa. A norma penal refere unicamente o cônjuge, sendo vedado, no Direito Penal, ampliar tal conceito restritivo, com o emprego de analogia *in malam partem*" (STJ, HC 23419/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28-9-2004).

"O motivo fútil e o uso de meio de que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima são

integrantes do tipo do homicídio qualificado e, por isso, não podem ser incluídas na quesitação de julgamento de réu pronunciado por homicídio simples. Precedentes" (STJ, REsp 457.280/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-6-2003).

"Se na sentença de pronúncia o Juiz monocrático, após acurado exame do conjunto fático-probatório, afastou as qualificadoras 'motivo fútil' e 'recurso que impossibilitou a defesa da vítima', não se poderia incluir essas circunstâncias como agravantes genéricas no questionário apresentado ao Tribunal do Júri, mormente quando a acusação se conformou com a decisão que pronunciou o réu por homicídio em sua forma simples. Precedentes do STJ" (STJ, HC 17.509/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 21-2-2002).

"Não se revelando nos autos o motivo do crime, não há falar seja ele fútil, até porque não há como valorar uma conduta, reputando-a fútil, ou não, se não se sabe o motivo que lhe deu causa" (STJ, REsp 172.163/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10-4-2001).

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I — promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II — coage ou induz outrem à execução material do crime;

— V. art. 22 do CP.

III — instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

D O U T R I N A

Agravantes no concurso de pessoas

A previsão deste artigo identifica-se com o princípio de que cada um deve ser punido nos limites de sua culpabilidade. Destina-se a qualquer *participante*, seja autor, coautor ou partícipe do crime, desde que:

(I) Promova ou organize a cooperação no crime ou dirija a atividade dos demais agentes: pune-se mais severamente aquele que exerce um papel de liderança entre os participantes, independentemente de ser ou não o autor intelectual.

(II) Coaja ou induza outrem à execução material do crime: *coagir* e *induzir* não são sinônimas e diferem profundamente em grau de intensidade

de eficácia, embora, como agravantes, a lei as tenha equiparado. *Induzir* significa suscitar uma ideia, fazer surgir uma ideia até então inexistente. A *coação* poderá ter efeitos diversos: se for *irresistível* exclui a punibilidade do coagido, podendo, dependendo das circunstâncias, transformar o coator em *autor mediato*, se este não estiver participando diretamente do fato criminoso (*vide* Cezar Roberto Bitencourt, *Lições de Direito Penal*, 3. ed., Ed. Livraria Porto Alegre, 1995, p. 109). Se for *resistível* constituirá uma atenuante para o coagido (art. 65, III, *c*).

(III) Instigue ou determine a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal: *instigar* significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar a resolução criminosa; *determinar* (tem sido utilizado pelos penalistas como sinônimo de *induzi*r) significa induzir, tomar a iniciativa intelectual, suscitar uma ideia inexistente. Necessário, porém, que o agente esteja submetido à sua autoridade, ou seja, por alguma razão pessoal, inimputável (louco, menor, silvícola etc.).

(IV) Execute o crime, ou nele participe, mediante paga ou promessa de recompensa: esta agravante pune mais severamente a torpeza da conduta praticada, conhecida como crime mercenário. A vantagem, não necessariamente econômica, pode ser de qualquer natureza. Configura-se a agravante indiferentemente de a promessa ser ou não cumprida.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“O reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385 do CPP (Precedentes). No caso concreto, inclusive, a agravante consistente na organização e direção da conduta dos demais agentes (art. 62, I, do CP) aparece implicitamente na exordial acusatória” (STJ, HC 89.124/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13-11-2007).

“A pretensão recursal de afastar a aplicação do art. 62, inciso I, do Código Penal implicaria no reexame do conjunto probatório, o que seria inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte” (STJ, REsp 799.814/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-10-2007).

“É pacífico o entendimento desta Corte de que, existindo mais de uma condenação anterior com trânsito em julgado, uma pode ser apreciada na fase do art. 59 do CPB, para caracterizar os maus-antecedentes do réu, e a outra figurar como agravante genérica prevista no art. 62, I, do CPB, na segunda fase da dosimetria da pena, sem que tal configure *bis in idem*” (STJ, HC 83.965/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 4-10-2007).

“A agravante prevista no art. 62, I, do CP não pode ser aplicada, *in casu*, pois evidenciado, *prima facie*, nos autos que o paciente não exercia sobre os demais qualquer liderança que

justificasse a incidência dessa norma" (STJ, HC 12.609/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-11-2000).

"Aplicação da agravante prevista no art. 62, IV, ao crime de extorsão mediante sequestro. Não se pode considerar uma circunstância como elementar do tipo e ainda assim utilizá-la para agravar a pena" (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11-4-2000).

Reincidência

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

— V. arts. 9º, 33, § 2º, *b* e *c*, 77, I, 83, I e II, 95, 110, *caput*, e 117, VI, do CP.

D O U T R I N A

1 Reincidência

Reincidente é quem pratica um crime após ter transitado em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, condenou-o por crime anterior, enquanto não houver transcorrido cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena.

2 Contravenção anterior

Quem é condenado por um crime e depois pratica uma contravenção é reincidente (art. 7º da LCP). No entanto, quem pratica uma contravenção e depois um crime não é reincidente (art. 63 do CP).

3 Primário e reincidente

Chama-se *primário* aquele que jamais sofreu qualquer condenação irrecorrível. Chama-se *reincidente* aquele que cometeu um crime após a data do trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior, enquanto não transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena. A terceira categoria é a do criminoso que *não é primário nem é reincidente*. O réu que está sendo julgado e já tem contra si uma sentença condenatória anterior, transitada em julgado após o cometimento do segundo crime, não pode ser considerado reincidente ou primário... Na nova lei penal, porém, somente há referência

aos réus reincidentes e não reincidentes.

4 Reincidência e condenação à multa

A condenação anterior à pena de multa é expressamente afastada, como causa impeditiva do *sursis* (art. 77, § 1º). No entanto, a condenação anterior à pena de multa, a nosso juízo, não desnatura a reincidência, uma vez que o art. 63 não fala em condenação anterior à pena de prisão. Eventualmente, seu efeito é afastado. Havia duas correntes jurisprudenciais antes da reforma penal de 1984 sobre a condenação anterior à pena de multa: 1ª) não havia reincidência; 2ª) somente haveria reincidência se ambos os crimes fossem dolosos.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Dobrar as penas-base por força da reincidência é providência que não se compadece com o sistema adotado pelo Código Penal, que sequer admitiu isto no concurso formal próprio e na continuidade delitiva não específica, causas gerais de aumento da pena. Afinal de contas, a reincidência é mera agravante e, neste caso, até convive com a confissão" (TJRJ, EI 2007.054.00173, Rel. Nildson Araújo da Cruz, j. 4-12-2007).

"Caracterizada a reincidência, de *bis in idem* não há falar, porque não se está punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato-crime, mas, sim, considerando a reincidência produzida ou aprofundada pelo novo delito, na perspectiva de sua personalidade, como elemento obviamente influente na resposta penal a ser editada, expressão da reprovação que se lhe faz pelo novo crime praticado" (STJ, REsp 713.813/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27-9-2007).

"Para a caracterização da agravante da reincidência, é necessária a ocorrência de três fatos: (*a*) a prática de crime anterior; (*b*) o trânsito em julgado da sentença condenatória; e (*c*) a prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (STJ, HC 79.558/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

"A reincidência, além de ter sido considerada em momento inadequado, não restou demonstrada pelo magistrado, que se limitou a afirmar que o réu praticou o delito quando se encontrava preso por outro motivo, situação que, por si só, não caracteriza a referida circunstância agravante" (STJ, HC 67.709/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

"A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes" (STJ, HC 66.067/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-11-2006).

"Tendo em vista que a segunda conduta delituosa (tráfico de entorpecentes) foi cometida pelo paciente antes do trânsito em julgado da condenação pelo primeiro crime (latrocínio), não há que se falar em reincidência, em razão do que dispõe o art. 63 do Código Penal" (STJ, HC 53.878/PE, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 22-8-2006).

"A condenação anterior à pena de multa não é apta, por si só, para autorizar a reincidência, pois constitui dívida de valor que não é suscetível, sob nenhum fundamento, mercê de

garantia constitucional (art. 5º, LXVII), de conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos" (STJ, HC 22.736/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 19-12-2003).

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I — não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II — não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

— V. art. 9º do CPM.

D O U T R I N A

1 Temporariedade dos efeitos da reincidência

Este dispositivo afastou o efeito do fantasma da reincidência, que pairava sobre o cidadão como uma *inconstitucional pena perpétua*. Decorridos cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena, sem delinquir, extinguem-se os efeitos da reincidência. Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, *caput*).

2 Cômputo do livramento condicional e do "sursis"

No prazo depurador de cinco anos inclui-se o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, não revogados. Esse prazo decorre a partir da audiência admonitória (art. 160). Aplausos em relação à inclusão do prazo do *sursis* e preocupação em relação ao livramento condicional: um condenado a longa pena, por exemplo, que recebe livramento condicional para cumprir mais de cinco anos, poderá voltar a delinquir antes mesmo de extinguir a pena e não será considerado reincidente.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“No caso presente, a determinação, pelo Juízo monocrático, do regime fechado, revela-se exacerbada, pois, se a jurisprudência admite a possibilidade de fixação de regime semiaberto ao condenado reincidente cuja pena seja inferior a 4 (quatro) anos, consoante a Súmula 269 do STJ, com mais razão deve-se aplicar o referido entendimento ao réu primário (art. 64, inciso I, do Código Penal), como é o caso do paciente” (STJ, HC 88.620/RR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18-12-2007).

“Os maus antecedentes, relativos à condenação com trânsito em julgado depois de ultrapassado o quinquênio estabelecido no art. 64, inciso I, do CP, a personalidade do agente, perigosa e voltada à prática delitiva, a culpabilidade acentuada e as consequências do crime, ante o volume de atividades criminosas desenvolvidas, constituem circunstâncias judiciais desfavoráveis que justificam a exasperação da pena-base” (STJ, HC 86.890/RR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20-11-2007).

“Decorridos mais de cinco anos, a r. sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, inciso I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes (Precedentes do STF e desta Corte)” (STJ, HC 71.690/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

“Não prevalece a condenação anterior, para efeito de reincidência, se entre a data do cumprimento da pena e a infração posterior tiver decorrido lapso temporal superior a cinco anos, computado o período de prova do livramento condicional, como no caso (art. 64, inciso I, do Código Penal)” (STJ, HC 60.048/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18-10-2007).

“A disposição inserta no inciso I do art. 64 do Código Penal não pode ser interpretada de modo restritivo, vale dizer, como só excludente da reincidência, eis que a lei, por óbvio, está a excluir, sim, a eficácia do antecedente na individualização da pena, impedindo a sua consideração como elemento informador da personalidade do agente no tempo do crime” (STJ, HC 45.526/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20-10-2005).

Circunstâncias atenuantes

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I — ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

— V. art. 77, § 2º, e 115 do CP.

— V. Súmula 74 do STJ.

II — o desconhecimento da lei;

— V. art. 21 do CP.

III — ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) 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;

— V. art. 16 do CP.

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência

de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

— V. arts. 22 e 23, III, do CP.

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

D O U T R I N A

1 Atenuantes genéricas

As agravantes e as atenuantes genéricas são chamadas de *circunstâncias legais* porque vêm expressamente relacionadas no texto legal. Essas circunstâncias não integram a figura típica: limitam-se a *circundar* o crime. Como diz o *caput* do artigo, são de aplicação obrigatória, pois *sempre atenuam a pena*.

2 Limite do agravamento

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equipariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Tampouco pode ultrapassar os limites mínimo e máximo cominados no tipo penal.

3 Elenco das atenuantes

(I) Ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença: os menores de dezoito anos estão fora do Direito Penal. Suas eventuais infrações são disciplinadas pelo ECA. A menoridade do agente (18 a 21 anos) é objeto de atenuante no direito brasileiro, reconhecendo-se sua imaturidade e a necessidade de tratamento especial. Contudo, a execução penal não recebe a devida individualização

da pena que o menor merece, sendo incluído na população carcerária comum. A emancipação e a maioridade decorrentes do matrimônio não afastam essa atenuante. O *velho*, por sua menor temibilidade e também por humanidade, recebe a mesma atenuante. A menoridade deve ser na data do fato, e a velhice na data da sentença. Considera-se a data da sentença o dia em que ela é entregue pelo juiz em cartório, devidamente certificada pelo escrivão. Menoridade e maioridade produzem ainda outro efeito: o prazo prescricional é reduzido pela metade (art. 115).

(II) O desconhecimento da lei: o desconhecimento da lei é inescusável (art. 21, 1ª parte), presumindo-se conhecida por todos. A *ignorantia legis* não isenta de pena nem é causa de sua diminuição. No entanto, seu desconhecimento, *in concreto*, constitui esta atenuante.

(III,* a*) Motivo de relevante valor social ou moral: a) *relevante valor social*: importante, considerável valor social, isto é, que seja de interesse coletivo; b) *relevante valor moral*: igualmente importante, considerável *valor moral*, isto é, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência. O valor social ou moral do motivo deve ser considerado sempre objetivamente, segundo a média existente na sociedade, e não subjetivamente, segundo a opinião do agente. As diferenças dessas atenuantes com as privilegiadoras do art. 121 são as seguintes: em primeiro lugar, distinguem-se em relação à intensidade da motivação sofrida pelo agente. Na qualificadora do homicídio ela é tão forte que chega a ser decisiva para a sua prática, sendo o agente dominado por ela.

(III,* b*) Arrependimento eficiente ou reparação do dano: nesta alínea há duas figuras — o arrependimento ou a reparação do dano. Para configurar o arrependimento, é suficiente que o agente, logo após o crime, tenha procurado, espontaneamente e com eficiência, *evitar* ou *minorar* as consequências; enfim, são necessários os seguintes elementos: a) logo após o crime; b) com espontaneidade; c) com eficiência. A eficiência exigida pela atenuante não se confunde com eficácia, e limita-se ao esforço desprendido pelo agente para evitar ou minorar as consequências e não ao resultado efetivamente conseguido. Já a *reparação do dano* não precisa ser logo após o crime, bastando que seja antes do julgamento.

(III,* c*) Coação resistível, ordem superior ou violenta emoção: a) *coação resistível:* na *coação moral* existe vontade, embora possa ser viciada. A *resistibilidade* da coação deve ser medida pela gravidade do mal

ameaçado. Essa gravidade deve relacionar-se com a natureza do mal e, evidentemente, com o *poder* do coator em produzi-lo. Na hipótese de coação *resistível*, não haverá exclusão da culpabilidade penal, logicamente, porque o sujeito *pode agir* em conformidade com o direito. Porém, como há a *coação*, como há ameaça efetiva, embora resistível, e o agente age por causa dessa ameaça, há uma diminuição do grau de reprovação, do grau de censura e, consequentemente, uma redução de pena, que é caracterizada pela atenuante genérica; b) *ordem superior:* a *obediência hierárquica* requer *uma relação de direito público*, e somente de direito público. Em virtude da *subordinação hierárquica*, o subordinado cumpre *ordem do superior*. Mas o subordinado não tem, no entanto, a obrigação de cumprir ordens ilegais. Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a *oportunidade* ou *conveniência* de uma ordem. Mas a ilegalidade, mais que o *direito*, tem o *dever* de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem *manifestamente* ilegal. Quando a cumpre, respeitando ordem superior, beneficia-se da atenuante; c) *violenta emoção*: a intensidade da emoção, nesta atenuante, é menor que no homicídio privilegiado, apenas influenciando o agente. A distinção entre esta atenuante e o homicídio privilegiado situa-se na *intensidade* da emoção sentida e na *imediatidade* da reação. No homicídio privilegiado, o agente age *sob o domínio* de violenta emoção, e logo após a provocação da vítima; na atenuante genérica, ele se encontra sob a *influência* da emoção, sendo indiferente o requisito temporal.

(III,* d*) Confissão espontânea: a confissão, antes da reforma de 1984, era admitida somente quando se referisse a crime cuja autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem. Agora, essa exigência desapareceu, sendo suficiente a confissão da autoria. A confissão pode ocorrer perante a autoridade policial ou judicial, indiferentemente. Embora a lei fale em confissão espontânea, doutrina e jurisprudência têm admitido como suficiente sua voluntariedade. A confissão retratada, no entanto, não configurará a atenuante.

(III,* e*) Influência de multidão em tumulto: a conduta delituosa deve ter sido *influenciada* pelo tumulto, desde que o agente não o tenha provocado. Não se desconhece que nos tumultos, em momentos de grandes excitações, com a facilidade de manipulação de massas, anula-se ou reduz-se consideravelmente a capacidade de orientar-se segundo padrões éticos,

morais e sociais, justificando-se, assim, esta atenuante. Em sua redação original, o Código Penal de 1940 exigia que o agente não fosse reincidente e que a reunião fosse lícita.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 74 do STJ: "*Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".
- *Súmula 231 do STJ: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

"A confissão espontânea é uma circunstância atenuante genérica (art. 65, III, *d*, do CP), que exige, entre outros pressupostos, a espontaneidade e a aceitação, pelo réu, da conduta criminosa imputada" (STJ, HC 61.030/RJ, Rel. Jane Silva, j. 20-11-2007).

"A diminuição da pena aquém do mínimo legal, em face de circunstância atenuante, destoa do entendimento cristalizado na Súmula 231 desta Egrégia Corte Superior de Justiça" (STJ, HC 59.548/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-11-2007).

"Considerando o magistrado a confissão do réu para fins de fixação da autoria do crime, de rigor a incidência da atenuante legal do artigo 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, que, ademais, dispensa a aferição dos motivos que levaram o agente a pronunciá-la. Precedentes" (STJ, HC 46.858/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13-11-2007).

"Presente documento capaz de comprovar a idade do réu abaixo dos vinte e um anos, ao tempo da prática da infração, é obrigatória a aplicação da atenuante da menoridade, constante no artigo 65, I, do Código Penal" (STJ, HC 91.262/MS, Rel. Jane Silva, j. 8-11-2007).

"Para a configuração da delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei n. 7.492/86) ou da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), é preciso o preenchimento dos requisitos legais exigidos para cada espécie, não bastando, contudo, o mero reconhecimento, pelo réu, da prática do ato a ele imputado, sendo imprescindível, também, a admissão da ilicitude da conduta e do crime a que responde" (STJ, REsp 934.004/RJ, Rel. Jane Silva, j. 8-11-2007).

"Em se tratando de lesão corporal seguida de morte, a privilegiadora da violenta emoção incide somente se o crime é cometido logo em seguida a injusta provocação (emoção-choque) e quando a violência da emoção domina o agente. Já a atenuante genérica do art. 65, III, *c*, do CP não exige a emoção-choque, mas somente a emoção-estado, que identifica a influência de violenta emoção (Cezar Roberto Bitencourt)" (TJPR, Apelação 0392452-5, Rel. Oto Luiz Sponholz, j. 20-9-2007).

"Cabe o reconhecimento da atenuante da confissão mesmo quando o réu se retrata em juízo, ao se validar a confissão extrajudicial" (TJPR, Apelação 379.434-9, Rel. Marques Cury, j. 19-4-2007).

"As circunstâncias atenuantes são de aplicação obrigatória ou cogente, segundo a dicção do art. 65 do Código Penal, e devem ser reconhecidas, ainda que a pena-base se encontre fixada no patamar mínimo previsto para o tipo, por se tratar de direito subjetivo do réu" (TJPR, Apelação 301.886-2, Rel. Jorge Wagih Massad, j. 19-4-2007).

"Ainda que retratada em juízo, a confissão extrajudicial enseja o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, inc. III, *d*, do CP, se utilizada para fundamentar a condenação" (TJMG, Apelação 1.0414.05.011485-2/001(1), Rel. Walter Pinto da Rocha, j. 14-3-2007).

"É obrigatória a incidência da atenuante da menoridade na individualização da pena, se o sentenciado, à época dos fatos, era menor de vinte um anos de idade (Precedente)" (STJ,

HC 64.340/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 27-2-2007).

"As circunstâncias atenuantes caracterizam-se como direito subjetivo do acusado ao decréscimo da pena, sempre que presentes quaisquer das hipóteses do artigo 65, I a III, do Código Penal" (TJPR, Apelação 382.919-2, Rel. Jorge Wagih Massad, j. 22-2-2007).

"O privilégio contido no § 1º, do art. 121, do CP, não se confunde com a atenuante genérica do art. 65, III, *a*, do mesmo diploma legal" (STJ, HC 47.448/MS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-12-2005).

"A atenuante da menoridade prepondera sobre qualquer outra circunstância, inclusive, sobre a reincidência, por sua vez mais gravosa do que as consequências do delito e as agravantes genéricas. Somente as circunstâncias judiciais atinentes à personalidade, aos antecedentes, à conduta social e à culpabilidade do agente são invariáveis, independendo do delito praticado" (STJ, HC 32.081/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-2-2005).

"Se a impetração não logrou comprovar o parcelamento do débito previdenciário antes do oferecimento da denúncia, não há que se falar em extinção da punibilidade do paciente ou em aplicação do disposto nos artigos 168-A, § 3º, e 65, inciso III, alínea *b*, do Código Penal" (STJ, HC 38.941/TO, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18-11-2004).

"Evidenciado que o paciente possuía mais de 70 anos na data da prolação do decreto condenatório, tem-se como deficiente e omissa a dosimetria da reprimenda que deixa de aplicar a atenuante obrigatória" (STJ, RHC 13.053/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 6-3-2003).

Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

— V. art. 387 do CPP.

D O U T R I N A

1 Circunstâncias inominadas

A ausência desta previsão legal criou grandes desconfortos, particularmente aos Presidentes dos Tribunais do Júri. Reconhecida a existência de atenuantes, depois não eram localizadas no rol do art. 65. É impossível catalogar num texto legal todos os fatos que poderão ocorrer, futuramente, na sociedade. Sua configuração dependerá de tratar-se de circunstância *relevante*, anterior ou posterior à prática do crime, ainda que não prevista expressamente em lei.

2 Atenuantes incompletas

Determinadas circunstâncias, legalmente previstas, podem não se completar pela falta de um ou outro requisito. O formalismo impede o seu

reconhecimento. Pois bem, se tal circunstância assumir a condição de *relevante*, poderá ser reconhecida por meio deste dispositivo. No Tribunal do Júri as circunstâncias inominadas correspondem ao quesito genérico das atenuantes (art. 484, parágrafo único, do CPP).

3 Omissão legislativa

A previsão legal refere-se apenas a circunstância anterior ou posterior ao crime. Omitiu-se em relação a circunstância concomitante, que também pode ser *relevante*. A nosso juízo, justifica-se a adoção da analogia *in bonan parte*. Tanto nas outras quanto nesta o magistrado deve motivar fundadamente sua decisão.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Somente pode ser reconhecida a existência da atenuante inominada quando houver uma circunstância, não prevista expressamente em lei, que permita ao Juiz verificar a ocorrência de um fato indicativo de uma menor culpabilidade do agente" (STJ, REsp 875.649/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 27-9-2007).

"Admissível a aplicação cumulativa, da atenuante da confissão espontânea com uma atenuante inominada, desde que por motivos distintos, a critério subjetivo do órgão julgador. Reduções com fundamentações distintas. Descaracterizado, assim, o alegado *bis in idem*" (STJ, REsp 303.073/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 13-5-2003).

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

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.

D O U T R I N A

1 Circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes e atenuantes

Em um mesmo fato delituoso podem concorrer circunstâncias agravantes e atenuantes, que podem ser objetivas e subjetivas. O art. 67, nessa

hipótese, determina que “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes”. O Código exemplifica, como preponderantes, os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

2 Motivos preponderantes

A nosso juízo, é natural que os *motivos determinantes*, que não qualifiquem ou privilegiem o crime, sejam considerados *preponderantes* em relação às demais circunstâncias legais, inclusive em relação à menoridade. Na verdade, o fato delituoso, concretamente examinado, é que deve indicar essa preponderância. Doutrina e jurisprudência consideram a menoridade preponderante.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“A reincidência prepondera sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal” (STJ, HC 81.954/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29-11-2007).

“Nos termos do art. 67 do Código Penal e da firme jurisprudência da 3ª Seção a respeito, a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão. Precedentes” (STJ, REsp 912.053/MS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 16-10-2007).

“De rigor a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, se, à data dos fatos, o paciente era menor de 21 anos, atentando-se, evidentemente, para a circunstância de que ela prepondera sobre a agravante da reincidência, a teor do disposto no art. 67 do mesmo diploma” (STJ, HC 40.888/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 21-2-2006).

“O art. 67 do Código Penal dispõe sobre o concurso das circunstâncias agravantes e atenuantes, estabelecendo como preponderantes aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência, devendo a opção pela prevalência de uma sobre a outra ser concretamente motivada” (STJ, HC 35.643/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 7-4-2005).

“A circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais, prevalecendo sobre maus antecedentes. Precedentes do STF e do STJ” (STJ, HC 30.797/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-12-2004).

Cálculo da pena

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

D O U T R I N A

1 Dosimetria da pena

Como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena. Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, *devem ser devidamente fundamentadas*, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.

2 Limites da dosagem de pena

A individualização da pena, segundo a Constituição (art. 5º, XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional extrapolar os limites legais (mínimo e máximo), com agravantes e atenuantes, por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização.

3 Fases do cálculo da pena

O cálculo da pena, nos termos do art. 68 do CP, deve operar-se em três fases distintas: a) *a pena-base* deve ser encontrada analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59; b) *a pena provisória*, analisando-se as circunstâncias legais, que são as atenuantes e as agravantes; e, finalmente, chegar-se-á à c) *pena definitiva*, analisando-se as causas de diminuição e de aumento.

4 Pena-base

Para se encontrar a *pena-base* deve-se analisar todos os moduladores

relacionados no art. 59 do Código Penal. Na realidade, todos, conjuntamente, e quaisquer deles, isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Por isso, embora formem um conjunto, devem ser analisados individualmente, sendo insuficientes, consoante reiterada jurisprudência, considerações genéricas e superficiais, ou mesmo conclusões sem embasamento fático-jurídico.

5 Circunstâncias favoráveis

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio. Em regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo, e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, justifica-se a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal.

6 Nulidade pela falta de fundamentação

A ausência de fundamentação ou de análise das circunstâncias judiciais ou mesmo a sua análise deficiente gera nulidade absoluta da decisão judicial. O entendimento majoritário é o de que não persiste tal nulidade quando a pena-base for fixada no limite mínimo.

7 Fixação no limite mínimo: fundamentação necessária

A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusacionis* e frauda o princípio constitucional da *individualização* da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime. Assim, deve-se entender que a ausência de fundamentação gera nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo, desde que haja recurso da acusação, é claro. Por isso, sustentamos a necessidade de revisar o entendimento majoritário.

8 Pena provisória

Encontrada a pena-base, em seguida passa o julgador ao exame das atenuantes e agravantes, aumentando ou diminuindo a pena em certa

quantidade, que resultará no que chamamos de *pena provisória*. As atenuantes e as agravantes não podem levar a pena para aquém ou para além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido, sob pena de violar-se o primeiro momento da *individualização* da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, e é realizada por meio de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os *princípios da reserva legal* e da *pena determinada* (art. 5º, XXXIX e XLVI, da CF), recebendo a pecha de *inconstitucional*, por aplicar pena não cominada.

9 Atenuantes e limite mínimo cominado

Quando a pena-base estiver fixada no mínimo, impedirá sua diminuição, ainda que se constate *in concreto* a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterize *prejuízo* ao réu, que já recebeu o mínimo possível (STF, *RT*, *541*:472; *RT*, *537*:412).

10 Crimes com duas qualificadoras

Finalmente, quando houver duas qualificadoras, uma deverá ser valorada como tal e a outra deverá ser considerada como agravante genérica, desde que elencada tal circunstância; caso contrário deverá ser avaliada como circunstância judicial.

11 Pena definitiva

Na terceira e última fase do cálculo da pena analisam-se as causas de aumento e de diminuição. Esta terceira fase deve incidir sobre a pena até então encontrada, que pode ser a pena provisória decorrente da segunda operação, como também a pena-base se, no caso concreto, não existirem atenuantes ou agravantes.

12 Causas de aumento e de diminuição

As *causas de aumento e de diminuição* também são conhecidas como *majorantes e minorantes*. As majorantes e minorantes são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços).

13 Distinção entre majorantes e qualificadoras

Alguns doutrinadores não fazem distinção entre as majorantes e as qualificadoras. No entanto, as *qualificadoras* constituem verdadeiros tipos penais — tipos derivados — com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples *causas modificadoras* da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base. Assim, por exemplo, enquanto a previsão do art. 121, § 2º, caracteriza uma qualificadora, a do art. 155, § 1º, configura uma majorante.

14 Cálculo em forma de cascata

Se houver mais de uma majorante ou mais de uma minorante as majorações e as diminuições serão realizadas em forma de cascata, isto é, incidirão umas sobre as outras, sucessivamente. Primeiro se aplicam as causas de aumento, depois as de diminuição.

15 Concurso de majorantes/minorantes da Parte Especial

Concorrendo mais de uma causa de aumento ou de diminuição "previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua" (art. 68, parágrafo único). Essa possibilidade destina-se exclusivamente às majorantes e minorantes previstas na Parte Especial do Código. Já as localizadas na Parte Geral deverão operar todas, incidindo umas sobre as outras, sem exceção.

16 Ausência de causas modificadoras da pena

Na ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes e minorantes, a pena-base deve ser tornada definitiva. Na ausência apenas de majorantes ou minorantes, será então a pena provisória tornada definitiva.

17 Dosimetria no concurso de crimes

As majorações decorrentes do concurso formal próprio e da continuação delitiva incidirão sobre aquela que seria a pena definitiva, isto é, depois de

realizadas todas as fases estabelecidas pelo art. 68.

18 Fixação do regime inicial

Encontrada a pena definitiva, o juiz deverá fixar o *regime inicial* de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que ela venha a ser substituída ou suspensa, porque poderá haver conversão ou revogação da medida alternativa (art. 59, III, do CP).

19 Possibilidade de substituição ou suspensão da pena

O magistrado deverá analisar, finalmente, quando a natureza do crime e quantidade da pena privativa de liberdade permitirem, a possibilidade de *substituição* (art. 59, IV, do CP) ou de *suspensão da sua execução* (art. 157 da LEP). Nessas hipóteses, a decisão, concessiva ou negatória, deverá ser sempre devidamente motivada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Apenamento readequado. Majorante não pode ser empregada como circunstância judicial, pena de ferir o sistema trifásico e o espírito do art. 68, parágrafo único, CP" (TJRS, Apelação 70021862636, Rel. Aramis Nassif, j. 5-12-2007).

"O caminho para a dosimetria da pena, no nosso sistema, encontra-se delineado no art. 68 do Código Penal, através do método trifásico criado por Nelson Hungria. Primeiro, se fixa à pena-base, com a análise dos vetores do art. 59 do Código Penal. Segundo, se estabelece a pena provisória, a partir do cálculo das circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, como se calcula a pena definitiva a partir das causas de aumento e de diminuição, sempre optando, como diz a lei, pela que mais aumente ou diminua a pena. Aplicação do redutor da Lei de Tóxicos. Descabimento. Trata-se de um benefício aplicável apenas em relação às drogas, não podendo ser utilizado genericamente" (TJRS, Apelação 70021556410, Rel. Mário Rocha Lopes Filho, j. 5-12-2007).

"Na fixação da pena, o magistrado observará o método trifásico adotado no art. 68 do CP, no qual, após a aplicação das circunstâncias judiciais, analisam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, para só então serem consideradas as causas de aumento e de diminuição. O reconhecimento da atenuante (confissão espontânea) não pode alterar o cálculo aritmético da pena, tendo em vista que o MM. Juiz *a quo* já fixou a pena-base no mínimo legal previsto para o delito. Precedentes. Súmula 231 do STJ" (TRF 5ª Região, Apelação 2006.81.00.016659-3, Rel. Amanda Lucena, j. 27-11-2007).

"As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder. O método trifásico deve ser rigorosamente obedecido, posto que resulta de disposição legal, sendo que a exacerbação desmotivada da pena-base traz sérios prejuízos à parte, interferindo inclusive nas fases seguintes da fixação" (STJ, HC 90.150/MS, Rel. Jane Silva, j. 20-11-2007).

“O método trifásico deve ser rigorosamente obedecido, posto que resulta de disposição legal, mas se é feita inversão das suas fases e ela resulta em favor do réu, sem recurso da acusação, deve ser mantida” (STJ, HC 81.726/GO, Rel. Jane Silva, j. 25-9-2007).

“Cálculo de pena. Critério trifásico. Art. 68, CP. Pena aquém do mínimo. Possibilidade. O sistema trifásico para dosimetria da pena é cogente e não admite alteração pelo magistrado. Antecede ao cálculo da causa geral de modificação da pena — Art. 71, CP — a determinação da atenuante (Art. 65, II, *d*, CP). O princípio da proporcionalidade abriga a possibilidade de, estando a pena-base fixada no mínimo legal, romper com este limite se presente atenuante” (TJRS, Apelação 70017823337, Rel. Aramis Nassif, j. 12-9-2007).

“É nula a dosimetria da pena que não atende ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, sendo a fixação da pena-base desprovida de fundamentação em elementos concretos, bem como realizada em desacordo com o critério trifásico” (STJ, HC 67.709/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21-6-2007).

“A pena deve ser fixada em estrita observância ao critério trifásico, estabelecido nos arts. 59, 67 e 68 do CP, com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*)” (STJ, REsp 896.146/MT, Rel. Min. Félix Fischer, j. 14-6-2007).

“O magistrado sentenciante, sendo seguido pelo acórdão impugnado, usou as qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma, indevidamente, como circunstâncias judiciais para agravar a pena-base, em flagrante desrespeito ao critério trifásico de aplicação da pena insculpido no art. 68 do Código Penal. As instâncias ordinárias consideraram, ainda, o emprego de arma como qualificadora para agravar a pena, em evidente *bis in idem*, constrangendo ilegalmente o Paciente” (STJ, HC 36.983/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14-12-2004).

“Não há ferimento ao método trifásico quando a pena é fixada no mínimo legal a partir de operação onde o julgador compensou a circunstância judicial dos maus antecedentes (art. 59, CP) com a atenuante da menoridade (art. 65, I, CP), e, logo em seguida, fez incidir as causas de aumento da pena. Cumprido o caminho do art. 68, do CP. Ademais, só o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo, já era suficiente para rebater qualquer alusão a constrangimento em face da atenuante da menoridade, pois, como se sabe, esta não impõe a redução aquém do limite legal” (STJ, HC 24.515/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3-4-2003).

“Método trifásico: Para fixação da pena privativa de liberdade, o sistema adotado pelo Código Penal é o método de Hungria (CP, art. 68). Ou seja, o sistema de três fases. Por ele, primeiro, o julgador fixa a pena-base, atendendo às circunstâncias judiciais. Elas classificam-se em dois grupos: (*a*) circunstâncias subjetivas. Tratam da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta, da personalidade e dos motivos do crime; (*b*) circunstâncias objetivas. São as circunstâncias do crime, suas consequências e o comportamento da vítima. Na sentença, o juiz, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, levando em consideração os antecedentes desabonadores do recorrente, agiu dentro dos estritos parâmetros legais” (STF, RHC 82.589/BA, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11-3-2003).

“Esta Corte já firmou entendimento de que é inviável a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em razão das atenuantes. Tal desiderato é incompatível com o princípio da legalidade formal (Súmula 231, do STJ)” (STJ, REsp 399.187/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 22-10-2002).

Concurso material

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

— V. art. 3º, § 3º, do Dec. n. 982/93 (crimes de natureza tributária).

§ 1º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

D O U T R I N A

1 Concurso de crimes

Quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de comportamentos, pratica dois ou mais delitos, surge o concurso de crimes — *concursus delictorum*. O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções.

2 Sistemas de aplicação da pena

a) *Cúmulo material* — este sistema recomenda a soma das penas de cada um dos delitos componentes do concurso; b) *cúmulo jurídico* — a pena a ser aplicada deve ser maior do que a cominada a cada um dos delitos, sem, no entanto, chegar à soma delas; c) *absorção* — considera que a pena do delito mais grave *absorve* a pena do delito menos grave, que deve ser desprezada; d) *exasperação* — recomenda a aplicação da pena mais grave, aumentada de determinada quantidade em decorrência dos demais crimes.

3 Sistemas adotados no Brasil

O direito brasileiro adota somente os sistemas do *cúmulo material* (concurso material e concurso formal impróprio) e da *exasperação* (concurso formal próprio e crime continuado).

4 Espécies de concurso de crimes

Nosso Código prevê três: concurso material, concurso formal e crime continuado.

5 Concurso material

Ocorre o concurso material quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. No concurso material há *pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes. Quando os crimes praticados forem idênticos ocorre o concurso material *homogêneo* (dois homicídios), e quando forem diferentes caracterizar-se-á o concurso material *heterogêneo* (estupro e homicídio).

6 Extinção da punibilidade

A extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada crime, isoladamente (art. 119 do CP), em qualquer das espécies de concursos.

7 Cumprimento das penas

Podem ser aplicadas cumulativamente. Havendo reclusão e detenção, cumpre-se primeiro aquela, que é mais grave.

8 Substituição de penas

No concurso material, uma das penas não podendo ser suspensa, as demais não podem ser substituídas (§ 1º).

9 Execução de penas restritivas

As penas restritivas compatíveis, aplicadas cumulativamente, devem ser cumpridas simultaneamente, e sucessivamente quando forem incompatíveis (§ 2º).

10 Individualização das penas

Em caso de concurso, as penas devem ser individualizadas antes de serem somadas, para que se saiba exatamente a pena que corresponde a cada infração (STF, *RTJ*, *95*:823).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 243 do STJ: "*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano".

"A autonomia de desígnios para cada crime perpetrado caracteriza o concurso material, devendo as respectivas reprimendas ser somadas em conformidade com o art. 69 do Código Penal" (STJ, HC 59.073/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4-10-2007).

"Consoante entendimento consolidado nesta Corte, aferir se o crime de tentativa de homicídio absorve ou não o delito de porte ilegal de arma de fogo depende de atenta análise do contexto fático em que ocorreu o delito, a fim de averiguar se o porte da arma constituiu efetivamente meio necessário ou normal fase de preparação ou execução do homicídio. Considerado o quadro fático-probatório delineado pelo acórdão recorrido, os atos anteriores à tentativa de homicídio, consistentes no porte ilegal de arma de fogo em diversas outras oportunidades, notadamente sem vinculação ao propósito homicida, não podem ser tidos como antefato impunível daquele delito, mas, sim, como conduta autônoma, a ensejar a incidência, na espécie, do art. 69 do Código Penal" (STJ, REsp 828.231/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16-8-2007).

"É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, afora as hipóteses de *praeludia coiti*, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, enquanto de espécies diversas, consubstanciam concurso material, ainda que praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução" (STJ, HC 80.969/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 16-8-2007).

"Vislumbrando-se a existência de três condutas distintas, três ações autônomas de destruir vegetação nativa, de construir em solo não edificável e de impedir a regeneração natural da vegetação, através das quais três crimes diferentes foram praticados, deve ser reconhecida a hipótese de concurso material descrita no art. 69 do Código Penal, no qual é prevista a cumulatividade das penas" (STJ, REsp 846.453/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-4-2007).

"A ofensa a bens personalíssimos, com violência ou grave ameaça à pessoa, no caso dos crimes da mesma espécie (dois homicídios consumados com um homicídio tentado), pode ensejar o crime continuado na forma preconizada no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. O que, *in casu*, poderia acarretar o aumento da pena mais grave até o triplo. Sendo assim, a aplicação do concurso material aos homicídios perpetrados constitui situação mais favorável aos pacientes (Precedente)" (STJ, HC 64.340/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 27-2-2007).

"Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, já decidiu pela impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em crimes contra a liberdade sexual contra vítimas diversas, hipótese em que se incide a regra do concurso material"

(STJ, HC 65.380/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-2-2007).

"Não se caracteriza *bis in idem* a condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, HC 60.695/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 7-11-2006).

"Concurso material. Nos termos do art. 69 do Código Penal, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente, o que no caso em exame representa 3 (três) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, conforme consignado no acórdão impugnado. Dessa forma, considerando o disposto no art. 44, inc. I, c/c os arts. 69, § 1º, e 77, todos do Código Penal, a hipótese não comporta *sursis*, por força da quantidade da pena imposta, que é superior a 2 (dois) anos, da mesma forma que não se admite substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista a violência ou grave ameaça à pessoa no roubo qualificado tentado, que se estende ao furto qualificado (CP, art. 69, § 1º)" (STJ, HC 35.763/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16-11-2004).

"Havendo concurso de crimes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é possível quando o total das reprimendas não ultrapasse o limite de quatro anos, disposto no art. 44, inc. I, do Código Penal" (STJ, HC 21.681/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-6-2003).

Concurso formal

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

— V. art. 3º, § 3º, do Dec. n. 982/93 (crimes de natureza tributária).

D O U T R I N A

1 Concurso formal

Ocorre o concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nesta espécie de concurso há *unidade* de ação e *pluralidade* de crimes.

1.1 Concurso formal próprio

O concurso formal pode ser *próprio* (perfeito), quando a unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso (1ª parte do *caput*). Não devem existir — na expressão do Código — desígnios autônomos.

1.2 Concurso formal impróprio

O concurso formal será *impróprio* (imperfeito) quando o agente desejar a realização de mais de um crime, tiver consciência e vontade em relação a cada um deles (2ª parte do *caput*).

2 Desígnios autônomos

"Desígnios autônomos" caracterizam-se pela *unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade*, com diversas individualizações. Os vários eventos, neste caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação. O agente pode estuprar com finalidade dupla: satisfazer sua lascívia e transmitir *Aids* à vítima.

3 Sistemas de aplicação de pena

Enquanto no concurso formal próprio se adotou o *sistema de exasperação* da pena, pela *unidade de desígnios*, no concurso formal impróprio se aplica o *sistema do cúmulo material*, como se fosse concurso material, diante da *diversidade de intuitos* do agente (art. 70, § 2º). Enfim, o que caracteriza o *crime formal* é a *unidade de conduta*, mas o que justifica o tratamento penal mais brando é a *unidade do elemento* subjetivo que impulsiona a ação.

4 Parâmetro para o aumento de pena

Para a escolha do acréscimo (um sexto até metade) o fundamento será o número de crimes ou resultados e as consequências gerais produzidas.

5 Concurso material "benéfico"

Quando houver concurso formal ou crime continuado entre um crime grave e um de pequena gravidade, o sistema de exasperação adotado pode

elevar a pena além daquilo que a simples soma aritmética representaria. Nesses casos, determina a lei que a elevação não poderá ultrapassar o limite representado pela simples soma (parágrafo único).

6 Concorrência de concurso formal e crime continuado

A regra geral é que as penas dos diversos crimes sejam somadas (cúmulo material). As exasperações autorizadas do concurso formal e do crime continuado constituem exceções. Admiti-las, uma sobre a outra, contradiria a política criminal benéfica que as inspirou. Há duas orientações: 1ª) pode; 2ª) não pode (STF, *RTJ*, *117*:744). Nossa posição: não pode acumular duas exceções de uma regra geral.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 243 do STJ: "*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano".

"Na esteira da já consolidada jurisprudência desta Corte Superior, no caso de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), uma única subtração patrimonial, com dois resultados morte, caracteriza concurso formal impróprio (art. 70, parte final, do Código Penal). Precedentes" (STJ, HC 56.961/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-12-2007).

"O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, reconhecido o concurso formal de crimes, não se exonera do dever constitucional de motivar a individualização da resposta penal" (STJ, RHC 10.699/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 31-10-2007).

"A melhor técnica para dosimetria da pena privativa de liberdade, em se tratando de crimes em concurso formal, é a fixação da pena de cada uma das infrações isoladamente e, sobre a maior pena, referente à conduta mais grave, apurada concretamente, ou, sendo iguais, sobre qualquer delas, fazer-se o devido aumento, considerando-se nessa última etapa o número de infrações que a integram" (STJ, HC 85.513/DF, Rel. Jane Silva, j. 13-9-2007).

"Quando o Réu inicia a conduta delituosa com o escopo de lesar o patrimônio de mais de uma vítima com uma só ação deve-se aplicar o art. 70, segunda parte, do Código Penal. A mera reiteração criminosa não configura a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal" (STJ, REsp 690.760/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24-4-2007).

"Os crimes, em tese praticados, o foram em detrimento de serviço prestado pela União, e a afronta narrada deu-se *propter officium*, razão pela qual compete à Justiça Federal o processamento do feito. Existindo concurso formal de delitos, a pena a ser considerada para a fixação de competência é o resultado do acréscimo à pena máxima cominada ao delito de maior gravidade, e caso seja superior a dois anos, afasta-se a competência do juizado especial" (STJ, Conflito de Competência 43.293/RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24-5-2006).

"Crime de furto, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)" (STJ, REsp 728.004/RS, Rel.

Min. Félix Fischer, j. 6-4-2006).

"Configura-se concurso formal, quando o agente, mediante uma só ação, pratica crimes de roubo contra vítimas diferentes, eis que caracterizada a violação a patrimônios distintos" (STJ, REsp 794.956/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 4-4-2006).

"Prescrição (concurso de crimes). A regra é a de que, tratando-se de concurso de crimes, 'a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente'. Evidentemente que a regra preside tanto o concurso material quanto o formal e o crime continuado. No concurso formal, é lícito venha a prescrição a recair sobre o aumento de pena quando o agente tenha praticado dois crimes" (STJ, HC 45.140/DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 27-9-2005).

Crime continuado

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

— V. art. 71 do CPP.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

D O U T R I N A

1 Origem histórica

O crime continuado deve sua formulação aos glosadores (1100 a 1250) e pós-glosadores (1250 a 1450) e teve suas bases lançadas efetivamente no século XIV, com a finalidade de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte (ver nesse sentido nosso *Manual de Direito Penal*).

2 Definição do crime continuado

Ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da *mesma espécie*, devendo os subsequentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro. São diversas ações, cada uma em si mesma criminosa, que a lei considera, por motivos de política criminal, como um crime único.

3 Natureza jurídica do crime continuado

Há três teorias a respeito: a) *teoria da unidade real* — para esta teoria os vários comportamentos lesivos do agente constituem efetivamente um crime único, uma vez que são elos de uma mesma corrente e traduzem uma unidade de intenção que se reflete na unidade de lesão. Para esta teoria, possuindo um *dolo unitário*, as ações continuadas configuram a manifestação incompleta da mesma unidade real e psicológica; b) *teoria da ficção jurídica* — admite que a unidade delitiva é uma criação da lei, pois na realidade existem vários delitos. E, se efetivamente se tratasse de crime único, a pena deveria ser a mesma cominada para um só dos crimes concorrentes; c) *teoria da unidade jurídica ou mista* — o crime continuado não é uma unidade real, mas também não é mera ficção legal. A continuidade delitiva constitui uma figura própria e destina-se a fins determinados, constituindo *uma realidade jurídica* e não uma ficção. Não se cogita de unidade ou pluralidade de delitos, mas de um terceiro crime, que é o *crime de concurso*, cuja unidade delituosa decorre da lei.

4 Teoria adotada pelo nosso Código

Nosso Código Penal adotou a teoria da *ficção jurídica*, para fins exclusivos de aplicação da pena, visando atenuar a sanção penal, atento à política criminal que inspirou o instituto. Para fins de prescrição e decadência, v. g., os crimes consideram-se isoladamente.

5 Teorias do crime continuado

a) *Teoria subjetiva* — destaca como caracterizador do crime continuado somente o elemento subjetivo, consistente na unidade de propósito ou de desígnio; b) *teoria objetivo-subjetiva* — além dos requisitos objetivos,

exige unidade de desígnios, isto é, uma programação inicial, com realização sucessiva, como, por exemplo, o operário de uma fábrica que, desejando subtrair uma geladeira, o faz parceladamente, levando algumas peças de cada vez. Em síntese, exige *unidade de resolução criminosa e homogeneidade de "modus operandi"*; c) *teoria objetiva* — apuram-se os elementos constitutivos da continuidade delitiva objetivamente, independente do elemento subjetivo, isto é, da programação do agente. Despreza a unidade de desígnio ou unidade de resolução criminosa, como elemento caracterizador do crime continuado. Essa é a teoria adotada pelo nosso Código.

6 Requisitos do crime continuado

a) *Pluralidade de condutas* — o mesmo agente deve praticar duas ou mais condutas; b) *pluralidade de crimes da mesma espécie* — são da mesma espécie os crimes que lesam o mesmo bem jurídico, embora tipificados em dispositivos diferentes; c) *nexo da continuidade delitiva* — deve ser apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes: 1) *condições de tempo* — deve existir certa periodicidade que permita observar-se certo ritmo, certa uniformidade entre as ações sucessivas, embora não se possam fixar, a respeito, indicações precisas; 2) *condições de lugar* — deve existir entre os crimes da mesma espécie uma *conexão espacial* para caracterizar o crime continuado; 3) *maneira de execução* — a lei exige semelhança e não identidade. A semelhança na "maneira de execução" se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva; 4) *outras condições semelhantes* — como outras "condições semelhantes" a doutrina aponta a *mesma oportunidade* e a *mesma situação* propícias para a prática do crime.

7 Avaliação das circunstâncias objetivas

Todas as circunstâncias objetivas devem ser analisadas individualmente, mas valoradas no seu conjunto, e a ausência de qualquer delas, por si só, não desnatura a continuidade delitiva. Na verdade, nenhuma dessas circunstâncias constitui elemento estrutural do crime continuado, cuja ausência isolada possa, por si só, descaracterizá-lo.

8 Valoração criteriosa das circunstâncias

Na ausência de critérios, têm-se cometido os maiores absurdos jurídicos na jurisprudência pátria, chegando alguns acórdãos, descriteriosamente, a admitir a continuidade de crimes com intervalos de seis, dez e até doze meses. Cabe indagar: sobraria o que para o concurso material?

9 Crime continuado específico

Convencionou-se chamar *crime continuado específico* aquele previsto no parágrafo único do art. 71, isto é, praticado com violência à pessoa, desde que se trate de vítimas diferentes.

10 Requisitos do crime continuado específico

Devem ocorrer, simultaneamente, três requisitos: 1º) *contra vítimas diferentes*; 2º) *com violência ou grave ameaça à pessoa*; 3º) *somente em crimes dolosos*.

11 Crime continuado contra bens pessoais

A circunstância de tratar-se de "vítimas diferentes" é apenas uma exceção que permite elevar a pena até o triplo. Logo, uma interpretação sistemática recomenda que se aceite a continuidade delitiva contra *bens personalíssimos*, *ainda que se trate da mesma vítima*; apenas, nesta hipótese, a elevação da pena estará limitada a até dois terços, nos termos do *caput* do art. 71, e não até o triplo, como prevê o parágrafo único.

12 Reiteração criminosa

A continuidade delitiva não deve ser reconhecida ao multirreincidente, isto é, ao criminoso profissional ou habitual, que faz do crime uma profissão de fé.

13 Crimes consumados e tentados

Nada impede que haja continuidade delitiva entre crimes tentados e consumados, ou entre as formas simples e qualificadas de um crime.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 243 do STJ: "*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano".
- *Súmula 605 do STF: "*Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida".
- *Súmula 711 do STF: "*A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".
- *Súmula 723 do STF: "*Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano".

"Na fixação do *quantum* de aumento de pena na continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas, sendo adequado estabelecer-se no máximo o incremento quando da prática de sete crimes" (STJ, HC 76.148/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18-12-2007).

"Em se tratando de crime continuado, não há falar em fixação da pena-base de cada ilícito praticado individualmente (art. 71 do CP). Verificado que os delitos são idênticos, aplica-se a pena de um só dos delitos, aumentando de um sexto a dois terços" (STJ, HC 91.430/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28-11-2007).

"O reconhecimento da continuidade delitiva demanda revolvimento fático-probatório, providência inadmissível na via do *Habeas corpus*. Precedentes do STJ. Inexiste continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e estupro, por serem de espécies distintas e demandarem o preenchimento de requisitos subjetivos e objetivos diversos. Precedentes do STJ" (STJ, HC 85.034/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28-11-2007).

"Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos previstos no art. 71 do Código Penal. *In casu*, impossível o reconhecimento da continuidade delitiva dos crimes julgados pela primeira ação penal em relação aos julgados pela segunda ação penal, pois ausente está o requisito referente às mesmas circunstâncias de lugar, uma vez que foram praticados em municípios e países diversos (Precedentes)" (STJ, HC 74.355/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 8-11-2007).

"Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes praticados apresentem a mesma forma de execução, *ex vi* do art. 71 do Código Penal. *In casu*, tal não ocorreu, uma vez que o agente, para a prática dos delitos, se utilizou de diferentes meios e circunstâncias. Se entre as séries delituosas houver diferença de meses, não haverá continuidade delitiva, mas sim reiteração delitiva, devendo ser aplicada a regra do concurso material (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)" (STJ, REsp 962.017/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"Para majoração da pena, na continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, deve haver fundamentação com base no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Precedentes desta Corte. Embora não exista *bis in idem* na utilização das circunstâncias judiciais desfavoráveis para a elevação da pena-base e para o aumento empregado no reconhecimento da continuidade delitiva específica, verifica-se ter havido, na espécie, flagrante desproporcionalidade e excesso de valoração de tais circunstâncias pelo acórdão ora hostilizado, que, para a prática de dois crimes de latrocínio e três crimes de roubo, entendeu por bem dobrar a maior das penas fixadas aos ilícitos componentes do crime continuado" (STJ, HC 53.886/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-10-2007).

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, para caracterizar a continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Constatada a mera reiteração, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, afasta-se a ideia de continuidade delitiva para se acolher a tese da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade” (STJ, REsp 742.402/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27-9-2007).

“A continuidade delitiva pode ser reconhecida na fase de execução de pena, mas exige-se que estejam presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal: prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; cometidos mais ou menos numa mesma época e local e com maneira de execução semelhante. Se os crimes foram cometidos contra vítimas diferentes, em comarcas distintas e com lapso temporal muito grande, não há como se reconhecer à continuação delitiva. Não estando presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa” (STJ, HC 75.199/SP, Rel. Jane Silva, j. 27-9-2007).

“Esta Corte vem entendendo que para caracterizar a continuidade delitiva não basta a comprovação dos requisitos objetivos: crimes de mesma espécie, cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução; exige-se, também a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos apresentam-se entrelaçados, que a conduta posterior constitui um desdobramento da anterior” (STJ, REsp 696.967/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6-9-2007).

“Nos chamados ‘crimes continuados’ dolosos, praticados contra a vida, a pena de um só pode ser aumentada em até o triplo, não se mostrando ilegal o aumento no dobro, quando devidamente motivada a decisão. Inteligência do art. 71, parágrafo único, do CP” (STJ, HC 44.761/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 9-8-2007).

“A continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente, entendendo que vários delitos cometidos sejam considerados como desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Na presente hipótese, verificou-se que o ora Paciente é um criminoso profissional, praticando habitualmente delitos contra o patrimônio, o que afasta a aplicação da continuidade delitiva, por ser merecedor de tratamento penal mais rigoroso” (STJ, HC 63.995/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 9-8-2007).

“O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, *caput*, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas” (STJ, HC 80.434/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-6-2007).

“Concurso material. Pedido de aplicação do disposto no art. 71 do Código Penal. Fundamentação deficiente da dosimetria da pena. Viabilidade, em tese, de se analisar em sede de *habeas corpus* a correção de decisão que entendeu configurado o concurso material em face de alegação de configuração da continuidade delitiva. Sentença deficientemente fundamentada, sem indicação específica das circunstâncias e fatos que caracterizariam o concurso material, nem referência às razões a justificar a não aplicação do disposto no art. 71 do Código Penal. Ordem deferida parcialmente, apenas para determinar nova dosimetria da pena, devidamente justificada” (STF, HC 89.786/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27-3-2007).

“A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material e não crime continuado” (STF, HC 89.770/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 10-10-2006).

“Esta Corte vem-se posicionando a favor da teoria mista, que entende imprescindível para a caracterização da continuidade delitiva, o preenchimento dos requisitos objetivos

(mesmas condições de tempo, espaço e *modus operandi*) e subjetivo (unidade de desígnios)" (STJ, REsp 832.919/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 3-10-2006).

Multas no concurso de crimes

Art. 72. No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

— V. arts. 49 a 52, 60 e 114 do CP.

D O U T R I N A

1 A multa no concurso de crimes

A pena de multa não obedece às regras diferenciadas do tratamento dispensado ao concurso de crimes. Deve ser aplicada individualmente a cada crime que compõe o concurso. No concurso formal, por exemplo, se houver três crimes, somam-se três penas, correspondentes a cada um, não se aplicando o sistema da exasperação. Mas essa regra, a nosso ver, serve somente para o concurso formal e não para o crime continuado.

2 Multa substitutiva

O disposto no art. 72 não se aplica à multa substitutiva. A fixação da pena definitiva já levou em consideração o concurso de crimes, e, ficando dentro do limite que permite a substituição por pena de multa, esta deve operar-se. Mas é uma pena pela outra. Caso contrário, seria prejudicial ao réu.

3 Crime continuado

Não se questiona que, para fins de aplicação de pena, no direito brasileiro, o crime continuado é considerado crime único. Ficção ou realidade, não faz diferença para nós: aplica-se pena de multa una. (Nesse sentido, STF, *RTJ*, *105*:409.)

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Multa. Crime continuado. Não incidência do art. 72 do CP. Na linha dos precedentes desta

Corte, as penas de multa, em caso de crime continuado, são calculadas sem a incidência do disposto no art. 72 do Código Penal, o qual se aplica apenas aos concursos material e formal" (STJ, REsp 905.854/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"As penas de multa, no caso de concurso de crimes, material e formal, aplicam-se cumulativamente, diversamente do que ocorre com o crime continuado, induvidoso concurso material de crimes gravado pela menor culpabilidade do agente, mas que é tratado como crime único pela lei penal vigente, como resulta da simples letra dos arts. 71 e 72 do Código Penal, à luz dos arts. 69 e 70 do mesmo diploma legal" (STJ, AgRg no REsp 607.929/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26-4-2007).

"Apesar de esta Corte já ter-se manifestado pela inaplicabilidade do art. 72 do Código Penal às hipóteses de crime continuado, entendo que o texto legal prevê uma regra de exceção para a aplicação da pena de multa, e seu conteúdo é claro: nas hipóteses de concurso formal perfeito (art. 70, 1ª parte, do CP) e de crime continuado (art. 71 do CP), a pena de multa será multiplicada pelo número de infrações cometidas, não incidindo na sua fixação o sistema de exasperação" (STJ, REsp 519.429/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-9-2005).

Erro na execução

Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

D O U T R I N A

1 "Aberratio ictus"

A *aberratio ictus* ou erro na execução não se confunde com o erro quanto à pessoa, no qual há representação equivocada da realidade, pois o agente acredita tratar-se de outra pessoa. No erro de execução a pessoa visada é a própria, embora outra venha a ser atingida, involuntária e acidentalmente. O agente dirige a conduta contra a vítima visada, o gesto criminoso é dirigido corretamente, mas a execução sai errada, e a vontade criminosa vai concretizar-se em pessoa diferente.

2 Erro com resultado único

Ocorre a *aberratio ictus* com *unidade simples* (resultado único) quando o

agente, errando o alvo, atinge somente a pessoa não visada, matando-a. Na realidade teria havido uma tentativa de homicídio em relação à vítima virtual e um homicídio culposo em relação à vítima efetiva. Contudo, pelo dispositivo em exame, considera-se somente o homicídio doloso, como praticado contra a vítima virtual. A tentativa fica subsumida.

3 Erro com resultado duplo

E há *aberratio ictus* com *unidade complexa* (resultado duplo) quando, além da pessoa visada, o agente atinge também uma terceira. Nesta hipótese, com uma só conduta o agente pratica dois crimes, e, diante da *unidade da atividade criminosa*, justifica-se a determinação do Código de dispensar o mesmo tratamento do concurso formal próprio.

4 Erro na execução com dolo eventual

Se o agente agir com dolo eventual em relação ao terceiro não visado, o agente deve responder pelos dois crimes. Nesta hipótese, o concurso permanece formal, porém as penas devem somar-se, como ocorre no concurso formal impróprio, diante dos desígnios autônomos do agente.

5 Qualidades da vítima

Nas hipóteses de *erro na execução* consideram-se as qualidades ou condições da pessoa visada — a vítima virtual — e não as da pessoa atingida — a vítima efetiva. Por exemplo, o agente, pretendendo matar um forasteiro, atira e vem a matar seu próprio pai, que se encontrava próximo. Sobre o fato não incide a agravante genérica da relação de parentesco (art. 61, II, *e*, 1ª figura). Agora, se o agente, pretendendo matar o próprio pai, atira e vem a matar um forasteiro, sobre o fato incide a agravante genérica antes referida.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Verificando-se que na espécie incide a figura da *aberratio ictus* com unidade complexa (art. 73, segunda parte, do CP), vez que o réu, por erro no uso dos meios de execução, atingiu a vítima ERS, além da vítima GSA (vítima visada), caso não é de aplicação da regra do crime continuado (art. 71 do CP), mas sim do concurso formal (art. 70 do CP), tendo em vista que, na espécie, incide a regra do art. 73, segunda parte, do Código Penal" (TJPR, Apelação 0400437-5, Rel. Mário Helton Jorge, j. 12-7-2007).

"A *aberratio ictus* não deve ser acolhida como forma de afastar eventual responsabilidade do agente, quando este afirma que não tinha a intenção de atingir a vítima, havendo erro na execução, pois a conduta criminosa ainda persiste" (TJPR, RESE 0388539-8, Rel. Luiz Osório Moraes Panza, j. 28-6-2007).

"*Aberratio ictus*. Concurso formal de delitos. Pena. 'Hipótese em que se atingiu não só a pessoa visada como também terceiro, por erro de execução. Regência da espécie pela disciplina do concurso formal' (Precedente do Supremo Tribunal Federal – HC 62.655/BA, *DJ* de 7-7-1985, Rel. Min. Francisco Rezek). 'Se por erro de execução, o agente atingiu não só a pessoa visada, mas também terceira pessoa, aplica-se o concurso formal' (STF: RT *598:420*)" (STJ, REsp 439.058/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 13-5-2003).

"Homicídio qualificado tentado e consumado. Recurso ministerial que pretende a aplicação da regra do concurso formal imperfeito. *Aberratio ictus*. Autonomia de desígnios caracterizada. Recurso ministerial provido. O cometimento de uma só conduta, que acarreta em resultados diversos, um dirigido pelo dolo direto e outro pelo dolo eventual, configura a diversidade de desígnios. Precedente do STF. Hipótese em que se verifica o concurso formal imperfeito, que se caracteriza pela ocorrência de mais de um resultado, através de uma só ação, cometida com propósitos autônomos" (STJ, REsp 138.557/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14-5-2002).

Resultado diverso do pretendido

Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

D O U T R I N A

1 "Aberratio delicti"

Há *aberratio delicti* ou desvio do crime quando o agente, também por acidente ou inabilidade, atinge bem jurídico diverso do pretendido, fora das hipóteses que configuram a *aberratio ictus*. A natureza dos bens jurídicos, visado e atingido, é diferente. Nesta hipótese, "o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo". A punibilidade do resultado não pretendido fica na dependência de previsão da modalidade culposa daquela conduta.

2 Ocorrência de resultado duplo

Se ocorrer também o resultado pretendido aplica-se a regra do concurso formal. Assim, se o agente arremessa uma pedra para quebrar a vitrine e acaba ferindo também a balconista, responderá pelo crime de dano e pela lesão corporal culposa; contudo, se o agente arremessa a pedra para ferir um transeunte e acaba quebrando também a vitrine, responderá tão somente pela lesão corporal dolosa, porque o crime de dano não tem a correspondente figura culposa.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Disparo de arma de fogo e lesão corporal leve, em *aberratio criminis*. Art. 15 da Lei n. 10.826/2003 e art. 129, § 6º, do Código Penal, pela incidência da regra contida no art. 74 do Código Penal" (TJRS, Apelação 70017523564, Rel. Vladimir Giacomuzzi, j. 1º-3-2007).

"*Aberratio criminis* (art. 74, do CP). Ocorre a figura quando alguém movido pelo ciúme e embriagado, o que lhe retira o dolo mesmo eventual da ação, provoca incêndio em colchão que guarnece a cama do amante, propagando-se o fogo, contra sua expressa vontade e apesar de seus esforços, pela residência. Viabilidade de censura penal por delito de dano e incêndio culposo, em concurso formal" (TJRS, Apelação 690026380, Rel. Guilherme Oliveira de Souza Castro, j. 6-6-1990).

Limite das penas

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

— V. art. 5º, XLVII, *b*, da CF.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

— V. arts. 111, parágrafo único, e 118 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

DOUTRINA

1 Limite de cumprimento da pena de prisão

Como o que a disposição legal limita é "o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade", nada impede que o agente, autor de vários

crimes, possa receber condenação superior àquele limite.

2 Unificação de penas superiores a 30 anos

Quando, no entanto, as condenações de um mesmo agente atingirem soma superior a trinta anos, "devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo" estabelecido (art. 75, § 1º, do CP).

3 Exclusão dos benefícios penitenciários

O limite de 30 anos é tão somente para o cumprimento de pena, não sendo aplicável para outros benefícios, como progressão, indulto, livramento condicional etc.

4 Unificação por fato posterior

Quando o condenado praticar novo crime durante a execução, far-se-á nova unificação de penas, abatendo-se o tempo já cumprido (art. 75, § 2º). Não deixa, contudo, de conceder um "passaporte de impunidade" ao sujeito que, condenado a 30 anos de prisão, pratique novos delitos no início de seu cumprimento.

5 Sugestão de Basileu Garcia

Por isso, continua atualizada a sugestão de Basileu Garcia, quando criticava o Código Penal de 1940, que deveria "facultar a imposição de um acréscimo penal, sobre o limite fixado no art. 55, para o caso de crime cometido supervenientemente à condenação irrecorrível".

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 715 do STF: "*A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução".

"Para fins de observância do limite trintenário, havendo nova condenação por crime cometido após o início do cumprimento da reprimenda, outra unificação das penas deve ser realizada desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido. Inteligência do art. 75, § 2º, do CPB (Precedentes do STJ e STF)" (STJ, HC 87.823/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18-12-2007).

"Nos termos do art. 75, § 2º, do Código Penal, sobrevindo condenação por crime praticado

posteriormente ao início da execução, procede-se a nova unificação, desprezando-se o período de pena já cumprido. Se o somatório das penas não alcança o limite máximo de 30 (trinta) anos, não há falar em unificação" (STJ, HC 43.695/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 5-12-2006).

"Não é possível a unificação das penas para fins de cumprimento da reprimenda e concessão de benefício, com esteio no art. 75 do CP, pois a doutrina e jurisprudência pátria são uníssonas em afirmar que para a obtenção de benefício na execução, seria levado em conta o montante das penas efetivamente aplicadas ao réu, tendo o limite de trinta anos efeito exclusivo na duração do encarceramento" (STJ, HC 39.653/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 1º -9-2005).

"Medida de segurança — Projeção no tempo — Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos" (STF, HC 84.219/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-8-2005).

"A unificação das penas, prevista no art. 75 do Código Penal, não tem qualquer efeito sobre eventuais benefícios relativos à execução penal, restringindo-se, apenas, à duração do encarceramento, que fica limitado no máximo de 30 (trinta) anos. Súmula 715/STF. O cálculo para a concessão de qualquer benefício, por ocasião da execução penal, deve ter por base o somatório das penas privativas de liberdade efetivamente impostas ao condenado" (STJ, HC 39.184/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19-5-2005).

Concurso de infrações

Art. 76. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

D O U T R I N A

1 Concurso de penas

Concorrendo dois tipos de penas, cumpre-se primeiro a mais grave.

2 Cumulação de penas de multa

A jurisprudência está dividida: a) *na cominação cumulativa de detenção e multa, não há impedimento a que a primeira seja substituída por multa, desde que presentes os pressupostos legais* (STJ, REsp 9.157, *DJU*, 21-10-1991, p. 14753); b) *o STF tem entendimento contrário, não admitindo a cumulação "quando há cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a multa"* (1ª T., HC 70.445, Rel. Moreira Alves, *DJU*, 25-2-1994, p. 2592).

3 Cumulação de penas: Súmula 171 do STJ

Mudando a orientação inicial, o STJ sumulou em sentido contrário à sua orientação inicial: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

Nossa posição é pela possibilidade da cumulação, por encontrar fundamento legal na cominação abstrata nos tipos penais.

4 Jurisprudência questionável

A jurisprudência tem entendido historicamente que a menoridade — *que é um aspecto da personalidade* — é a circunstância mais relevante, até mais do que a reincidência. Essa maior relevância, para nós, não é absoluta. Admitimos, é verdade, que em relação à reincidência a menoridade seja mais relevante. Porém, não podemos esquecer os *motivos determinantes* do crime, que podem assumir as mais variadas formas — podem ser *nobres, fúteis, torpes, graves, imorais* etc. — e, embora não justifiquem o crime, podem alterar profundamente a sua reprovabilidade, tanto que, em algumas hipóteses, qualificam (ex.: art. 121, § 2º, II) ou privilegiam (art. 121, § 1º) a conduta criminosa.

5 Súmula derrogada

A Súmula 605 do STF, “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”, editada antes da Lei n. 7.209/84, a nosso juízo, foi derrogada pelo art. 71, parágrafo único. Nesse sentido, STF, *RTJ*, *121*:665.

6 Limites dos efeitos da unificação de penas

Há duas correntes: a) a unificação em 30 anos limita-se à finalidade de cumprimento (STF, RHC 68.237, *DJU*, 9-11-1990, p. 12729; HC 66.212, *DJU*, 16-2-1990, p. 928); b) a unificação tem efeitos amplos (TACrimSP, Ag. 406.603, j. 16-10-1985).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“No caso de condenação por dois crimes, em concurso material, com distintas penas privativas de liberdade e regimes prisionais incompatíveis, a pena mais grave deve ser

cumprida em primeiro lugar" (STJ, HC 24.274/TO, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-12-2002).

"O art. 76 do CP aplica-se aos casos de concurso material, determinando o cumprimento da pena mais grave antes de qualquer outra, mas isso não significa ter força bastante para desconstituir pena já cumprida e, em seu lugar, colocar novo *quantum* por condenação em crime hediondo, com vistas à progressão de regime e livramento condicional" (STJ, HC 22.319/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17-10-2002).

"Na hipótese de concurso de infrações, a pena mais grave deve ser executada em primeiro lugar (CP, art. 76). Havendo condenação em reclusão e às penas restritivas de direitos, aquela deve ser cumprida em primeiro lugar" (STF, HC 80.558/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 19-6-2001).

Capítulo IV - Da Suspensão Condicional da Pena

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

— V. arts. 156 a 163 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

I — o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III — não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

— § 2º com redação determinada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

— V. arts. 33, § 2º, *c*, e 65, I, do CP.

D O U T R I N A

1 Suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena é, hoje, "uma verdadeira condenação", ou seja, não é mais que uma simples *modificação na forma de cumprimento da pena* que "suspende", especialmente na regulamentação do nosso CP, o qual determina que, no primeiro ano de prazo, "deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)". Na verdade, o *sursis*, atualmente, como é conhecido esse instituto, significa a suspensão *parcial* da pena privativa de liberdade, durante certo tempo e mediante determinadas condições.

2 Natureza jurídica

Firmou-se o entendimento que concebe o *sursis* como um *direito público subjetivo do condenado* (art. 157 da LEP, desde que presentes seus requisitos objetivos e subjetivos). Nesse sentido, STF, HC 69.596, *DJU*, 6-11-1992, p. 20107.

3 Penas passíveis de receberem "sursis"

A suspensão condicional restringe-se às penas privativas de liberdade (art. 80 do CP). Parece lógico, pois as demais alternativas à pena de prisão visam, igualmente, preservar um mínimo de sentido retributivo da pena e representam uma forma de, no dizer de Jescheck, "fazer o condenado sentir os efeitos da condenação".

4 Revelia e "sursis"

A revelia do condenado, como já ocorria na legislação anterior, por si só, não inviabiliza a concessão do *sursis*. Respeita-se o direito do cidadão de não comparecer a juízo para defender-se.

5 Requisitos necessários

1) *Requisitos objetivos*: a) *natureza e quantidade da pena* — somente pena privativa de liberdade (arts. 77 e 80). Limite de dois anos para os *sursis* simples e especial, e de quatro anos para o *sursis* etário; b) *inaplicabilidade de penas restritivas de direitos* — deverá o magistrado também verificar se, no caso concreto, não é *indicada ou cabível* pena

restritiva de direitos (arts. 44 e 77, III, do CP); 2) *requisitos subjetivos*: a) *não reincidência em crime doloso* — somente a reincidência em crime doloso impede a concessão do *sursis*. É irrelevante a reincidência em crime culposo; b) *prognose de não voltar a delinquir* — os elementos definidores da medida da pena (art. 77, II) informarão da conveniência ou não da suspensão da execução da pena aplicada na sentença.

5.1 A condenação no estrangeiro

A condenação anterior por crime doloso, mesmo no estrangeiro, impede a concessão do *sursis*, independentemente de homologação no Brasil, formalidade esta somente exigida para efeitos de execução da sentença estrangeira.

5.2 Condenação anterior à pena de multa

A condenação precedente a pena pecuniária não obstaculiza a obtenção de *sursis*, independentemente da natureza do crime (doloso ou culposo).

5.3 Condenação há mais de cinco anos

Somente pelo efeito reincidência, não impede a concessão do *sursis*, se decorridos mais de cinco anos do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade (art. 64, I). Poderá, eventualmente, não satisfazer o requisito II do art. 77.

5.4 “Sursis” e penas restritivas

Em regra, as penas restritivas de direitos são de “menor rigor repressivo”. No entanto, as penas de *interdição temporária* podem ser mais gravosas que o *sursis*, mesmo o simples. Por outro lado, o *sursis* especial é a resposta penal mais benéfica de todo o nosso ordenamento jurídico. Esses casos o magistrado deve examinar cuidadosamente, e aplicar a sanção menos prejudicial ao condenado.

5.4.1 Incompatibilidade do inciso III do art. 77

Houve aqui uma lamentável omissão do legislador ao não adequar este inciso aos novos limites da pena restritiva de direitos. A possibilidade de substituição por penas restritivas é requisito impeditivo do *sursis*. A observância desse requisito ficou prejudicada.

5.4.2 Limites do “sursis” e limites das penas restritivas

Penas superiores a dois anos de prisão não admitem *sursis*, mas podem ser substituídas por “penas alternativas” (arts. 77, *caput*, e 44, I, do CP). É só uma demonstração da grande desarmonia que se está instalando no sistema penal brasileiro, com as ditas reformas pontuais.

5.4.3 Esvaziamento do regime aberto

Da mesma forma, o regime aberto terá aplicação bastante restrita: basicamente, nas infrações praticadas *com violência ou grave ameaça à pessoa* ou cometidas por *reincidentes específicos*.

5.4.4 Desarmonia no sistema penal e omissão legislativa

A Lei n. 9.714/98 esqueceu de corrigir, entre outros dispositivos, os arts. 58, parágrafo único, 77, *caput* e inciso III, do CP e 181 da LEP, para complementar as *causas especiais* de conversão das novas penas restritivas.

5.5 Dois “sursis” simultâneos

Teoricamente é possível que um condenado já beneficiado com o *sursis* receba novamente esse mesmo benefício, em caráter provisório, enquanto aguarda eventuais recursos. A confirmação das duas condenações, porém, impossibilita o exercício de ambos os benefícios, que serão automaticamente revogados, devendo ser cumpridas as penas normalmente, a menos que a soma de ambas as condenações não ultrapasse o limite de dois anos, que, unificadas, representarão um único *sursis* e desde que não afastem o pressuposto do art. 77, II.

5.6 “Sursis” sucessivo

Há ainda outra hipótese de o acusado poder receber mais de um *sursis*, neste caso, sucessivo. Com a temporariedade dos efeitos da reincidência, agora limitados a cinco anos pelo art. 64, I, o então reincidente em crime doloso pode voltar a obter o *sursis*, quando praticar outro crime, desde que tenham decorrido mais de cinco anos, desde o cumprimento da pena ou a extinção de sua punibilidade. Com o decurso desses cinco anos sem cometer crimes, adquire a condição de *não reincidente*.

5.7 Perdão judicial e “sursis”

O perdão judicial, que não é fator gerador de reincidência (art. 120), e tampouco tem natureza condenatória, permite a concessão de *sursis* em futura condenação. Em sentido contrário, entendendo que a sentença que concede o perdão judicial é de natureza condenatória, manifesta-se Damásio de Jesus, mantendo seu entendimento anterior à reforma.

5.8 Valoração das circunstâncias favoráveis

Ainda que uma circunstância isolada desfavorável não seja obstáculo à aplicação do *sursis*, a valoração daquelas deve ser global, o que torna possível uma conclusão sobre a conduta futura do réu. Não é indispensável que todas as circunstâncias sejam favoráveis, como ocorre com o *sursis* especial. Basta que, no geral, *não sejam desfavoráveis* de modo a criar dúvidas fundadas sobre a possibilidade de o condenado voltar a delinquir.

5.9 Necessidade de fundamentação

Toda vez que a condenação à pena privativa de liberdade não for superior a dois anos, o juiz deverá, na sentença, manifestar-se fundadamente sobre a concessão ou não do *sursis* (art. 157 da LEP).

6 Espécies de suspensão condicional

a) "*Sursis*" *simples ou comum* — nesta espécie o condenado fica sujeito ao cumprimento de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana, como *condição legal obrigatória*, no primeiro ano de prazo. Esta é a espécie, agora normal, tradicional e mais frequente de suspensão condicional no nosso Código; b) "*sursis*" *especial* — por esta modalidade, o condenado fica dispensado do cumprimento das já referidas penas restritivas de direitos no primeiro ano do período de prova (art. 78, § 2º, do CP). As condições do § 1º serão substituídas pelas do § 2º, ambos do mesmo art. 78; c) "*sursis*" *etário* — para este tipo de *sursis* elevou-se o limite da pena aplicada — superior a dois até quatro anos, inclusive. E, em decorrência desse limite, o período de prova também é maior: quatro a seis anos.

7 Requisitos do "sursis" etário

Como a previsão desta espécie de *sursis* está no segundo parágrafo do art. 77, que estabelece os requisitos gerais para o *sursis* simples,

evidentemente que estes também são exigidos para o *sursis* do septuagenário.

7.1 Setenta anos na data da condenação

O condenado deve ser maior de setenta anos na data da condenação. Embora não haja previsão legal nesse sentido, essa é a interpretação que se pode tirar do art. 65, I, 2ª parte, do Código Penal. Como o dispositivo existe em benefício do apenado e visa a execução da pena, pensamos que, se houver recurso de decisão condenatória, a data-limite para a verificação da idade deve ser a da publicação do acórdão que confirmar aquela.

7.2 Razões de saúde que justifiquem a suspensão

Esta é uma nova espécie de *sursis* e não simplesmente um novo requisito do "*sursis*" *etário*. "Razões de saúde" será um fundamento alternativo e não simultâneo ou concomitante à maioridade de setenta anos para concessão do *sursis*. A redação deixa claro que "*razões de saúde*" podem justificar o *sursis*, para pena *não superior a quatro anos*, independentemente da idade. Condenação superior a quatro anos, ainda que o condenado apresente problemas de saúde, não será fundamento, por esta previsão legal, para a concessão de *sursis* por essa razão.

8 Requisitos do "sursis" especial

Além de satisfazer os requisitos exigidos para o *sursis* simples, deve satisfazer mais dois: *ter reparado o dano*, salvo impossibilidade de fazê-lo, e que *todas as circunstâncias* do art. 59 sejam *inteiramente favoráveis*. Nesta hipótese, qualquer delas, sendo desfavorável, impedirá o *sursis* especial, restando, contudo, o simples.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Uma única ocorrência penal não é motivo suficiente para impedir a concessão do *sursis*" (STJ, HC 80.923/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6-12-2007).

"Em razão do disposto no art. 697 do Código de Processo Penal, o magistrado, ao condenar o réu à pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos, por constituir direito subjetivo deste, deve, obrigatoriamente, se manifestar sobre a concessão, ou não, da suspensão condicional da pena. A omissão relativa à análise obrigatória quanto à aplicação do *sursis* não tem o condão de, por si só, anular a condenação e os demais atos processuais dela decorrentes" (STJ, HC 92.399/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20-

11-2007).

“Inaplicabilidade do *sursis* se não cumpridos os requisitos do art. 77 do Código Penal, uma vez que cabível a substituição da pena” (STJ, REsp 897.815/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-6-2007).

“Evidenciado que foi fixada ao réu pena privativa de liberdade inferior a dois anos, suas circunstâncias judiciais foram quase todas favoravelmente consideradas, além deste ser tecnicamente primário, a situação processual do paciente se enquadra nas hipóteses legais do art. 77 do Código Penal. Somente uma circunstância judicial foi desfavoravelmente considerada, qual seja, o motivo do crime, tendo em vista ter agido com espírito de vingança, a qual, por si só, não é suficiente para obstar a concessão da *benesse* da suspensão condicional da pena” (STJ, HC 74.359/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-5-2007).

“A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, então, a concessão do *sursis* não são viáveis, tendo em vista a existência de maus antecedentes (Precedentes)” (STJ, HC 70.212/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 3-4-2007).

“O *sursis* concedido ao ora Paciente restou revogado pelo Tribunal *a quo* sem fundamentação apropriada, já que se deu com amparo apenas no fato de se tratar de ‘crime severo e violento’ (fl. 19), o que não configura obstáculo legal à concessão de tal benefício, nos termos do art. 77 e incisos do Código Penal. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, restabelecendo o *sursis* concedido na sentença de primeiro grau” (STJ, HC 50.924/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4-5-2006).

“Antecedentes. Inquéritos Policiais. Pena. Dosimetria. Substituição. *Sursis.* Requisitos Subjetivos. A substituição da pena privativa de liberdade e a concessão de *sursis* exigem o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, capazes de recomendá-las, no caso concreto, como suficientes à reprovação e prevenção da conduta infracional. Muito embora seja entendimento desta Corte que a condenação sem trânsito em julgado não pode ser causa impeditiva para a concessão do *sursis*, inviável a concessão da ordem se o acórdão combatido considerou que não foram preenchidos os demais requisitos subjetivos, necessários à concessão do *sursis*. Fundamento que, não combatido na impetração, é suficiente à manutenção do acórdão” (STJ, HC 47.590/MS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-2-2006).

“Não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP” (STF, HC 84.342/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, j. 12-4-2005).

“Suspensão condicional da pena (decisão negativa). Fundamentação (necessidade). Nulidade (ocorrência). Faltando conveniente fundamentação à decisão que deixa de conceder ao réu o benefício da suspensão da pena, padece ela, nesse ponto, de nulidade. Ordem de *habeas corpus* concedida, a fim de que haja a indicação dos pertinentes motivos de fato e de direito” (STJ, HC 36.559/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 7-12-2004).

“O art. 77, § 1º, do Código Penal não veda a concessão da suspensão condicional da pena na hipótese de reincidência decorrente de anterior imposição de multa” (STJ, HC 22.736/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 19-12-2003).

“Regime Aberto. Pena Restritiva de Direito. Impossibilidade. *Sursis*. Cabimento. Ordem Concedida. Não faz jus à pena restritiva de direito o condenado por crime que tenha a integrá-lo a violência ou a grave ameaça. É de se conceder, no entanto, o benefício do *sursis*, quando o acórdão, embora adotando a pena-base mínima estabelecida na sentença, somente cabível ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais ao réu, e

fixando regime que pressupõe autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (Código Penal, art. 36), qual seja, o aberto, como inicial do cumprimento de pena que reduziu a *quantum* inferior a 2 anos, denega a suspensão condicional da execução da pena prisional, ao argumento simples da ausência de seus pressupostos subjetivos, fundando, nessa evidente contradição, o constrangimento ilegal que grava o *decisum* colegiado, e se mostra evidente na sua própria letra, de modo a ensejar que seja sanado em sede de *habeas corpus*" (STJ, HC 24.628/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15-4-2003).

"A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, como previsto no art. 44, do Código Penal, importa em proporcionar ao condenado septuagenário situação penal mais benigna do que a concessão de *sursis* etário, previsto no art. 77, § 2º, do mesmo Estatuto" (STJ, RHC 9.659/MG, Rel. Min. Vicente Leal, j. 24-4-2001).

"A Lei n. 9.503/97, inobstante ser especial, não veda a concessão do *sursis* àquele que satisfaça os requisitos elencados no art. 77 do Código Penal. Tem-se como presentes os requisitos subjetivos para a concessão da suspensão condicional da pena na hipótese em que o condenado não for reincidente em crime doloso e o juiz sentenciante, no momento da individualização da pena, não mencionar a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis" (STJ, HC 14.397/PI, Rel. Min. Vicente Leal, j. 1º-3-2001).

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

— V. arts. 158, 159 e 162 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

§ 1º No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

— § 2º com redação determinada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

— V. arts. 9º, 16, 65, III, *b*, e 91, I, do CP.

a) proibição de frequentar determinados lugares;

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

D O U T R I N A

1 Condições legais do “sursis” simples

No primeiro ano de prova, o condenado fica obrigado a prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (§ 1º). Ao contrário de alguns autores, não confundimos as previsões do art. 81 com as condições legais. Aquelas são *causas* de revogação; estas são *condições* impostas. Além das condições legais, podem ser impostas condições judiciais (art. 79).

2 Condições do “sursis” etário

Serão as mesmas do *sursis* simples ou, se for o caso, as do *sursis* especial, se forem satisfeitos aqueles outros dois requisitos do art. 78.

3 Condições do “sursis” especial

São as seguintes condições: 1) *proibição de frequentar determinados lugares*; 2) *proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização judicial*; 3) *comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades* (art. 78, § 2º).

4 Aplicação cumulativa

Estas condições, que já eram obsoletas, agora, absurdamente, precisam ser todas aplicadas, *simultaneamente* (Lei n. 9.268/96).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“O *sursis* especial é concedido quando as circunstâncias do crime forem totalmente favoráveis ao condenado, e tiver ele reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Ausente tal reparação, é inadmissível a concessão do benefício especial. Caso em que o réu não reparou o dano, tornando incabível a aplicação do *sursis* especial previsto no § 2º do art. 78 do Código Penal” (STJ, REsp 858.542/SE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-5-2007).

“Regime aberto. Inadmissível a cumulação do *sursis* simples com o *sursis* especial. Provimento parcial do recurso” (TJRJ, Apelação 2005.050.00435, Rel. Maria Christina Góes, j. 10-1-2006).

“Suspensão condicional da pena. *Sursis* simples (arts. 78, § 1º, do CP, e 158, § 1º, da LEP). O Código Penal, ao dispor das espécies de suspensão condicional da pena, estabeleceu, como *sursis* simples, no § 1º do art. 78, a autorização da sujeição do condenado à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano da pena, inexistindo, pois, qualquer incompatibilidade” (STJ, REsp 294.188/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 2-5-2002).

Art. 79. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

— V. arts. 158 e 159 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

— V. Súmula 249 do TFR.

D O U T R I N A

1 Condições judiciais

As condições *judiciais* são as que o texto legal deixa à discricionariedade do juiz, que, contudo, deverá observar que sempre sejam "adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado" (art. 79). Essas condições *judiciais* não foram enumeradas no texto legal e dependem da discricionariedade do juiz, desde que sempre adequadas ao fato e ao condenado.

2 Natureza e conteúdo das condições

As condições não podem constituir, em si mesmas, sanções não previstas para a hipótese, em obediência ao princípio *nulla poena sine lege*, e em respeito aos direitos individuais e constitucionais do sentenciado. Tampouco se admitem condições ociosas, isto é, representadas por obrigações decorrentes de outras previsões legais, como, por exemplo, reparar o dano ou pagar as custas judiciais.

3 Fiscalização do cumprimento das condições

O cumprimento das condições impostas deve ser fiscalizado pelo *serviço social penitenciário, patronatos, conselho da comunidade ou instituições beneficiadas com prestação de serviços à comunidade*. O Ministério Público e o Conselho Penitenciário inspecionarão a atividade fiscalizadora das entidades referidas. Eventuais lacunas de normas supletivas serão supridas por atos do juiz da execução (art. 158, § 3º, da LEP).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Do *sursis* aplicado. O Magistrado, considerando insuficiente a prestação de serviços à comunidade durante o primeiro ano, previsão expressa do art. 78, § 1º, do Código Penal,

estabeleceu outras condições, faculdade que lhe é conferida pelo art. 79 do mesmo diploma legal" (TJRS, Apelação 70017384512, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 18-7-2007).

"Se a pena detentiva imposta ao paciente teve sua execução suspensa mediante a concessão de *sursis* (art. 77, do CP), tendo o magistrado fixado como uma das condições para a obtenção do benefício a proibição de dirigir veículo automotor, nos termos do art. 79 do CP, não há cogitar, *in casu*, de cumprimento cumulativo de penas privativa de liberdade e restritiva de direitos, inexistindo, portanto, o alegado *bis in idem*" (STJ, HC 10.044/ES, Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 2-3-2000).

Art. 80. A suspensão não se estende às penas restritivas de direito nem à multa.

D O U T R I N A

Exclusão das penas restritivas e da multa

Estas penas estão expressamente excluídas do *sursis*. *Vide* anotações ao art. 77.

Revogação obrigatória

Art. 81. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

— V. art. 162 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

I — é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

II — frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III — descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código.

§ 1º - Revogação facultativa

§ 1º A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

§§ 2º e 3º - Prorrogação do período de prova

§ 2º Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

§ 3º Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

D O U T R I N A

1 Causas de revogação obrigatória

São causas de revogação obrigatória:

1ª) *Condenação em sentença irrecorrível, por crime doloso* — a lei não distingue se a condenação é consequência de fato praticado antes ou depois da infração que originou o *sursis* ou mesmo durante o seu exercício. Basta que a nova condenação transite em julgado durante o período probatório para que o *sursis* seja revogado.

2ª) *Frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa* — o simples não pagamento da pena de multa não é causa suficiente para revogar o *sursis*. Somente a *frustração da execução* da referida pena levará à revogação daquele. O deixar de pagá-la determina tão somente a cobrança judicial (art. 164 da LEP).

3ª) *Não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano* — a simples não reparação do dano também não é causa revogatória. Somente a *injustificada* sê-lo-á. Podendo efetuá-la, o condenado não a faz. Podem justificar a não reparação do dano, por exemplo, a situação econômica do condenado, a renúncia da vítima, a novação da dívida, o paradeiro desconhecido etc.

4ª) *Descumprir a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana* — aqui, como ocorre na hipótese da reparação do dano, somente o *descumprimento injustificado* dessa condição deve causar a revogação do *sursis*. Para dotar de força suficiente essa condição e garantir a sua execução previu-se que o seu descumprimento será causa obrigatória de revogação; caso contrário, seria uma determinação inócua.

5ª) *Não comparecimento, injustificado, do réu à audiência admonitória* — os autores em geral têm chamado esta hipótese de *cassação do* "*sursis*".

Em nossa opinião não há razão que justifique a denominação diferenciada das demais situações chamadas de causas de revogação. O fato de estar prevista em outro texto legal (art. 161 da LEP) e de o legislador ter dito que a suspensão ficará “sem efeito” não justifica essa preferência da doutrina.

1.1 Efeito contraditório de condenação

Ocorrer a condenação antes do início do *sursis*, durante o processo, antes ou depois da sentença condenatória (em fase de recurso), por si só, impedirá a suspensão condicional? Não é o que vem ocorrendo, sob o frágil argumento de que a lei exige a reincidência. Antes da sentença, em nosso entendimento, uma condenação por crime doloso, ainda que, tecnicamente, não produza reincidência, poderá ser causa impeditiva de concessão de *sursis*. Ora, se a condenação é causa para obrigatória revogação, com muito mais razão será causa para impedir a concessão, quando mais não seja para, pelo menos, dar tratamento isonômico a partes iguais em situações semelhantes.

1.2 Nova condenação durante a fase recursal

Com os mesmos argumentos, encontrando-se em fase recursal a decisão condenatória que concedeu o *sursis*, neste particular, deve ser tornada sem efeito, pelo órgão que tomar conhecimento da nova condenação.

1.3 A condenação à pena pecuniária

A condenação à pena pecuniária não é causa revogatória do *sursis*. Como a condenação anterior à pena de multa, mesmo por crime doloso, não impede a concessão do *sursis*, seria incoerente que a condenação no curso deste determinasse sua revogação.

Em relação às causas facultativas o Código foi expresso em excluir a condenação à pena de multa por crime culposo ou contravenção como causa revogatória (art. 81, § 1º, do CP).

1.4 Nova condenação no estrangeiro

A condenação no estrangeiro, que pode impedir a concessão do *sursis*, não é causa de sua revogação. Na ausência de previsão legal, por tratar-se de norma restritiva do direito de liberdade do condenado, veda-se a interpretação extensiva ou a aplicação analógica.

2 Revogação facultativa (§ 1º)

Na hipótese de revogação facultativa, a decisão fica sujeita à discricionariedade do juiz, que, em vez de revogar a suspensão, poderá prorrogar o período de provas. Aqui a lei se refere às *condições legais* previstas para o *sursis* especial (art. 78, § 2º, do CP) e às *condições judiciais* que houverem sido determinadas (art. 79).

2.1 Alternativa à prorrogação facultativa

O juiz, em vez de revogar o período de prova, poderá optar por prorrogá-lo até o máximo, se já não se encontrar nesse limite.

2.2 Causas de revogação facultativa

1ª) *Descumprimento de outras condições do "sursis"* — o descumprimento de qualquer condição judicial facultará ao juiz revogar o período probatório ou prorrogá-lo, se já não estiver em seu limite máximo. As circunstâncias é que determinarão qual a medida mais *prudente* a ser tomada; 2ª) *condenação irrecorrível, por crime culposo ou contravenção, à pena privativa de liberdade e restritiva de direitos* — esta hipótese afasta a condenação à pena de multa, já que se refere especificamente às outras duas modalidades de penas; 3ª) *prática de nova infração penal* — afirma-se que a prática de nova infração penal não revoga a suspensão condicional, pois o Código exige *condenação definitiva*. Em sentido contrário, sustentamos a possibilidade de revogação do *sursis*: basta que o juiz, ao estabelecer as condições judiciais, nos termos do art. 79, dentre elas, arrole a proibição de voltar a delinquir. Descumprindo-a, a revogação será facultativa.

2.3 Como unificar "sursis" com nova condenação

Um indivíduo condenado, com a pena suspensa e que durante o período de provas sofre outra condenação à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, pode não ter revogada a suspensão anterior. Como e quando tal indivíduo cumprirá esta segunda pena? Será cumprida concomitante ou sucessivamente? Nem a lei nem a doutrina, tampouco a jurisprudência, dizem como e quando será cumprida esta segunda sanção. Não se pode esquecer que primeiro se deve executar a pena mais grave (art. 76).

3 O período de prova

O lapso temporal em que o beneficiário tem a execução da pena suspensa chama-se *período de prova*. O cumprimento das condições impostas e a vida em liberdade, sem delinquir, são inegavelmente uma *prova* efetiva de que o beneficiário sentiu os efeitos da condenação e de que não necessitava recolher-se à prisão para emendar-se.

3.1 Limites do período de prova

a) *"Sursis" simples e especial* — dois a quatro anos (art. 77, *caput*); b) *"sursis" etário* — quatro a seis anos (art. 77, § 2º); c) *"sursis" de contravenção* — um a três anos (art. 11 da LCP).

3.2 Prorrogação facultativa

A *prorrogação facultativa*, como alternativa à revogação, é apenas uma possibilidade que desaparecerá se o período probatório já estiver fixado em seu limite máximo. Nessa modalidade de prorrogação — facultativa — continuam vigentes todas as condições impostas na sentença, com exceção daquelas específicas do primeiro ano de prazo (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana).

3.3 Prorrogação obrigatória e automática

A prorrogação será *automática e obrigatória* se o beneficiário do *sursis* estiver sendo *processado* por outro crime ou contravenção durante o período de prova. Essa prorrogação é automática e não depende de despacho judicial: decorre da lei e se prolonga até o julgamento definitivo do novo processo.

3.4 Efeitos da prorrogação automática

Nesta espécie de prorrogação, automática e obrigatória, prorroga-se tão somente o *prazo depurador*. As condições impostas não subsistem além do prazo anteriormente fixado.

3.5 Nova condenação com prazo prorrogado

Se houver condenação, revoga-se automaticamente o *sursis*, e o condenado deverá cumprir as duas condenações. Aqui a lei não faz qualquer distinção entre crime doloso e culposo ou entre crime e contravenção. Determina simplesmente a prorrogação até o julgamento

definitivo.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Na hipótese prevista no inciso I do art. 81 do Código Penal, a revogação do *sursis* é obrigatória, não dispondo o magistrado de discricionariedade diante de uma segunda condenação irrecorrível pela prática de crime doloso. Tendo o apenado sido condenado a pena privativa de liberdade pela prática de crime doloso, em decisão irrecorrível, durante o período de prova, a revogação do *sursis* é medida que se impõe, nos termos do inc. I do art. 81 do Código Penal” (STJ, RHC 18.521/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 3-4-2007).

“O período de prova do *sursis* fica automaticamente prorrogado quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção. E a superveniência de sentença condenatória irrecorrível é caso de revogação obrigatória do benefício, mesmo quando ultrapassado o período de prova” (STJ, REsp 723.090/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-9-2006).

“A norma do art. 51 do Código Penal, ao dispor que a multa será considerada ‘dívida de valor’, não lhe retirou a natureza de resposta penal, nem instituiu causa legal de prorrogação do *sursis*, que, na perspectiva da sanção patrimonial, só determina a revogação obrigatória do benefício quando o condenado ‘frustra, embora solvente, a execução de pena de multa’ (inciso II, 1ª parte, do art. 81 do Código Penal), assim mesmo quando tal fato determinar a providência revocatória antes de expirado o prazo do benefício. É porque as causas legais de prorrogação do período de prova não são outras que não ‘está sendo processado por outro crime ou contravenção’ (§ 2º do art. 81 do Código Penal) ou quando ocorrer causa facultativa de revogação, em optando o Juiz por prorrogar o benefício ao invés de decretar a sua revogação, isso no período de prova” (STJ, REsp 714.245/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-10-2005).

“Revogação obrigatória. No caso do inciso I do art. 81 do Código Penal, é meramente declaratória a decisão que revoga o *sursis*, eis que a desconstituição do benefício é efeito legal da condenação irrecorrível do sentenciado, por crime doloso” (STJ, HC 33.279/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14-6-2005).

“O cumprimento do prazo do *sursis* não aciona imediata e automaticamente a declaração da extinção da punibilidade, tendo em vista tratar-se de procedimento incidental sujeito às determinações do contraditório. Em face disso, possível a averiguação posterior da eficiência do benefício, se o transcurso foi satisfatório e se o beneficiário atendeu aos pressupostos legais exigidos, caso em que a revogação, mesmo que operada após o período de prova, se afigura correta ante os parâmetros legais. Não bastasse isso, o fato reclama o entendimento no sentido da revogação automática com a simples ocorrência das condenações no prazo da suspensão condicional” (STJ, HC 26.578/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 10-6-2003).

Cumprimento das condições

Art. 82. Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

D O U T R I N A

1 Extinção da pena privativa de liberdade

Decorrendo o período probatório sem que tenha havido causas para a revogação, extinguir-se-á a pena privativa de liberdade, e o juiz deverá declará-lo. Se não o fizer, a pena estará igualmente extinta, pois o que a extingue não é o despacho judicial, mas o decurso do prazo sem revogação.

2 Descoberta tardia de causas impeditivas do "sursis"

Uma vez extinta a pena, ainda que se venha a descobrir que o beneficiário não merecia o *sursis* obtido, em face da existência de causas impeditivas, por exemplo, não será revogável a suspensão (STF, *RTJ*, *84*:689).

3 Ônus da recusa do "sursis"

O sentenciado pode recusar a concessão do *sursis*. Nesse caso, terá de submeter-se ao cumprimento da pena. A recusa ou aceitação desse *benefício* não impede o direito de recorrer, no prazo legal.

4 Início do cumprimento do "sursis"

O *sursis* só pode começar a correr depois de a decisão condenatória transitar em julgado (art. 160 da LEP).

5 Audiência admonitória

É a solenidade de advertência das consequências do descumprimento das condições do *sursis*, sendo igualmente a oportunidade em que o *beneficiado* manifesta se aceita as condições impostas.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A suspensão do processo mediante condições, introduzida pela Lei n. 9.099/95, é semelhante ao *sursis* do Código Penal. E similares também são os motivos para se revogar o benefício: §§ 3º e 4º do art. 89 da mencionada legislação e arts. 81 e 82 do Código Penal. Desta forma, a interpretação do primeiro texto deve se espelhar naquela feita para os dispositivos penais invocados. E, no caso, os Tribunais, majoritariamente, defendem

que, existindo razões para a revogação da suspensão condicional da pena, esta deverá operar-se no curso do prazo do benefício. Ele finalizado sem incidentes, a sanção imposta é considerada extinta" (TJRS, RESE 70020487005, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 16-8-2007).

"Suspensão condicional da pena. Extinção da pena privativa de liberdade decretada. Réu processado pela prática de outros delitos. Prorrogação do período de prova até o julgamento final dos processos. O período de prova do *sursis* fica automaticamente prorrogado quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção. E a superveniência de sentença condenatória irrecorrível é caso de revogação obrigatória do benefício, mesmo quando ultrapassado o período de prova. Deve ser determinada a prorrogação do período de prova até o julgamento definitivo dos processos em andamento" (STJ, REsp 723.090/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-9-2006).

"*Sursis*. Extinção da pena ante o vencimento do período de prova, durante o qual o apenado foi condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso, que é causa de revogação obrigatória do benefício, nos termos do art. 81, I, do CP. Não há como interpretar diferente o art. 82 do CP, cujo título é *cumprimento das condições*. Nesse sentido é que entendo que a promoção ministerial, requerendo a revogação do *sursis*, não foi intempestiva, ainda que apresentada após haver expirado o período de prova. Pouco importa se a decisão judicial a respeito foi proferida após vencido o prazo do benefício ou após cumpridas as suas condições, pois o que vale, para efeito de extinção da pena, é que as condições da suspensão tenham sido efetivamente cumpridas, e a seu devido tempo, sob pena de ficar a Justiça à mercê da boa vontade do beneficiário de comparecer na instituição designada para cumprir a PSC" (TJRS, Agravo em Execução 70014685804, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 15-5-2006).

"A decisão que julga extinta a pena privativa de liberdade pelo cumprimento das condições do *sursis*, com a nota de que a pena de multa deve ser executada pela Fazenda Pública, se ajusta aos arts. 51 e 82 do Código Penal e à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça" (STJ, REsp 714.245/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-10-2005).

"Suspensão condicional do processo. Réu processado por outro crime no curso do benefício. Revogação após o término do período de prova e prosseguimento da ação penal. Possibilidade. O exaurimento do tempo de prova não impede a revogação da suspensão condicional do processo, desde que por função de causa legal obrigatória" (STJ, RHC 14.827/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15-2-2005).

Capítulo V - Do Livramento Condicional

Requisitos do livramento condicional

Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

— V. arts. 68, II, *e*, 70, I, 128, 131 a 146 e 170, § 1º, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

I — cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

— V. arts. 63 e 64 do CP.

II — cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III — comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

— V. art. 33, § 2º, do CP.

— V. art. 112 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

IV — tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

— V. art. 91, I, do CP.

V — cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

— V. art. 5º, XLIII, da CF.

— V. Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

— Inciso acrescentado pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

— V. arts. 8º, 70, I, e 131 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Livramento condicional

É uma antecipação, embora limitada, da liberdade. Por meio desse instituto, coloca-se no convívio social o criminoso que apresenta, em determinado momento do cumprimento da pena, suficiente regeneração.

1.1 Condições do livramento condicional

Pelo livramento condicional o liberado conquista a liberdade antecipadamente, mas em *caráter provisório* e sob condições. O liberado será, em outras palavras, submetido à prova.

1.2 Natureza jurídica

Os *sistemas neoclássicos* o consideravam um benefício dispensado ao apenado, como prêmio por sua boa conduta. Na atualidade, a doutrina brasileira, em regra, tem entendido a liberdade condicional como um *direito público subjetivo* do apenado, desde que estejam satisfeitos os requisitos legais. Não se pode denominá-lo substituto penal, porque, em verdade, não substitui a prisão, tampouco põe termo à pena, mudando apenas a maneira de executá-la.

1.3 Duração do livramento condicional

Esse período de provas em nosso ordenamento jurídico corresponde ao tempo de pena que falta cumprir, ao contrário de algumas legislações penais, em que o período de prova tem outros limites de duração, independentemente do restante de pena a cumprir.

1.4 Cabimento do livramento condicional

A pena *inferior a dois anos* pode beneficiar-se com a suspensão condicional; a *superior a dois* dispõe do livramento condicional, e a pena de *dois anos exatos* pode beneficiar-se tanto com o livramento condicional como com a suspensão condicional; as circunstâncias e os fins da pena é que, na hipótese, indicarão a medida mais adequada.

1.5 Elenco de alternativas à prisão

O elenco de penas criado pela reforma penal tornou desnecessária a ausência de fixação de um limite mínimo de cumprimento de pena para concessão do livramento: “multa substitutiva” para penas de até seis meses (art. 60, § 2º, do CP); “pena restritiva de direitos” para penas inferiores a um ano ou para crimes culposos (art. 44, I); “suspensão condicional” para penas de até dois anos (art. 77); “regime aberto” inicial para penas de até quatro anos; “regime aberto” como terceira fase possível no cumprimento da pena de prisão; e, finalmente, “livramento condicional”, para penas a partir de dois anos, inclusive (art. 83), com cumprimento de apenas um terço (para os não reincidentes) ou metade (para os reincidentes).

2 Requisitos necessários

Para que o sentenciado possa desfrutar do livramento condicional, necessita preencher alguns requisitos de natureza objetiva e subjetiva, e, no caso dos chamados “crimes violentos”, necessita de mais um *requisito específico*, que serão todos examinados a seguir.

2.1 Requisitos objetivos

a) *Natureza e quantidade da pena*; b) *cumprimento de parte da pena*; c) *reparação do dano (salvo efetiva impossibilidade)*.

a) *Natureza e quantidade da pena* — somente a pena privativa de liberdade, igual ou superior a dois anos, pode ser objeto do livramento condicional (art. 83 do CP). Essa pena, ainda que somada, que não atingir o mínimo de dois anos e que não puder beneficiar-se com outras alternativas, tampouco poderá beneficiar-se com o livramento condicional, devendo ser cumprida integralmente*;* b) *cumprimento de parte da pena* — os *não reincidentes* em crime doloso e com *bons antecedentes* deverão cumprir mais de um terço da pena imposta, e os *reincidentes*, mais da metade. O Código Penal de 1940 exigia o cumprimento de mais da metade da pena para os não reincidentes e, para os reincidentes, mais de três quartos. Não fazia distinção entre reincidentes em crime doloso (art. 60, I, do CP de 1940); c) *reparação do dano (salvo efetiva impossibilidade)* — o legislador da reforma foi mais contundente na exigência da reparação do dano, ressalvando apenas a “efetiva” impossibilidade devidamente comprovada. Não mais admite aquele tradicional atestado de pobreza de triste memória e que era suficiente para exonerar o infrator da responsabilidade reparatória. A reparação do dano é uma obrigação civil decorrente da sentença penal condenatória, e o sentenciado que não puder satisfazê-lo deverá fazer *prova efetiva* dessa incapacidade.

2.1.1 Questões diversas

a) Crimes hediondos

A Lei n. 8.072, de julho de l990, que define os chamados *crimes hediondos*, exige que o condenado *não reincidente específico* nesses crimes cumpra, pelo menos, dois terços da pena aplicada, para poder postular o livramento condicional.

b) Exclusão das outras penas

Estão, consequentemente, afastadas deste instituto as penas restritivas de

direitos e a pena pecuniária. Não se fala das acessórias, porque foram abolidas do ordenamento jurídico brasileiro ordinário.

c) Reincidência dolosa e culposa

O sistema brasileiro *dá tratamento diferenciado para os reincidentes em crimes dolosos e para aqueles que são reincidentes em crimes culposos*. Com a exigência expressa de que o condenado não seja reincidente em crime doloso para ter direito ao livramento com o cumprimento de apenas um terço da pena imposta, permite, *a contrario sensu*, que o reincidente em crime culposo, teoricamente, possa ser beneficiado com referido instituto cumprindo igualmente mais de um terço, desde que preencha os demais pressupostos.

d) Livramento condicional e detração penal

Para integralizar o tempo mínimo de pena cumprida, além da determinação de soma de penas referentes a condenações distintas, é computada também, via *detração penal*, a prisão provisória, administrativa e a internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 42 do CP). A *pena remida* pelo trabalho é igualmente considerada para efeitos de livramento condicional (art. 128 da LEP).

2.2 Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos referem-se à pessoa do condenado, pois é pressuposto básico do livramento condicional que o liberado reingresse na sociedade livre, em condições de tornar-se membro útil, produtivo e em reais condições de reintegrar-se socialmente. É necessário que esteja em condições de prover sua própria subsistência através do seu trabalho, sem necessidade de recorrer a atividade escusa. Os requisitos subjetivos são: a) *bons antecedentes*, b) *comportamento satisfatório durante a execução da pena*, c) *bom desempenho no trabalho atribuído e* d) *aptidão para o trabalho*.

a) Bons antecedentes — o condenado que houver praticado outras infrações penais, que tiver respondido a outros inquéritos policiais, que se envolveu em outras infrações do ordenamento jurídico, que sofreu outras condenações (mesmo as que não caracterizem tecnicamente reincidência), que se dedicou ao ócio e à malandragem, enfim, que não tiver “bons antecedentes”, não poderá beneficiar-se do livramento condicional somente com o cumprimento de mais de um terço de pena.

a.1) Não reincidente e bons antecedentes

O cumprimento de mais de um terço é uma exceção, e como medida excepcional só terá lugar se preencher todos os requisitos expressamente exigidos. Assim, só terá direito quem "não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes". Faltando um ou outro desses dois requisitos, a exceção não se justifica, e o condenado deverá cumprir mais da metade da pena.

a.2) Antecedentes e fatos posteriores

Devem ser considerados como antecedentes aqueles fatos ocorridos antes do início do cumprimento da pena, mesmo que tenham ocorrido após o fato delituoso que deu origem à prisão, o que já não pode ocorrer por ocasião da dosimetria e aplicação da pena. Os fatos ocorridos durante a prisão, além de não serem antecedentes, serão objeto de avaliação no requisito que trata da *satisfatoriedade do comportamento prisional* do recluso, e jamais como antecedentes penais, que não o são.

a.3) Bons antecedentes e reincidente em crime doloso

Este requisito, como se percebe, só interessa para o não reincidente em crime doloso; aquele que for reincidente, com ou sem bons antecedentes, deverá cumprir mais da metade da pena, pelo menos, para poder postular o livramento.

b) Comportamento satisfatório durante a execução — a previsão anterior (Código Penal de 1940) exigia que o recluso tivesse "boa conduta carcerária", como se isso fosse uma tarefa fácil no ambiente deletério da prisão. O bom comportamento, com efeito, parecia exigir conduta irrepreensível, a inadmitir qualquer erro ou falta disciplinar. A *conduta satisfatória* reduz tal exigência, mas abrange todo o tempo da execução penal, e não somente o período de encarceramento.

b.1) Abrangência do comportamento satisfatório

A nova previsão legal é mais realista e ao mesmo tempo mais abrangente, pois se preocupa com o comportamento do apenado dentro e fora do cárcere, ou seja, preocupa-se com seu comportamento no trabalho externo, na frequência a cursos de instrução e profissionalizantes, com os períodos de permissões de saídas e saídas temporárias, com o regime aberto etc. Enfim, preocupa-se não apenas com a "conduta carcerária", mas com toda a execução da pena, que hoje implica maior contato com o mundo

exterior, ampliando o universo de observação da postura do futuro beneficiado.

c) Bom desempenho no trabalho — este requisito, inexistente no Código Penal de 1940, preocupa-se com o desenvolvimento da capacidade do indivíduo de autogerir-se, aptidão que lhe será indispensável na vida livre. Ao referir-se a "trabalho que lhe foi atribuído", fica claro que não se trata apenas das atividades laborais desenvolvidas no interior do cárcere, mas também se refere ao trabalho efetuado fora da prisão, como, por exemplo, o "serviço externo", tanto na iniciativa privada como na pública.

c.1) Desnecessidade de emprego fixo

A lei não determina que o apenado deve ter emprego assegurado no momento da liberação. O que a lei exige é a aptidão, isto é, a disposição, a habilidade, a inclinação do condenado para viver à custa de seu próprio e honesto esforço. Em suma, de um trabalho honesto. Tanto isso é verdade que a lei estabelece como uma das condições obrigatórias do livramento "obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, *se for apto para o trabalho*" (art. 132, § 1º, *a*, da LEP).

c.2) Prazo razoável para ocupação lícita

Constata-se, pois, que, além de não exigir a existência de emprego imediato, também não fixa prazo determinado para a obtenção de "ocupação lícita". Fala apenas em *prazo razoável*, e nem poderia ser diferente. Mas o que se deverá entender por prazo razoável para conseguir emprego em um país com tantos desempregados? Que prazo será razoável em uma sociedade cheia de preconceitos com os *estigmatizados* pela prisão, onde os homens sem tal estigma passam meses sem conseguir um emprego? Como exigir que o egresso consiga em exíguo tempo o que milhares de pessoas passam a vida toda sem conseguir? Evidentemente que o bom senso deverá prevalecer; aliás, o próprio legislador foi suficientemente sensato ao não fixar prazo para essa finalidade, preferindo adotar um "prazo razoável" como condição para justificar a vida em liberdade.

c.3) Demonstração da efetiva procura de trabalho

Entendemos que cada caso deve ser examinado de acordo com as circunstâncias gerais que o cercam. Parece-nos que deve ser considerada a demonstração da efetiva procura de trabalho, com a comprovação das reais

tentativas efetuadas; enfim, a comprovação de que se não conseguiu emprego não foi por sua má vontade ou simples desinteresse em conseguilo.

d) Aptidão para prover à própria subsistência com trabalho honesto — este requisito é consequência natural e direta do anterior. Da avaliação do desenvolvimento obtido no trabalho durante a fase de execução se pode chegar a conclusões sobre as reais condições do sentenciado para prover a sua subsistência e de sua família mediante atividade lícita. Este requisito será calcado em observações reais. Será produto da avaliação do desempenho efetivo do recluso nas tarefas que lhe forem atribuídas, dentro e fora da prisão, as quais devem guardar direta relação com as condições e aptidões do sentenciado (art. 34, § 2º, do CP).

2.3 Requisito específico

A eliminação da medida de segurança para os imputáveis e os fronteiriços não deixou a ordem jurídica desprotegida. Essa preocupação está consagrada no parágrafo único do art. 83 do Código Penal. A precaução destina-se aos autores dos chamados "crimes violentos", e, como afirma a Exposição de Motivos, "tal exigência é mais uma consequência necessária da extinção da medida de segurança para o imputável" (item 74).

2.3.1 Possibilidade de exame pericial

O texto, em sua redação original, determinava que a constatação da situação pessoal do apenado deveria *obrigatoriamente* efetuar-se mediante *exame pericial*, como deixa claro a Exposição de Motivos no item 73. Determinada corrente entende que, com a supressão do texto legal da exigência do exame pericial, este não pode mais ser realizado, pretendendo que o juiz forme sua convicção com base nos elementos que o processo de execução oferecer, como se a realização de tal exame viesse em prejuízo do liberando.

2.3.2 Intolerável restrição à prova

Em matéria criminal não se admitem as restrições à prova admitidas no Direito Civil, com exceção do estado das pessoas (art. 155 do CPP). O processo penal brasileiro confere ao juiz a "faculdade de iniciativa de provas complementares e supletivas", autorizando-lhe a, de ofício,

determinar a realização daquelas que considerar indispensáveis para o esclarecimento de pontos relevantes. Seria um verdadeiro absurdo obrigar-se o juiz a incorrer em "provável erro", por proibi-lo de utilizar meio de prova moralmente legítimo e disponível, como é o caso de um exame pericial.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"As novas disposições não sujeitam o apenado ao exame criminológico para obtenção do livramento condicional, no entanto, se feito este, mostrando-se favorável, cumprido está o requisito subjetivo para obtenção do benefício. A fuga ocorrida anteriormente não pode impedir o benefício se depois disso, durante considerável espaço de tempo, o apenado mostrou bom comportamento carcerário, sob pena de sujeitá-lo ao regime integralmente fechado, que não mais subsiste e a que o paciente nunca esteve sujeito" (STJ, HC 93.426/RJ, Rel. Jane Silva, j. 26-2-2008).

"O art. 83, I, do CPB exige, para fins de obtenção do benefício do livramento condicional, o cumprimento de mais de um terço da pena total imposta ao sentenciado. Assim, ofende o princípio da legalidade a decisão que determina a interrupção do prazo para a aquisição da referida *benesse*, uma vez que acaba por criar requisito objetivo não previsto em lei" (STJ, HC 85.426/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13-12-2007).

"A perpetração de três fugas pode constituir falta grave suficiente a impedir o livramento condicional por ausência do requisito subjetivo" (STJ, HC 71.084/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13-11-2007).

"Nos termos do art. 83 do Código Penal, a concessão de livramento condicional implica na análise dos requisitos objetivos e subjetivos pelo Juízo da Execução, não sendo possível a concessão do benefício para os apenados com comportamento carcerário desfavorável" (STJ, HC 68.212/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-10-2007).

"Nos termos do art. 83, V, do Código Penal, em se tratando de crime hediondo, a concessão do livramento condicional requer o cumprimento de mais de dois terços da pena, entendimento que não se modifica com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que o benefício da progressão de regime não se confunde com o do livramento condicional, permanecendo este regido pelo referido dispositivo do Código Penal" (STJ, HC 67.528/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-2-2007).

"Ao condenado primário, com maus antecedentes, incide o inciso I do art. 83 do Código Penal, razão pela qual sobressai o direito do paciente ao livramento condicional simples, exigindo-se, além dos requisitos objetivos e subjetivos, o cumprimento de 1/3 da pena. Precedentes" (STJ, HC 57.300/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 5-12-2006).

"O art. 83, inciso III, do CP não exige que o apenado se encontre efetivamente empregado para a concessão do livramento condicional, mas apenas a aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto. *In casu*, restou demonstrado, inclusive, que o paciente possui proposta de emprego" (STJ, HC 47.492/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-6-2006).

"A concessão do benefício do livramento condicional, à luz do art. 83 do Código Penal, depende da satisfação de requisitos objetivos e subjetivos, a serem aferidos pelo Juízo da

execução da pena. Ausente um dos requisitos objetivos, qual seja, o cumprimento de dois terços da reprimenda, não há falar em constrangimento ilegal no indeferimento do benefício do livramento condicional para o condenado por crime hediondo" (STJ, RHC 18.551/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18-5-2006).

"Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos, recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Precedentes do STF e do STJ. Para fins de concessão do benefício do livramento condicional, deve ser atendido o requisito objetivo exigido pelo art. 83, inciso V, do Código Penal, qual seja, o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena, o que não se verifica na espécie" (STJ, HC 51.368/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18-4-2006).

"O tráfico ilícito cometido, em 1986, não pode, para efeitos de reincidência específica, ser considerado hediondo. Dessa forma, o paciente faz jus ao livramento condicional, uma vez que dentre os dois crimes, apenas o segundo era definido como hediondo à época em que praticado, isto é, na vigência da Lei n. 8.072/90. Não se configura, portanto, a reincidência específica de que trata o art. 83, V, do CP, óbice à concessão do benefício" (STJ, HC 20.283/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 16-4-2002).

Soma de penas

Art. 84. As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.

— V. art. 75 do CP.

— V. arts. 111 e 118, II, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Soma de penas

A *soma de penas* é permitida para atingir esse limite mínimo, mesmo que tenham sido aplicadas em processos distintos. A soma de penas para fins de livramento condicional, que era uma faculdade concedida pelo art. 60, parágrafo único, do Código Penal de l940, com a redação da Lei n. 6.4l6/77, foi transformada em dever, aliás mantido pela reforma penal de 1984.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 715 do STF: "*A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais

favorável de execução".

"Livramento condicional. Art. 84 do CP. O critério correto, referendado pela doutrina 'para a análise do implemento do requisito temporal visando à obtenção de novo livramento condicional' é a soma do restante da pena que vinha sendo cumprida com o total do *quantum* imposto pela segunda condenação, tendo-se como ponto de partida a data em que houve a prisão por essa condenação posterior" (TJRS, Agravo em Execução 70010794618, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 14-4-2005).

"Em concorrendo condenações por crime hediondo ou equiparado e delitos outros de natureza diversa, o requisito do tempo de cumprimento de pena necessário à obtenção do livramento condicional deve ser aferido a partir da soma das penas privativas de liberdade, com exclusão dos 2/3 (dois terços) de que cuida o inciso V do art. 83 do Código Penal, em não se tratando de reincidente específico" (STJ, HC 28.140/RO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-11-2004).

"As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para fins de livramento condicional. Incidência do requisito de 1/3 sobre o total das penas, na hipótese em específico, permitindo-se o benefício" (STJ, HC 23.867/RO, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-12-2002).

Especificações das condições

Art. 85. A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

— V. art. 132 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Condições do livramento condicional

O livramento condicional é concedido sob condições, que serão especificadas na sentença. Essas condições, que são reguladas pela LEP, devem ser fixadas pelo juiz da execução que deferir o livramento condicional. As condições podem ser de aplicação *obrigatória* (art. 132, § 1º, da LEP) ou *facultativa* (art. 132, § 2º, da LEP).

1.1 Condições de imposição obrigatória

São condições de imposição obrigatória: a) *obter ocupação lícita, em tempo razoável, se for apto para o trabalho*; b) *comunicar ao juiz, periodicamente, sua ocupação*; c) *não mudar da comarca sem autorização judicial* (art. 132, § 1º, da LEP).

a) Obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável

O liberado deve, no menor tempo possível, obter ocupação lícita e informá-lo aos órgãos de execução. Utilizado durante a privação de liberdade, o trabalho prossegue como um elo capaz de facilitar a identificação do apenado com o novo *status libertatis* que este começa a experimentar. As entidades assistenciais deverão prestar apoio ao egresso na difícil tarefa de conseguir trabalho honesto.

a.1) Condenado inapto para o trabalho

A Lei de Execução Penal teve o cuidado de preocupar-se com a *condição física e orgânica* do liberado, ressalvando a hipótese de este "não ser apto para o trabalho" (art. 132, § 1º). O Código Penal não previu essa possibilidade. Porém, à evidência, as normas não são colidentes, e a previsão da Lei de Execução Penal tem aplicação assegurada. Isso quer dizer que a eventual deficiência física do apenado — que o torne inapto para o trabalho —, por si só, não impedirá a obtenção do livramento condicional.

b) Comunicar ao juiz, periodicamente, sua ocupação

Esta condição complementa a anterior. O livramento condicional em verdade é uma espécie de liberdade vigiada. Além da vigilância e proteção cautelar das entidades próprias (patronato, assistência social e conselho da comunidade), necessita do *acompanhamento discreto* do juiz das execuções, que observará se o liberado continua a exercer regularmente a ocupação que obteve e as eventuais dificuldades encontradas. A continuidade no exercício da mesma atividade já é uma boa demonstração de adaptação à nova realidade.

b.1) Periodicidade da comunicação

O juiz das execuções deve fixar o prazo máximo possível de intervalo para essas comunicações periódicas, de forma a não prejudicar a relação empregatícia do egresso (art. 26, II, da LEP) e, ao mesmo tempo, poder fazer o acompanhamento efetivo da sua evolução.

c) Não mudar do território da comarca sem prévia autorização judicial

Embora não se trate de *exílio local*, esta determinação tem a finalidade de limitar o espaço territorial do sentenciado, facilitando seu acompanhamento. O que se proíbe é apenas a *transferência de residência* "sem prévia autorização do juiz da execução da pena", o que quer dizer que nada impede que nos dias de folga (feriados e fins de semana) o liberado

possa fazer algumas incursões por outras comarcas. Tampouco se tolhe o direito daquele de buscar melhores condições de vida em outras localidades. A possibilidade de trocar de ares, reiniciar a vida em outras paragens, continua a existir. Apenas está condicionada a autorização prévia do juiz da execução. Isso quer dizer, embora a lei não o diga expressamente, que o liberado deve solicitar autorização judicial, fundamentando o pedido com a demonstração das eventuais vantagens que terá nessa mudança de domicílio.

c.1) Transferência de jurisdição autorizada

Nessa hipótese, se for autorizado ao egresso residir fora da jurisdição do juízo da execução, deverá ser remetida cópia ao juiz do lugar, bem como às autoridades que se incumbirem da observação cautelar e proteção (art. 133 da LEP). Perante esse juízo deverá prestar contas do cumprimento das condições impostas, devendo o liberado ser cientificado dessa obrigação.

1.2 Condições de imposição facultativa

Além das condições ditas obrigatórias, a lei prevê a possibilidade de aplicação de outras condições, chamadas *judiciais*, porque são eleitas pelo juiz e têm caráter facultativo. A *facultatividade* dessas condições refere-se à sua *imposição*, e não ao seu *cumprimento*, pois o egresso, para receber o livramento condicional, assume o compromisso de cumpri-las todas, rigorosamente (art. 137, III, da LEP). Entre essas condições, a Lei de Execução Penal exemplifica com as seguintes: a) *não mudar de residência sem comunicar ao juiz e às autoridades incumbidas da observação e proteção cautelar*; b) *recolher-se à habitação em hora fixada*; c) *não frequentar determinados lugares;* d) *abstenção de práticas delituais*. Essas são, contudo, algumas das condições possíveis de serem aplicadas, mas não as únicas. Nada impede que se estabeleçam outras, desde que, naturalmente, sejam adequadas ao fato delituoso e, especialmente, à personalidade do agente.

a) Não mudar de residência sem comunicar ao juiz e às autoridades incumbidas da observação e proteção cautelar

Esta condição é diferente daquela que exige *prévia autorização* do juiz para *residir fora do território da comarca*. Esta trata da mudança de residência dentro da própria comarca, e não depende de prévia autorização judicial: é suficiente que o liberado informe ao juiz e órgãos assistenciais o

seu novo domicílio. Essa nova formalidade prende-se à necessidade de os órgãos de execução tornarem efetiva a assistência e fiscalização que lhes foi incumbida, e para isso é indispensável conhecer o domicílio do apenado.

b) Recolher-se à habitação em hora fixada

Esta obrigação somente deve ser imposta como complemento de garantia de determinados sentenciados e em relação a certos delitos. Mais do que nunca se deve atender à *personalidade do liberado,* bem como sua saúde e condição física. A finalidade básica desta condição é evitar que certos egressos frequentem ambientes pouco recomendáveis e desfrutem de más companhias, o que poderia facilitar a reincidência.

c) Não frequentar determinados lugares

A imaginação, a perspicácia e a sabedoria do magistrado deverão sugerir, em casos específicos, os locais que determinados apenados não deverão frequentar. Geralmente, são lugares constituídos de casas de tavolagem e mulheres profissionais, determinadas reuniões ou espetáculos ou diversões públicas noturnas, onde as companhias e o álcool são fortes estimulantes para romper a fronteira do permitido e podem prejudicar a moral, a integração social e o aprendizado éticosocial. Porém, jamais se deverá proibir a participação generalizada em diversões, espetáculos e reuniões, pois o ser humano necessita dessa convivência, e muitas delas têm inclusive caráter educativo, sendo capazes de elevar e enobrecer o espírito do ser humano.

d) Abstenção de práticas delituais

Embora o Código Penal e a Lei de Execução Penal não estabeleçam como *condição do livramento* "abster-se de delinquir" e tampouco relacionem a prática de delitos como *causa de revogação* — quer obrigatória quer facultativa —, entendemos que o juiz pode e deve estabelecer como condição judicial a "abstenção de práticas delituais". Não há qualquer impedimento legal quanto à aplicação de tal condição, de extraordinária importância prevencionista, que, descumprida, será apenas causa de revogação facultativa, e que, atualmente, constitui a condição fundamental do livramento nas modernas legislações (Angel Sola Dueñas et alii, *Alternativas a la prisión,* Barcelona, PPU, p. 90-1). Caso contrário, o liberado que praticar crime não correrá nenhum risco de ver seu benefício revogado, e só "excepcionalmente poderá ter seu exercício suspenso,"

quando aguardará a decisão final (art. 145 da LEP).

1.3 Possibilidade de modificação das condições

As condições judiciais podem ser modificadas no transcorrer do livramento, visando sempre atender aos fins da pena e à situação do condenado (art. 144 da LEP).

1.4 Necessidade de aceitação das condições impostas

A eventual não aceitação das condições impostas ou alteradas torna sem efeito o livramento condicional, devendo a pena ser cumprida normalmente.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Roubo qualificado — Prestação de serviços — Condição do livramento condicional — Possibilidade. Sendo a prestação de serviços à comunidade imposta ao ora paciente capaz de contribuir para o fim da execução penal e para a reintegração social deste, não há qualquer ilegalidade em sua exigência como condição para o livramento condicional" (STJ, HC 27.984/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17-2-2004).

Revogação do livramento

Art. 86. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

— V. arts. 140 a 145 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

I — por crime cometido durante a vigência do benefício;

II — por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

D O U T R I N A

1 Causas de revogação do livramento condicional

Para que a imposição de condições não se tornasse inócua era indispensável que fossem dotadas de coercibilidade: o descumprimento destas pode levar à revogação da liberdade conquistada. Além do descumprimento das condições legais ou judiciais, existem outras causas que, se ocorrerem, revogarão obrigatoriamente o livramento. Nas hipóteses

de revogação facultativa, o liberado deve ser ouvido antes da revogação.

1.1 Causas de revogação obrigatória

São as seguintes: a) *condenação irrecorrível por crime cometido durante a vigência do livramento condicional*; b) *condenação por crime cometido antes da vigência do livramento condicional*.

a) Condenação irrecorrível por crime cometido durante a vigência do livramento condicional

Não basta a prática de crime nem mesmo a instauração de processo, mas somente "a decisão condenatória irrecorrível" tem o condão de revogar a liberdade condicional, obrigatoriamente. Por outro lado, cumpre observar que somente a condenação à pena privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção, levará a essa revogação, algo inocorrente com as demais penas (multa e restritiva de direitos).

b) Condenação por crime cometido antes da vigência do livramento condicional

A outra hipótese de revogação obrigatória é a condenação irrecorrível decorrente de crime praticado antes do início do livramento. É possível que a ação penal de um crime anteriormente praticado só atinja a decisão final irrecorrível quando o seu autor já se encontre em liberdade condicional por outra condenação.

b.1) Fato anterior e soma de penas

Quando a condenação é por fato anterior ao benefício, não há recaída no delito, tampouco revelação de desadaptação à liberdade condicional. Por isso, o legislador foi mais complacente com essa hipótese, admitindo a *soma* de penas da nova condenação com a anterior. Se o liberado tiver cumprido quantidade de pena que perfaça o mínimo exigido no total das penas — incluído o período em que esteve solto —, continuará em liberdade condicional, ou então regressará à prisão, e assim que completar o tempo poderá voltar à liberdade condicional.

b.2) Soma da totalidade das penas

As somas das penas, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, deve ser da totalidade das penas aplicadas. O art. 84 do Código Penal não faz qualquer referência a "restante de pena", como imaginam referidos penalistas, e não cabe ao intérprete restringir onde a lei não restringe. Em

realidade, a nova pena deve ser somada à que estava sendo cumprida, mas em suas totalidades. E, se o tempo de pena cumprido convalidar a concessão do livramento, a revogação não se operará. Não pode ser outra a interpretação da redação do dispositivo citado, que, aliás, já constava do Código de Processo Penal de 1942.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"O cometimento de nova infração durante o período do livramento condicional importa na prorrogação do período de prova, mediante suspensão do benefício, que será finalmente revogado na hipótese de sentença condenatória" (STJ, REsp 821.550/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 9-10-2007).

"Revogação após o término do período de prova. Inexistência de suspensão cautelar. Impossibilidade. Não tendo sido suspenso, por medida cautelar, o livramento condicional durante o período de prova, correta a decisão que declarou a extinção da pena imposta, não se mostrando possível a revogação do benefício, a teor do que disciplinam os arts. 90 do Código Penal e 145 da Lei de Execuções Penais. A circunstância de ter o paciente sido preso em flagrante não suspende automaticamente o benefício, tendo em conta a inexistência de expressa previsão legal, além do que cumpre ao Estado aparelhar seu sistema de execução de penas, objetivando em tempo hábil a suspensão do benefício, sempre se valendo do mecanismo do art. 732 do Código de Processo Penal" (STJ, HC 53.572/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-12-2006).

"Não obstante ser obrigatória a revogação do livramento condicional na hipótese de condenação irrecorrível à pena privativa de liberdade por crime cometido durante a sua vigência, faz-se mister a suspensão cautelar do benefício" (STJ, RHC 19.415/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15-8-2006).

Revogação facultativa

Art. 87. O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

— V. arts. 132 e 140, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

DOUTRINA

1 Causas de revogação facultativa

Ocorrendo uma das causas facultativas, o juiz poderá, em vez de revogar, advertir o liberado ou então agravar as condições do livramento. A

gravidade da causa ocorrida, a situação penal do apenado e as consequências de seu comportamento é que orientarão o magistrado sobre a decisão a tomar. Essas causas são duas: 1) deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença; 2) condenação irrecorrível, por crime ou contravenção, a pena não privativa de liberdade.

a) Integram a primeira causa facultativa

São aquelas condições *obrigatórias* contidas no art. 132, § 1º, da Lei de Execução Penal, ditas *legais*, e as *facultativas* previstas no § 2º do mesmo artigo, ditas *judiciais*, todas já examinadas.

b) Condenação, irrecorrível, por crime ou contravenção

A *segunda causa* de revogação facultativa refere-se à "condenação, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade". Para esta hipótese é indiferente que a prática do crime ou da contravenção que deu origem à nova condenação tenha ocorrido antes ou durante a vigência do livramento. Contudo, a prática de nova infração penal, ainda que de natureza menos grave, indica a ausência de recuperação e pode aconselhar, teoricamente, a revogação do benefício.

1.1 Questões diversas

a) Contravenção: condenação a pena de prisão

O legislador de 1984 *incorreu* em evidente *esquecimento* ao não mencionar a "condenação por contravenção a pena privativa de liberdade" como causa de revogação facultativa. É notório o esquecimento, especialmente quando se constata que contravenção punida com pena restritiva de direitos e multa foi arrolada como causa de facultativa revogação.

b) Condenação sem substituição e sem "sursis"

Se o apenado sofrer pena privativa de liberdade — sem substituição ou suspensão —, terá de cumpri-la. E essa obrigação, por si só, inviabiliza o livramento condicional, pela impossibilidade de cumprimento das condições impostas. É impossível cumprir duas penas ao mesmo tempo, ainda que uma seja fora da prisão. Essa interpretação é confortada pelo disposto no art. 76 do Código Penal, que determina que, em caso de concurso de infrações, deve ser cumprida em primeiro lugar a pena mais grave.

c) Exceção para cumprimento simultâneo de penas

A única exceção prevista para cumprimento simultâneo de duas penas é o caso de penas restritivas de direitos, "quando forem compatíveis entre si" (art. 69, § 2º, do CP).

d) Repercussão social de nova condenação

O apenado que, encontrando-se em regime de livramento condicional, comete novo delito comprova que não está em condições de usufruir desse excepcional estágio de uma nova política criminal. A repercussão negativa pela prática de crime durante o *período de prova* assume dimensões alarmantes e coloca em xeque o próprio sistema perante a opinião pública, que, de regra, é alimentada por manchetes escandalosas, veiculadas por uma imprensa sensacionalista.

2 Suspensão do livramento condicional

Embora nosso ordenamento jurídico preveja a revogação *somente* quando houver condenação irrecorrível, admite, contudo, a "suspensão do exercício do livramento" (art. 145 da LEP). Essa *suspensão* não se confunde com a *revogação*, porque esta é *definitiva* e aquela é *provisória*, e ficará no aguardo da decisão final sobre o novo crime, que, se for condenatória, aí sim determinará a obrigatória revogação do benefício.

2.1 Novo crime e extinção do período de prova

Se houver a prática de crime durante o livramento, ainda que tenha havido a suspensão deste com a "prisão preventiva" do liberado, se o período de prova se extinguir antes que se tenha iniciado "a ação penal", não será possível prorrogar o livramento condicional. O apenado terá de ser posto em liberdade imediatamente e a pena estará extinta, porque decorreu todo o período de prova sem causa para sua revogação. Só haverá a prorrogação do período de prova se o liberado estiver respondendo a "processo" (art. 89).

2.2 Condição judicial de não delinquir

Viu-se a grande importância da distinção entre a simples "suspensão" e a "revogação" propriamente dita. Por isso, defendemos a possibilidade de o juiz fixar como *condição judicial* a obrigação de "não delinquir". Como

condição judicial, seria *causa* de *revogação facultativa*. Assim, o juiz, nas circunstâncias, com a tradicional e discricionária prudência, decidiria no caso concreto se deveria ou não revogar a liberdade condicional.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Livramento condicional — Descumprimento das condições impostas — Revogação pelo juiz — Possibilidade — Precedente do Supremo Tribunal Federal – Comparecendo espontaneamente o liberado para justificar o descumprimento de obrigação imposta (CP, art. 87), tem-se por atendida a exigência de prévia audiência inscrita no art. 143 da Lei 7.210/84, desmerecendo guarida a arguição de nulidade da decisão por suposta desatenção ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, que, na dicção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões. O juiz pode decretar, de ofício, a revogação do livramento condicional quando descumpridas as condições impostas ao réu (arts. 727 e 730 do CPP), condicionada a sua decisão à oitiva prévia do próprio réu e por nada mais (STF)" (TJPR, HC 0332897-6, Rel. Mendes Silva, j. 11-5-2006).

"Homicídio simples e lesão corporal simples. Livramento condicional. Descumprimento de condição. Revogação facultativa. Oitiva do réu. Para a revogação do livramento condicional, pelo descumprimento de condições ao réu impostas, é imprescindível, quando possível, a prévia inquirição deste, possibilitando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa (Precedentes do STJ)" (STJ, HC 17.228/PI, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-8-2001).

Efeitos da revogação

Art. 88. Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

D O U T R I N A

1 Efeitos de nova condenação

Podemos dividir as causas revogatórias nas seguintes: a) *condenação irrecorrível por crime praticado antes do livramento*; b) *condenação irrecorrível por crime praticado durante o livramento condicional*; c) *descumprimento das condições impostas*; d) *condenação por contravenção*.

a) Condenação irrecorrível por crime praticado antes do livramento condicional

Nesta hipótese, o sentenciado não concorreu, durante o livramento, para criar a situação que leva à revogação do benefício. A revogação ocorre por circunstâncias alheias ao seu procedimento e ao uso que fez da liberdade provisionalmente conquistada. Por isso, recebe *tratamento excepcional*: a) terá direito à obtenção de novo livramento, mesmo em relação à pena que estava cumprindo; b) as duas penas podem ser somadas para efeito de obtenção de novo livramento; c) o tempo em que esteve em liberdade condicional é computado como de pena efetivamente cumprida.

b) Condenação irrecorrível por crime praticado durante a vigência do livramento

Esta hipótese é o *resultado do fracasso* da tentativa de possibilitar ao apenado o retorno antecipado ao convívio social. Neste caso, os efeitos são mais drásticos — e nem poderia ser diferente: a) impossibilidade de concessão de novo livramento em relação à mesma pena. Evidentemente que em relação à nova condenação, se for superior a dois anos, e após preencher todos os requisitos, poderá obter outra vez a liberdade antecipada. Contudo, a primeira pena, isto é, a anterior, terá de cumpri-la integralmente, e esse tempo não se somará à nova pena para a obtenção de novo benefício; b) não se computa o tempo em que esteve solto, em liberdade condicional, como de pena efetivamente cumprida.

c) Descumprimento das condições impostas na sentença

Nesta hipótese só haverá uma pena, a que estava sendo cumprida e que fora suspensa. A rebeldia do apenado obrigá-lo-á a cumpri-la integralmente, pois não poderá obter novo livramento em relação a essa pena e também

não será considerado o tempo em que esteve submetido à prova (art. 142 da LEP).

d) Condenação por contravenção penal

Esta situação, que também poderá levar à revogação do livramento (art. 87 do CP), terá os mesmos efeitos que a revogação decorrente do descumprimento das condições: não será computado o tempo em que esteve solto e não poderá obter novo livramento em relação à mesma pena.

1.1 Fundamento político da revogação

De todos os efeitos, o mais grave, sem dúvida, é a impossibilidade de voltar a beneficiar-se com um novo livramento em relação à mesma pena. A verdade é que, com a prática de crime durante o período de prova ou o descumprimento das condições impostas, o liberado *deixa de corresponder à expectativa que a sociedade alimentava* ao antecipar-lhe a liberdade. "Se o sujeito, censuravelmente, deu causa à perda de sua liberdade, não mais se lhe pode restituir tal condição, sob pena de intolerável renúncia ao dever de punir que é inerente ao Estado." Se voltou a delinquir, perdeu a oportunidade que lhe fora concedida de livrar-se solto da pena e demonstrou que sua recuperação não havia sido atingida.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Ocorrendo a revogação do livramento condicional por condenação relativa a crime cometido em data anterior a sua concessão, o período que o apenado permaneceu em liberdade deve ser computado como tempo de cumprimento da pena, nos termos dos arts. 88 do Código Penal e 141 da Lei de Execuções Penais. Para o cumprimento da pena restante, o regime deve ser fixado com a observância da regra contida no art. 118, II, da Lei 7.210/84, segundo a qual, sobrevindo nova condenação por crime cometido em data anterior à concessão do benefício, o parâmetro para a fixação do regime é estabelecido pela soma da pena por esse crime com o restante da pena em execução" (TJRS, Agravo em Execução 70020681672, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 3-10-2007).

"Não há previsão legislativa para outros efeitos da revogação do livramento condicional além daqueles previstos no art. 88 do Código Penal e no art. 142 da Lei n. 7.210/84 – impossibilidade de nova concessão do benefício e do desconto, na pena, do período em que esteve solto o apenado" (STJ, HC 44.414/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 30-5-2006).

"Revogado o benefício do livramento condicional antes de expirado o período de prova e após o trânsito em julgado da última condenação, não há falar em ilegalidade da decisão que determinou a realização de novo cálculo da pena, na forma do art. 88 do Código Penal" (STJ, HC 43.337/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6-4-2006).

Extinção

Art. 89. O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

— V. arts. 145 e 146 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Art. 90. Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

— V. art. 146 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Prorrogação do livramento e extinção da pena

O art. 90 do Código Penal e o art. 146 da Lei de Execução Penal afirmam que, se até o término do período de provas o livramento condicional não tiver sido revogado, considerar-se-á extinta a pena privativa de liberdade. A precisão desses dois dispositivos não impede que se choquem com a nebulosa redação do art. 89 do Código Penal, que diz, *in verbis*: "O juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento". Mas, então, o que acontecerá com o livramento? O ordenamento jurídico não diz, nem o Código Penal, nem a Lei de Execução Penal.

2 Prorrogação do período de prova

Os doutrinadores têm sustentado que haverá *prorrogação do livramento* enquanto estiver correndo processo por crime cometido durante a vigência daquele. Esclarecem, imediatamente, que *se prorroga somente o período de provas*, até decisão final, que, se for condenatória, revogará o livramento. As condições impostas — afirmam — não subsistirão. Mas, afinal, que livramento condicional é esse sem nenhuma condição? Em realidade não há prorrogação de livramento algum, mas somente do período de prova.

3 Crime anterior e extinção do livramento

Já em relação a processo por crime ocorrido antes da vigência do

livramento a situação é outra. As consequências são diferentes. Em primeiro lugar, como já afirmamos, o tempo em que o liberado esteve submetido à prova é considerado como de pena efetivamente cumprida. Assim, chegando ao término do período de prova, deverá ser declarada extinta a pena, mesmo que o novo processo continue em andamento, pois, ainda que haja condenação, a pena anterior já estará cumprida. Não teria sentido, pois, "prorrogar" o período de prova.

4 Não prorrogação das condições

Enfim, a denominada "prorrogação do livramento" somente poderá ocorrer em casos de processos por crimes praticados durante a vigência do período de prova. Tal efeito não se estende à prática de contravenções. Por outro lado, também não permanecem as condições impostas na sentença, quer sejam as legais, quer sejam as judiciais.

5 Marco da extinção da pena

O marco decisivo da extinção da pena é o limite do período de prova, e não a data da declaração pelo juiz, que não tem natureza constitutiva.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Art. 89

"Livramento condicional. Prisão em flagrante durante o período de prova. Término do período sem expressa revogação. Automática extinção da punibilidade. Inocorrência. Se o condenado é preso em flagrante delito durante o período de prova do livramento condicional, sem, contudo, em tal lapso, haver a declaração de revogação ou prorrogação, não há falar-se em automática extinção da punibilidade" (STJ, AgRg no HC 73.714/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 9-10-2007).

"O cometimento de nova infração durante o período do livramento condicional importa na prorrogação do período de prova, mediante suspensão do benefício, que será finalmente revogado na hipótese de sentença condenatória" (STJ, REsp 821.550/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 9-10-2007).

"Livramento condicional. Período de prova. Nova infração. Prorrogação do prazo. Extinção da pena. Impossibilidade. Art. 89 do CP. Crime cometido durante o período de prova consubstancia hipótese legal de revogação obrigatória do livramento condicional, razão pela qual a prática desse novo delito enseja a suspensão do benefício e a prorrogação do período de prova. O juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não transitar em julgado a sentença proferida no processo atinente ao delito cometido no curso do livramento condicional" (STJ, RHC 17.335/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 6-2-2007).

Art. 90

“Permanecendo inerte o órgão fiscalizador, não se pode restringir o direito do réu, após o cumprimento integral do benefício, restabelecendo situação já vencida pelo decurso de tempo. Incidência do disposto no art. 90 do Código Penal. Ordem concedida, para declarar extinta a pena do paciente” (STJ, HC 83.613/RJ, Rel. Jane Silva, j. 25-9-2007).

“Expirado o prazo do livramento condicional sem suspensão ou prorrogação (art. 90 do CP), a pena é automaticamente extinta, sendo flagrantemente ilegal a sua revogação posterior ante a constatação do cometimento de delito durante o período de prova (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)” (STJ, HC 77.250/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-6-2007).

“Decorrido o período de prova sem que o magistrado tenha revogado expressamente o livramento condicional, fica extinta a pena privativa de liberdade” (STF, HC 88.610/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5-6-2007).

“Vencido o período de prova do livramento condicional, sem anotações de eventuais embaraços, a declaração da extinção da pena era de ser consequência imperiosa da decisão do juízo executório, não lhe permitindo a possibilidade de retroação ao tempo do cumprimento para revogar o benefício, tendo em vista a definitiva condenação em crime praticado naquele momento e só depois percebido. Inteligência do art. 90 do Código Penal (Precedentes). *In casu*, o réu cometeu nova infração três dias antes do término do período de prova, sendo este suspenso vários meses depois e revogado passados alguns anos” (STJ, RHC 14.852/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23-6-2004).

Capítulo VI - Dos Efeitos da Condenação

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91. São efeitos da condenação:

I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

— V. art. 5º, XLV, da CF.

— V. arts. 63 a 68, 119, 140, 336 e 387 do CPP.

— V. arts. 186, 932 e 935 do CC.

— V. art. 584, II, do CPC.

— V. Súmulas 246 e 560 do STF.

— V. Súmulas 92 e 249 do TFR.

II — a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

— V. art. 5º, XLV e XLVI, *b*, da CF.

— V. arts. 118 a 124 do CPP.

— V. arts. 18, 24 e 25 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

— V. art. 6º, II, do CPP.

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

— V. art. 6º, II, do CPP.

D O U T R I N A

1 Efeitos gerais

A sanção penal (pena e medida) é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória. No entanto, além dessa consequência, a sentença condenatória produz outros tantos efeitos, ditos *secundários*, de natureza penal e extrapenal. Os de *natureza penal* estão insertos em diversos dispositivos do próprio Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Os de *natureza extrapenal* encontram-se elencados nos arts. 91 e 92 do CP, e são denominados *efeitos genéricos* (art. 91) e *efeitos específicos* (art. 92) da condenação, que, a seguir, serão examinados.

2 Finalidade dos efeitos da condenação

Os efeitos específicos da condenação, em suas três versões, objetivam afastar o condenado da *situação criminógena*, impedindo que se oportunizem as condições que, provavelmente, poderiam levá-lo à reincidência: reforça a proteção dos bens jurídicos violados e previne a reiteração da conduta delituosa.

3 Efeitos genéricos

O efeitos genéricos são automáticos, sendo desnecessária sua determinação expressa na sentença, operando-se *ope legis*. São os seguintes: I — *tornar certa a obrigação de indenizar* — a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível, valendo como título executivo, nos termos do art. 475-N, II, do CPC, cuja liquidação far-se-á na esfera cível; II — *perda em favor da união dos instrumentos e produtos do crime* — confisco é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Declarada procedente a ação penal, surge a perda em favor da União dos *instrumenta et producta sceleris*, como efeito automático da condenação, que se aplica também aos crimes culposos, pois nosso Código não faz

qualquer restrição nesse sentido.

4 Independência das jurisdições

A vítima ou seus sucessores não estão obrigados a aguardar o desfecho da ação penal, podendo buscar o ressarcimento do dano mediante ação própria no juízo cível (art. 1.525 do CC).

5 Transmite-se até os limites da herança

Como não se trata de pena criminal, mas de efeito da condenação, a obrigação de indenizar transmite-se aos herdeiros do delinquente, até os limites da herança.

6 Limites subjetivos da coisa julgada

A sentença condenatória só pode ser executada no juízo cível contra quem foi réu na ação criminal. Para acionar o responsável civil que não tenha sido réu na ação penal, será necessária a ação cível específica, servindo a condenação penal apenas como elemento de prova, e não como título executivo.

6.1 Legitimidade do Ministério Público

Tratando-se de ofendido pobre, o Ministério Público tem legitimidade para postular a reparação *ex delicto*.

7 Extinção da punibilidade e reparação do dano

A ocorrência da prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade não afasta a obrigação de reparar o dano.

7.1 Prescrição da pretensão punitiva

Decisão condenatória atingida por ela não pode ser executada no cível (TACrimSP, *JTACrimSP*, *99*:377).

7.2 Absolvição criminal e ação reparatória

A sentença penal absolutória não impede a propositura da competente ação indenizatória, no juízo cível, a menos que o fundamento da absolvição

seja o reconhecimento da *inexistência material do fato*, de que o acusado *não foi o autor do fato* ou de que *agiu sob excludente de criminalidade*.

8 Confisco e contravenção penal

Sua aplicação restringe-se às infrações que constituam crimes, sendo inadmissível interpretação extensiva para abranger as contravenções penais.

8.1 Confisco de objetos lícitos

A lei determina a *apreensão* dos *instrumentos* utilizados na prática do crime (art. 240, § 1º, *d*, do CPP), quaisquer que sejam eles. No entanto, admite o confisco tão somente daqueles instrumentos cujo *fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito* (art. 91, II, *a*, do CP).

8.2 Finalidade do confisco

Com o confisco o Estado visa impedir que *instrumentos* idôneos para delinquir caiam em mãos de certas pessoas, ou que o *produto* do crime enriqueça o patrimônio do delinquente, constituindo-se em medida salutar, saneadora e moralizadora.

8.3 Confisco, prescrição e “sursis”

O confisco prescreve com a condenação, mas não se suspende com a concessão do *sursis*.

8.4 Confisco: lesado e terceiro de boa-fé

O confisco pode recair somente em objeto pertencente a quem participou da prática do delito. O *lesado* e o *terceiro de boa-fé* não podem ser prejudicados pelo confisco. Mas, e se os objetos forem ilícitos, mantém-se a ressalva? Nesta hipótese, deve-se agir prudencialmente. É possível que, excepcionalmente, determinadas pessoas obtenham autorizações especiais para possuir ou utilizar objetos originalmente ilícitos. E, em havendo permissão especial, estará eliminada a natureza ilícita, legitimando o afastamento do confisco (ex.: colecionador de armas de guerra).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva alcança também os demais efeitos automáticos e secundários da sentença condenatória” (STJ, HC 94.909/CE, Rel. Jane Silva, j. 4-12-2007).

“A perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito automático da sentença penal condenatória, por força do art. 91, inc. II, do Código Penal” (STJ, RMS 11.410/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 8-11-2007).

“Perdimento de bens apreendidos. Produtos ou instrumentos do crime. Efetiva utilização devidamente comprovada. Pleito de restituição dos bens. Alegação de licitude da origem. Análise inviável na via eleita. Se a sentença condenatória concluiu no sentido da proveniência ilícita dos bens apreendidos e de sua efetiva utilização para a prática dos crimes, declarando, assim, o seu perdimento, como efeito da condenação, a modificação dessa conclusão não pode ser satisfeita em sede de *habeas corpus*, via inadequada para se proceder ao exame de questões de prova” (STJ, HC 45.323/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21-3-2006).

“Perdimento de bens. Restituição de aeronave utilizada no tráfico de drogas. Ausência de prova do domínio do avião. A falta de demonstração cristalina da propriedade impede a restituição do bem” (STJ, REsp 647.579/MS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15-9-2005).

“A ausência de certeza da licitude do dinheiro do ora Recorrente, que restou apreendido por ocasião de sua prisão em flagrante, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, afasta a configuração do seu direito líquido e certo, demandando, pois, necessariamente, dilação probatória, inadmissível no âmbito do remédio heroico. A perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito automático da condenação (art. 91, II, do Código Penal), sendo dispensável sua expressa declaração na sentença condenatória” (STJ, RMS 18.053/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19-4-2005).

“Perda de bens e objetos do crime. Art. 91, II, do Código Penal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Efeitos da condenação. Manutenção. Impossibilidade. Extinta a condenação, pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, impossível a manutenção de seus efeitos, incluindo a perda de bens” (STJ, REsp 679.253/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12-4-2005).

Art. 92. São também efeitos da condenação:

— V. arts. 15, III e V, e 37, § 4º, da CF.

I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos;

— Inciso I com redação determinada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

— V. arts. 47, I, e 93, parágrafo único, do CP.

II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos

contra filho, tutelado ou curatelado;

— V. arts. 33 e 61, II, *e*, do CP.

— V. art. 1.637, parágrafo único, do CC.

III — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

— V. arts. 47, III, e 93, parágrafo único, do CP.

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

D O U T R I N A

Alteração: A Lei n. 9.268/96 introduziu as atuais alterações no art. 92, I.

1 Efeitos específicos

Os efeitos específicos da condenação não são automáticos, dependem de motivação na sentença, e são os seguintes: I — *perda de cargo, função pública ou mandato eletivo* — esta previsão não se destina *exclusivamente* aos chamados *crimes funcionais* (arts. 312 a 347 do CP), como ocorria na redação original da Lei n. 7.209/84, mas a qualquer crime que um funcionário público cometer. A Lei n. 9.268/96 afastou a injustificada *proteção da impunidade* de servidores delinquentes, que havia sido consagrada pela reforma penal de 1984, distinguindo duas hipóteses: a) *condenação superior a um ano, por crime praticado contra a Administração Pública*; b) *condenação superior a quatro anos, por qualquer outro crime*. II — *incapacidade para o exercício de pátrio poder, tutela ou curatela*. III — *a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.*

1.1 Crime contra a Administração Pública (I, “a”)

É imprescindível que a infração penal tenha sido praticada *com abuso de poder ou violação de dever* inerente ao cargo, função ou atividade públicas. É necessário que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a qualidade ou condição de funcionário público lhe impõe.

1.1.1 Requisitos necessários (I, “a”)

1) Pena aplicada igual ou superior a um ano de prisão; 2) abuso de poder

ou violação de dever para com a Administração Pública; 3) fundamentação na sentença condenatória (art. 92, I, *a*).

1.1.2 Correlação entre crime e atividade exercida

A *perda* deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o *abuso*, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente.

1.1.3 Reabilitação e reintegração na situação anterior

A reabilitação, no entanto, não permite a reintegração na situação anterior. Poderá, na verdade, habilitar-se novamente a exercer atividade pública, mas outra, não a anterior, da qual foi eliminado definitivamente.

1.1.4 Crimes comuns: condenação superior a quatro anos

Nos crimes comuns, onde não há relação com a Administração Pública, somente a condenação superior a quatro anos gera o efeito de perda da função pública. Mas também nesta modalidade a perda deverá ser declarada expressamente na sentença condenatória.

1.1.5 Irretroatividade da nova previsão

Nenhuma das duas hipóteses tem aplicação retroativa, porque são mais graves do que a previsão anterior.

1.2 Incapacidade para o exercício de pátrio poder, tutela ou curatela (II)

Qualquer crime doloso praticado contra filho, tutelado ou curatelado, sujeito a reclusão, poderá acarretar a incapacidade. Basta que o crime doloso praticado tenha *cominada* pena de reclusão, ainda que, a final, a pena *aplicada* venha a ser de outra natureza.

1.2.1 Incapacidade presumida

A incapacidade ora examinada não exige como requisito o *abuso do pátrio poder, tutela ou curatela*, presumindo, simplesmente, a *incompatibilidade* para o seu exercício: basta que o crime seja o doloso e a pena cominada seja de reclusão.

1.2.2 Requisitos necessários à inaptidão

a) Prática de crime doloso sujeito a reclusão contra filho, tutelado ou curatelado; b) incapacidade devidamente motivada na sentença.

1.2.3 Crimes contra a assistência familiar

A exigência da prática de crimes dolosos puníveis com reclusão torna a referida *incapacidade* inaplicável aos crimes contra a *assistência familiar* (arts. 244 a 247), puníveis com detenção, com exceção dos previstos no art. 245, §§ 1º e 2º, do CP.

1.2.4 Incapacidade e reabilitação

Embora referida incapacidade seja permanente, pode ser eliminada pela reabilitação (art. 93, parágrafo único). No entanto, é vedada a reintegração na situação anterior, privando o filho, tutelado ou curatelado de submeter-se à autoridade de antigo desafeto que se revelou inidôneo para exercer aquele múnus.

1.3 Inabilitação para dirigir veículo utilizado em crime doloso (III)

A inabilitação para dirigir veículos não se confunde com a proibição temporária — pena restritiva — aplicável aos autores de crimes culposos no trânsito (art. 47, III, do CP).

1.3.1 Penas acessórias em crimes falimentares

Havia duas correntes: a) *está revogada, pois se tornou inexequível* (*RT*, *637*:241; *RT*, *617*:285); b) não está revogada (STF, *RT*, *639*:396; STJ, REsp 210, *DJU*, 9-4-1990, p. 2748).

São duas questões superadas, pois, agora, o que existem são *efeitos penais*, não automáticos, decorrentes da sentença penal condenatória, que não se confundem com penas acessórias. A nova lei, com efeito, prescreve (art. 181 e incisos) expressamente tais efeitos — que exigem motivação na sentença penal condenatória (art. 181, § 1º).

1.3.2 Efeitos da condenação nos crimes falimentares

Esses efeitos são os seguintes: *I — inabilitação para o exercício de*

atividade empresarial; II — o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; III — a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio. Referidos efeitos somente podem iniciar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo perdurar por até cinco anos. A reabilitação penal pode reduzir sua durabilidade (art. 181, §1º).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Ao contrário do disposto no art. 92, I, do Código Penal, que exige sejam externados os motivos para a decretação da perda do cargo, função ou emprego público, a Lei n. 9.455/97, em seu § 5º, do art. 1º, prevê como efeito extrapenal automático e obrigatório da sentença condenatória, a referida penalidade de perda do cargo, função ou emprego público. Precedente do STJ" (STJ, HC 92.247/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-12-2007).

"A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal" (STJ, HC 81.954/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29-11-2007).

"Para o reconhecimento do efeito específico da condenação, qual seja, a perda do cargo público, não se faz necessária a exposição exauriente acerca do instituto, mas tão somente o registro dos elementos fáticos que autorizam a aplicação do instituto no caso em julgamento" (STJ, HC 74.104/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 11-9-2007).

"A perda do cargo, como efeito da condenação, exige fundamentação específica (art. 92, parágrafo único, do Código Penal)" (STJ, HC 50.525/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29-8-2007).

"Mandado de Segurança Criminal. Homicídio qualificado. Funcionário Público. Pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Perda do cargo. Efeito não automático da condenação. A perda do cargo ou função pública, efeito extrapenal da condenação, previsto no art. 92 do Código Penal, não tem aplicação automática, não cabendo ao juiz da execução alterar substancialmente o título condenatório exequendo para incluir tal sanção" (TJGO, Mandado de Segurança 14.584-1/101, Rel. Juraci Costa, j. 4-7-2007).

Capítulo VII - Da Reabilitação

Reabilitação

Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação.

— V. art. 5º, X, da CF.

— V. art. 202 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

D O U T R I N A

1 Efeitos práticos do instituto

Não há qualquer vantagem prática, considerando-se que seu maior efeito é garantir o sigilo sobre a condenação, cuja garantia é assegurada imediata e automaticamente pelo art. 202 da LEP, independentemente de qualquer providência jurisdicional ou administrativa.

2 Definição doutrinária

Reabilitação é "a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado". Essa definição não corresponde aos efeitos que a reabilitação produz, destoando dos seus objetivos. Na verdade, apenas garante o sigilo da condenação, e suspende condicionalmente os efeitos secundários específicos da condenação.

3 Reiteração do pedido

Se a reabilitação for negada, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o novo pedido seja instruído com *novas provas* dos requisitos necessários (art. 94, parágrafo único).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Esta Corte Superior tem entendido que, por analogia ao que dispõe o art. 748 do Código do Processo Penal, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado, ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva do Estado (Precedentes)" (STJ, HC 42.582/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2005).

"Por analogia ao disposto no art. 748 do Código de Processo Penal, também nos casos de

inquéritos arquivados, processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado, ou a absolvição por sentença penal transitada em julgado, ou que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, deve ser preservada a sua intimidade, com a retirada das anotações referentes a tais feitos de sua folha de antecedentes penais – Precedentes" (STJ, REsp 717.746/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18-8-2005).

"Uma vez decretada a prescrição da pretensão punitiva e inexistindo, portanto, qualquer condenação, resta ausente o interesse processual de se obter a reabilitação criminal" (STJ, REsp 665.531/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3-2-2005).

"A lei confere ao condenado reabilitado direito ao sigilo de seus registros criminais, que não podem constar de folha de antecedentes ou certidão (arts. 93, do CP e 748, do CPP). O réu absolvido, seja qual for o fundamento, faz jus ao cancelamento do registro pertinente, em sua folha de antecedentes" (STJ, RMS 17.774/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 26-5-2004).

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

— V. arts. 81 e 82 e 86 a 90 do CP.

— V. arts. 109, 146, 163, § 1º, 192 e 193 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

I — tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II — tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III — tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

— V. arts. 360 a 367 do CC.

Parágrafo único. Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

D O U T R I N A

1 Requisitos necessários

a) *Decurso de dois anos, a partir da extinção, de qualquer modo, ou do*

cumprimento da pena (art. 94, caput, *do CP)* — inclui-se, como novidade, nesse pressuposto temporal, o período de prova, do *sursis* e do livramento condicional. Se o período de prova for superior a dois anos, será necessário aguardar o seu término, visto que o cumprimento da pena constitui a essência desse pressuposto; b) *domicílio no País durante o prazo de carência* — a lei exige que durante esse período de carência, o reabilitando "tenha tido domicílio no País"; c) *demonstração de bom comportamento público e privado* — a lei exige *efetiva* e *constante* demonstração de bom comportamento, público e privado. Por isso, o bom comportamento deve abranger todo o período que mediar a declaração de reabilitação, e não somente os dois anos, se aquela for declarada depois de escoado aquele biênio; caso contrário, o requerente não se encontra *faticamente* reabilitado; d) *ressarcimento do dano ou comprovação de sua impossibilidade* — considerando que, em regra, os condenados são pessoas pobres, ressalva a lei, desde logo, a justa comprovação da impossibilidade de fazê-lo, bem como a renúncia da vítima ou novação da dívida.

2 Reabilitação de reincidente

A lei atual não faz distinção entre reincidente e não reincidente, mantendo o mesmo prazo de carência.

3 Domicílio no País: exigência de duvidosa constitucionalidade

A importância político-criminal da exigência de que o reabilitando tenha tido domicílio no País, durante os dois anos, é de difícil compreensão. E, a nosso juízo, representa uma limitação indevida e desnecessária no *ius libertatis* do indivíduo, que, cumprida ou extinta a pena, tem o direito de locomover-se por onde, como e quando quiser. Temos sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa obrigatoriedade.

4 Atualização monetária da reparação

Desnecessário dizer que o débito deve ser atualizado na data da efetiva liquidação, por tratar-se de dívida de valor.

5 Reparação do dano nos crimes de sedução

Discordamos de alguns autores segundo os quais, “no crime de sedução em que a vítima casou-se com terceiro, não há que se exigir a reparação”, pois ignoram que, nos crimes sexuais, a honra atingida não se repara com um simples e posterior matrimônio. Caso contrário, a mulher vítima de sedução não pode casar-se, se quiser buscar a reparação do dano, o que, convenhamos, seria um absurdo.

6 Crimes sem dano a reparar

Nada impede que alguns crimes não produzam dano a reparar. No entanto, somente o caso concreto poderá dizer, com segurança, quais as hipóteses em que o dano não existe.

7 Finalidades da reabilitação

A rigor, a reabilitação tem duas finalidades: permitir ao condenado uma folha corrida *in albis* e restaurar os direitos atingidos pelos efeitos específicos da condenação, com exceção das ressalvas expressas.

8 Efeitos da reabilitação

1) *Sigilo sobre os registros criminais do processo e da condenação* — este seria o maior e mais importante efeito da reabilitação, que, no entanto, atualmente é obtida imediata e automaticamente com a previsão do art. 202 da LEP. Impede tão somente a divulgação dos registros criminais, afora as hipóteses expressamente ressalvadas; 2) *suspensão condicional de alguns efeitos da condenação* — a rigor, além de garantir o sigilo já referido, a *reabilitação* só exclui os *efeitos específicos*, previstos no art. 92, vedada a reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

8.1 Efeitos inócuos da reabilitação

Constata-se, afinal, que a reabilitação, além de não *alcançar* nenhuma pena, também não impede a reincidência, que é um dos mais graves efeitos da condenação.

9 Fontes do sigilo dos registros criminais

Aliás, a *reabilitação* não é a única fonte do sigilo dos registros criminais.

O art. 748 do CPP, que continua em vigor, previa o sigilo das condenações anteriores, ressalvando somente as requisições por juiz criminal. A Lei de Execução Penal, em duas oportunidades, consagra o sigilo dos registros criminais: no art. 163, § 2º, quando regula os registros das hipóteses de *sursis*, ressalvando requisições do Poder Judiciário e do Ministério Público, para instruir processo criminal; no art. 202, quando houver cumprimento ou extinção da pena, ressalvando, igualmente, a finalidade de instruir processo criminal ou outros casos expressos em lei. E o art. 93 do CP, na hipótese de reabilitação.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Cassa-se a decisão que indeferiu a reabilitação ao agente, determinando que a reabilitação seja concedida, em razão da impossibilidade de reparos de danos hipotéticos, não requeridos a um longo tempo pelas vítimas ou seus familiares, por renúncia tácita" (TJMS, Apelação 2007.021570-5, Rel. João Batista da Costa Marques, j. 20-11-2007).

"Reabilitação. Observados os requisitos dos arts. 93 e 94 do CP e cumpridas as formalidades dos arts. 743 e seguintes do CPP, a reabilitação é de ser deferida" (TJRS, Recurso de Ofício 70017330978, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 9-11-2006).

"A reabilitação não excluiu, *tout court*, a função da condenação que lhe constitui objeto como antecedente penal, como exsurge da letra do art. 64, inciso I, do Código Penal, que estabelece o prazo de 5 anos como extintivo do efeito da condenação anterior transitada em julgado, como antecedente penal, maior do que o prazo da reabilitação, que é de 2 anos, na letra do art. 94 do Código Penal" (STJ, HC 32.372/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-10-2005).

"Art. 94, CP. Reabilitação. Requisitos. Para fins de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 94, III, do CP, deve o condenado, necessariamente, ressarcir o dano causado pelo crime ou demonstrar a absoluta impossibilidade de fazê-lo ou exibir documento que comprove a renúncia da vítima ou a novação da dívida (Precedentes do STF). Se a vítima ou sua família se mostrarem inertes na cobrança da indenização, deve o condenado fazer uso dos meios legais para o ressarcimento do dano provocado pelo delito, de modo a se livrar da obrigação, salvo eventual prescrição civil da dívida (Precedentes do STF)" (STJ, REsp 636.307/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-11-2004).

Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

— V. arts. 63 e 64 do CP.

DOUTRINA

1 Revogação da reabilitação

A reabilitação é revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for novamente condenado, como reincidente, a pena que não seja de multa (art. 95).

1.1 Requisitos para a revogação

a) *Condenação do reabilitado, como reincidente, por sentença irrecorrível*; b) *que a nova condenação seja a pena privativa de liberdade*.

1.2 Consequências da revogação

Com a revogação da reabilitação, os efeitos que estavam suspensos voltam a vigorar.

2 Competência para conhecer do pedido

O juízo competente para conhecer do pedido de *reabilitação* será o juízo da condenação, e não o da execução (art. 743, *caput*, do CPP). O art. 66 da LEP, que define a competência do juízo de execução, não inclui a *reabilitação*.

3 Recurso cabível

O recurso da decisão que conceder ou negar a *reabilitação* será a *apelação*, uma vez que se trata de decisão com *força de definitiva* (art. 593, II, do CPP). Antes da reforma, o recurso cabível era o *recurso em sentido estrito* (art. 581, VIII), pois a reabilitação era tratada como causa extintiva da punibilidade. Acreditamos também que o recurso *ex officio* previsto no art. 746 do CPP continua, pois os novos diplomas legais (LEP e CP) não o suprimiram (*RT*, *640*:324).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Não é possível a declaração da reabilitação do condenado quando configurada a reincidência, haja vista o fato desta ser causa de revogação daquela (CP, art. 95)" (STJ, HC 14.202/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 24-4-2001).

Título VI - Das Medidas de Segurança

Espécies de medidas de segurança

Art. 96. As medidas de segurança são:

I — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

— V. arts. 99 a 101 e 108 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

II — sujeição a tratamento ambulatorial.

— V. art. 45, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.

Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

— V. arts. 107 a 119 do CP.

— V. arts. 9º, II, 26 e 42 do CP.

— V. arts. 386, V, 492, II, *c*, 549 a 555, 581, XIX a XXIII, 596, § 1º, 627, 685, parágrafo único, e 715 do CPP.

— V. arts. 4º, 64, I, 66, V, *d* e *e*, 171 a 179, 183 e 184 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Abandono do duplo binário

Abandonando o chamado sistema "duplo binário", a reforma penal de 1984 adotou, em toda a sua extensão, o sistema *vicariante*, eliminando definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança para os imputáveis e semi-imputáveis. A aplicação conjunta de pena e medida de segurança lesa o princípio do *ne bis in idem*, pois, por mais que se diga que o *fundamento* e os *fins* de uma e outra são distintos, na realidade é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado.

2 Fundamentos da pena e da medida de segurança

O *fundamento da pena* passa a ser "exclusivamente" a *culpabilidade*, enquanto a medida de segurança encontra justificativa somente na *periculosidade*, aliada à incapacidade penal do agente. Na prática, a medida de segurança não se diferenciava em nada da pena privativa de liberdade; em regra, são cumpridas nos mesmos locais e nas mesmas condições.

3 Sistema vicariante

Atualmente, o *imputável* que praticar conduta punível sujeitar-se-á somente à pena correspondente; o *inimputável*, a medida de segurança, e o *semi-imputável*, o chamado "fronteiriço", sofrerá pena ou medida de segurança, isto é, ou uma ou outra, nunca as duas, como ocorre no sistema *duplo binário*. As circunstâncias pessoais do infrator semi-imputável é que determinarão qual a resposta penal de que este necessita: se o seu estado pessoal demonstrar necessidade maior de tratamento, cumprirá medida de segurança; porém, se, ao contrário, esse estado não se manifestar no caso concreto, cumprirá a pena correspondente ao delito praticado, com a redução prevista (art. 26, parágrafo único).

4 Aplicação ao semi-imputável

Ao semi-imputável *sempre será aplicada a pena correspondente à infração penal cometida*, e somente se necessitar de "especial tratamento curativo", como diz a lei, será aquela *convertida* em medida de segurança. Em outros termos, se o juiz constatar a presença de periculosidade (periculosidade real), submeterá o semi-imputável a medida de segurança.

5 Diferenças entre pena e medida de segurança

a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva; b) o *fundamento* da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade; c) as penas são determinadas; as medidas de seguranças são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente; d) as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, *excepcionalmente*, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de *especial tratamento curativo*.

6 Princípio da legalidade

Todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais — pena e medida de segurança — a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal, ou, em outros termos, vige também para as medidas de segurança o princípio da anterioridade legal.

7 Aplicabilidade dos princípios limitadores do poder punitivo

A medida de segurança e a pena de prisão constituem duas formas semelhantes de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena devem aplicar-se também às medidas de segurança.

8 Pressupostos para aplicação de medida de segurança

a) *Prática de fato típico punível;* b) *periculosidade do agente;* c) *ausência de imputabilidade plena.*

8.1 Prática de fato típico punível

É indispensável que o sujeito tenha praticado um ilícito típico. Resumindo, a presença de excludentes de criminalidade ou de culpabilidade e a ausência de prova impedem a aplicação de medida de segurança.

8.2 Periculosidade do agente

É indispensável que o sujeito que praticou o ilícito penal típico seja dotado de periculosidade, que pode ser definida como *um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade*. É um juízo de probabilidade — tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente — de que este voltará a delinquir.

8.2.1 Tipos de periculosidade

1) *Periculosidade presumida* — quando o sujeito for inimputável, nos termos do art. 26, *caput*; 2) *periculosidade real* — também dita *judicial*, ou reconhecida pelo juiz, quando se tratar de agente semi-imputável (art. 26, parágrafo único), e o juiz constatar que necessita de "especial tratamento curativo".

8.3 Ausência de imputabilidade plena

A partir da proibição de aplicação de medida de segurança ao agente imputável, a ausência de imputabilidade plena passou a ser pressuposto ou requisito para aplicação de tal medida.

O agente *imputável* não pode sofrer medida de segurança, somente pena. E o *semi-imputável* só excepcionalmente estará sujeito a medida de

segurança, isto é, se necessitar de *especial tratamento curativo*, caso contrário também ficará sujeito somente a pena: ou pena ou medida de segurança, nunca as duas.

9 Imputabilidade e inimputabilidade

A partir da reforma penal de 1984 os condenados *imputáveis* não estão mais sujeitos a medida de segurança. Os *inimputáveis* são isentos de pena (art. 26 do CP), mas ficam sujeitos a medida de segurança. Os *semi-imputáveis* estão sujeitos a pena ou a medida de segurança, ou uma ou outra.

10 Espécies de medidas de segurança

a) *Em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico* — esta espécie é chamada também de medida *detentiva*, que, na falta de *hospital de custódia e tratamento*, pode ser cumprida em outro *estabelecimento adequado*. Tal espécie de medida de segurança é aplicável tanto aos inimputáveis quanto aos semi-imputáveis (arts. 97, *caput*, e 98 do CP) que necessitem de *especial tratamento curativo*; b) *sujeição a tratamento ambulatorial* — a medida de segurança *detentiva* (internação), que é a regra, pode ser substituída por *tratamento ambulatorial*, "se o fato previsto como crime for punível com *detenção*". Esta medida consiste na sujeição a tratamento ambulatorial, por meio do qual são dados cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento, mas sem internação, que, no entanto, poderá tornar-se necessária, para fins curativos, nos termos do § 4º do art. 97 do Código Penal.

11 Tratamento ambulatorial: possibilidade

O *tratamento ambulatorial* é apenas uma possibilidade, cuja conveniência as circunstâncias pessoais e fáticas indicarão ou não. A punibilidade com *pena de detenção*, por si só, não é suficiente para determinar a conversão da internação em tratamento ambulatorial. É necessário examinar as condições pessoais do agente para constatar sua *compatibilidade* ou *incompatibilidade* com a medida mais liberal. Claro, se tais condições forem favoráveis, a substituição se impõe.

12 Alternativas para o semi-imputável

O semi-imputável tem duas alternativas: *redução obrigatória* da pena aplicada (art. 26, parágrafo único) ou *substituição* da pena privativa de liberdade por medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial) (art. 98).

13 Tipos de estabelecimentos

a) *Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico* — "hospital de custódia e tratamento psiquiátrico" não passa de expressão eufemística utilizada pelo legislador da reforma penal de 1984 para definir o velho e deficiente manicômio judiciário. Ocorre que, apesar da *boa intenção do legislador*, nenhum Estado brasileiro investiu na construção de novos estabelecimentos; b) *estabelecimento adequado* — a lei não diz o que é estabelecimento adequado, mas dá uma pista, quando fala que o internado tem direito de ser "recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares", para submeter-se a tratamento (art. 99 do CP). Ironicamente, por apresentar "características hospitalares", os *manicômios judiciários* têm sido considerados "estabelecimentos adequados"; c) *local com dependência médica adequada* — embora sem definir o que seja *local com dependência médica adequada* e sem distingui-lo do *estabelecimento adequado*, a verdade é que, enquanto este se destina à internação, aquele se destina ao tratamento ambulatorial (art. 101 da LEP), quando não houver hospital de custódia e tratamento. Contudo, na prática, uns substituem os outros: é tudo a mesma coisa!

13.1 Locais de tratamento

A *internação* deverá ocorrer em *hospital de custódia e tratamento* ou, à sua falta, em outro *estabelecimento adequado* (art. 96 do CP). Já o *tratamento ambulatorial* deverá ser realizado também em hospital de custódia e tratamento, mas, na sua falta, poderá ser em "outro local com dependência médica adequada" (art. 101 da LEP).

14 Prescrição e extinção da punibilidade

O art. 96, parágrafo único, do CP deixa claro que todas as causas extintivas de punibilidade (art. 107) são aplicáveis à medida de segurança,

inclusive a prescrição.

14.1 Peculiaridades da prescrição nas medidas de segurança

Em primeiro lugar, convém registrar que os prazos prescricionais das medidas de segurança são aqueles disciplinados nos arts. 109 e 110 do CP. Em segundo lugar, para fins de contagem do prazo prescricional, deve-se distinguir o *inimputável* do *semi-imputável*.

14.2 Prescrição e semi-imputabilidade

O *semi-imputável* sofre uma condenação, na qual o juiz fixa a pena justa para o caso, individualizando-a (art. 59). A pena estabelece o marco da prescrição *in concreto* e constitui "o limite da intervenção estatal", seja a título de pena, seja a título de medida. Substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação.

15 Impossibilidade de aplicação direta de medida de segurança ao semi-imputável

O juiz jamais poderá, tratando-se de semi-imputável, aplicar direto a medida de segurança, sem antes *condenar* o agente a uma pena determinada. Depois, em um segundo momento, necessitando o condenado de *especial tratamento curativo*, a pena deverá ser substituída por medida de segurança.

16 Limite da medida de segurança

O *inimputável* não é condenado; ao contrário, é absolvido e, em consequência, sofre a medida de segurança. Assim, não se lhe *precisa* a duração da privação de liberdade, que fica indeterminada. Contudo, a indeterminação da medida de segurança e sua forma de cumprimento pode traduzir-se em uma *inconstitucional prisão perpétua*. Sugere-se que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo abstratamente cominado ao delito praticado. No mesmo sentido se manifesta Luiz Flávio Gomes.

17 Prescrição e medidas de segurança

a) Prescrição da pretensão punitiva

Ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Subdivide-se em: prescrição *in abstrato*, prescrição retroativa e prescrição intercorrente.

Estas três subespécies de prescrição só podem ocorrer quando o agente for semi-imputável. Quando for inimputável, somente será possível a primeira hipótese, isto é, a prescrição abstrata, uma vez que, sendo absolvido, nunca terá uma pena concretizada na sentença.

b) Prescrição da pretensão executória

Quando se tratar de inimputável, o prazo prescricional deve ser regulado pelo máximo da pena abstratamente cominada, já que não existe *pena concretizada*. Em relação ao semi-imputável a solução é outra: conta-se o prazo prescricional levando-se em conta a pena fixada na sentença e, posteriormente, substituída.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"É ilegal a prisão de inimputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento" (STJ, HC 81.959/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 7-2-2008).

"A medida de segurança imposta pelo juízo de conhecimento se sujeita à extinção da punibilidade pela prescrição, *ex vi* do art. 96, parágrafo único, do CP, bem como por não se admitir, excetuadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, sanções penais imprescritíveis no ordenamento jurídico pátrio (Precedentes do STF e do STJ)" (STJ, HC 55.715/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-2-2007).

"O prazo para a prescrição da medida de segurança regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito (Precedentes)" (STJ, HC 53.019/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-11-2006).

"A medida de segurança prevista no Código Penal, quando aplicada ao inimputável ou semi-imputável ainda no processo de conhecimento, pode ter prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Precedentes. Não há vinculação entre o prazo de duração da medida de segurança imposta ao semi-imputável, ainda no processo de conhecimento, com o tempo de duração da pena privativa de liberdade substituída" (STJ, HC 42.683/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-9-2005).

"Prazo mínimo da medida de segurança. Tratando-se de semi-imputável e optando o magistrado pela substituição da pena por medida de segurança, em conformidade com o laudo psiquiátrico, desimporta o regime carcerário fixado, pois o sistema vicariante determina pena ou medida, e uma vez substituída a primeira, não mais será executada. A redução da pena, diante da semi-imputabilidade, não guarda relação com o prazo mínimo da medida de segurança, eis que a primeira diz com a culpabilidade diminuída e a segunda, com a periculosidade. O prazo mínimo da internação tem relação com o prognóstico de duração do tratamento" (TJRS, Apelação 70007557341, Rel. Tupinambá

Pinto de Azevedo, j. 18-2-2004).

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

— V. art. 26 do CP.

— V. arts. 151 e 386, V, do CPP.

— V. arts. 101, 175 e 178 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

§ 1º - Prazo

§ 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

— V. arts. 175 a 179 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

§ 2º - Perícia médica

§ 2º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§§ 3º e 4º - Desinternação ou liberação condicional

§ 3º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

— V. art. 175, V, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Natureza da pena “versus” natureza da medida de segurança

Não é a inimputabilidade ou semi-imputabilidade que determinará a aplicação de uma ou outra medida de segurança, mas a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, que, se for de detenção, permitirá a aplicação de *tratamento ambulatorial*, desde que, é claro, as condições pessoais o recomendem.

2 Conversibilidade do tratamento ambulatorial em internação

Por outro lado, o submetimento a tratamento ambulatorial não é imutável, uma vez que, em qualquer fase, poderá ser determinada a internação, para fins curativos (art. 97, § 4º). Na prática, pode-se constatar a inadaptabilidade de um semi-imputável com o tratamento ambulatorial, necessitando de “especial tratamento curativo”. Nessa hipótese, deve-se *converter* o tratamento ambulatorial em internação, que será a medida adequada (art. 184 da LEP).

3 Prazo de duração da medida de segurança

As duas espécies de medidas de segurança — internação e tratamento ambulatorial — têm, em princípio, duração *indeterminada*, perdurando enquanto não for constatada a *cessação da periculosidade*, mediante *perícia médica* (§ 2º). A lei não fixa o prazo máximo de duração, e o prazo mínimo estabelecido, de um a três anos, é apenas um marco para a realização do primeiro exame de verificação de cessação de periculosidade.

4 Execução, suspensão e extinção da medida de segurança

A medida de segurança só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença (art. 171 da LEP). Para iniciar a execução é indispensável a expedição de *guia de internamento ou de tratamento ambulatorial* (art. 173 da LEP). A reforma penal de 1984 aboliu a *medida de segurança provisória* ao não repetir o disposto do art. 80 do CP de 1940.

4.1 Término da medida de segurança

Falando em término da medida de segurança, devemos utilizar duas expressões que definem com precisão situações bem distintas: *suspensão* e *extinção* da medida de segurança.

4.2 Persistência de periculosidade

A suspensão da medida de segurança estará sempre condicionada ao transcurso de um ano de *liberação ou desinternação*, sem a prática de "fato indicativo de persistência" de periculosidade (art. 97, § 3º, do CP). Somente se esse período transcorrer *in albis* será definitivamente *extinta* a medida suspensa ou "revogada", como diz a lei.

4.3 Suspensão condicional da medida de segurança

Comprovada pericialmente a cessação da periculosidade, o juiz da execução determinará a *revogação* da medida de segurança, com a desinternação ou a liberação, em *caráter provisório*, aplicando as condições próprias do livramento condicional (art. 178 da LEP). Na verdade, essa *revogação* não passa de simples *suspensão condicional* da medida de segurança, pois, se o desinternado ou liberado, durante um ano, praticar "fato indicativo de persistência de sua periculosidade", será restabelecida a medida de segurança *suspensa*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Hipótese na qual se requer a extinção da medida de segurança aplicada ao paciente em substituição à pena corporal, sob o fundamento de ter se encerrado o prazo da pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória. Evidenciada a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal, deve ser concedida ordem de *habeas corpus* ao paciente. A medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais, hipótese dos autos, é aplicada quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, sendo adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Verificado o cumprimento integral da medida de segurança substitutiva, deve ser determinada sua extinção" (STJ, HC 88.849/SP, Rel. Jane Silva, j. 28-11-2007).

"A medida de segurança de internação, a teor do disposto no art. 97, § 1º, do Código Penal, não está sujeita a prazos predeterminados, porém, à cessação da periculosidade do réu declarado inimputável. É validamente motivada a decisão judicial que prorroga, por mais um ano, a medida de segurança imposta ao sentenciado, com fundamento no exame médico-pericial realizado no paciente, o qual atesta a necessidade da manutenção da medida. Precedentes do STJ" (STJ, HC 70.497/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 12-11-2007).

"O juiz deve aplicar a medida de segurança de internação ao condenado por crime punível

com reclusão, possibilitada a posterior desinternação ou liberação condicional, precedida de perícia médica, *ex vi* do art. 97 do CP (Precedentes do STJ e do STF)" (STJ, REsp 863.665/MT, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-5-2007).

"A medida de segurança prevista no Código Penal, quando aplicada ao inimputável ou semi-imputável ainda no processo de conhecimento, pode ter prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Precedentes" (STJ, HC 48.187/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-12-2005).

"Medida de segurança — Projeção no tempo — Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos" (STF, HC 84.219/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-8-2005).

"Art. 97 do Código Penal. Conversão da medida de internação em tratamento ambulatorial. Cessação de periculosidade. Necessidade de perícia médica. É cabível a conversão de medida de internação em tratamento ambulatorial, se o juiz da execução conta com exames e informações sobre o tratamento do agente, o qual aponta para a desnecessidade da permanência do paciente internado. A inocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade de que trata o art. 97, § 3º, do Código Penal, abrange não apenas o cometimento de fato criminoso, mas também de fatos, que, por sua natureza, possam ser indicativos de periculosidade, como, por exemplo, a não sujeição do paciente ao tratamento ambulatorial determinado. A cessação de periculosidade, por sua vez, depende de perícia médica avaliativa que ateste o seu fim, o que não ocorreu no presente caso" (STJ, HC 36.015/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-3-2005).

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

D O U T R I N A

1 Substituição da pena por medida de segurança

Em duas hipóteses a pena aplicada pode ser substituída por medida de segurança (*semi-imputabilidade* ou *superveniência de doença mental*), e, em uma, a própria medida de segurança — tratamento ambulatorial — pode ser *convertida* em internação.

1.1 Hipótese de substituição de pena por medida de segurança

Esta operação somente será possível quando se tratar de condenado *semi-imputável* que necessitar de *especial tratamento curativo*, jamais de um *imputável*. Tratando-se de semi-imputável, comprovando-se a culpabilidade, sempre sofre uma condenação. Com base nos elementos do art. 59, o juiz fixa a pena — com redução obrigatória — justa para o caso, conforme seja necessário e suficiente (art. 59). Essa é a regra. A substituição é exceção, que poderá ocorrer se o condenado necessitar de *especial tratamento curativo* (art. 98).

1.2 Para semi-imputável, somente medida de segurança substitutiva

Primeiro se aplica a pena, para depois poder substituí-la, por duas razões: 1ª) em primeiro lugar, porque o art. 26, parágrafo único, determina que "A pena pode ser reduzida...", e o art. 98 estabelece que, na hipótese do dispositivo citado, "a pena privativa de liberdade pode ser substituída". Logo, a pena tem de ser aplicada para poder ser *reduzida*, ou então, se for o caso, *substituída*. E para que alguma coisa possa ser "substituída" por outra é preciso que tal coisa exista, e a pena privativa de liberdade só terá existência se for *aplicada* na sentença condenatória; 2ª) em segundo lugar, somente a pena *privativa de liberdade* pode ser substituída por medida de segurança, uma vez que o art. 98 exclui as demais modalidades de penas. E como saber qual a pena "necessária e suficiente" (art. 59), se não concretizá-la na sentença, individualizando-a? Sabe-se, pois, que a pena cominada no tipo penal infringido não será necessariamente a que, finalmente, será aplicada na sentença condenatória, tampouco a que será executada.

2 Superveniência de doença mental do condenado

Quando ocorrer superveniência de doença mental, o condenado deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, em não havendo, a outro estabelecimento adequado. O art. 41 do Código Penal *determina* (e o art. 183 da LEP *permite*), nesta hipótese, a substituição da pena por medida de segurança, cujo cumprimento passa a reger-se pelas normas de cumprimento de tal medida e não mais pelas normas de execução da pena.

3 Duração da medida de segurança substitutiva

Tanto na hipótese anterior, de *réu semi-imputável*, como nesta, de *superveniência de doença mental*, a medida de segurança não poderá ter duração superior ao correspondente à pena substituída. Na hipótese de, ao esgotar-se o prazo inicialmente fixado na condenação, o paciente ainda não se encontrar recuperado, e não podendo ser liberado, em razão de seu estado de saúde mental, deverá, obrigatoriamente, ser colocado à disposição do juízo cível competente.

4 Verificação da cessação da periculosidade

O prazo mínimo estabelecido, de um a três anos, trata-se apenas de um marco para a realização do primeiro exame pericial (art. 97, § 1º, do CP). A determinação legal é de que o exame seja realizado no fim do prazo mínimo fixado na sentença e, posteriormente, de ano em ano. Mas esse é o exame legal, obrigatório.

4.1 Repetição do exame “ex officio”

O juiz de execução pode determinar, de ofício, a *repetição do exame*, a qualquer tempo. Cumpre ressaltar, para evitar equívocos, que a determinação oficial, a qualquer tempo, só pode ocorrer depois de decorrido o prazo mínimo, isto é, o juiz só pode determinar, de ofício, a *repetição* do exame (§ 2º), nunca o primeiro exame.

4.2 Exame requerido pelo Ministério Público

Antes de escoado o prazo mínimo, referido exame somente poderá ser realizado mediante provocação do Ministério Público ou do interessado (procurador ou defensor), nunca de ofício. Tanto a provocação quanto a decisão devem ser devidamente fundamentadas.

5 Contratação de médico particular

A Lei de Execução Penal assegura o direito de *contratar médico particular*, de confiança do paciente ou de familiares, para acompanhar o tratamento. Havendo divergências entre o médico oficial e o particular, serão resolvidas pelo juiz da execução (art. 43 e parágrafo único da LEP).

6 Assistente técnico na verificação da cessação de periculosidade

Acreditamos, embora a LEP seja omissa, que o médico particular pode participar também da realização do exame de verificação de cessação da periculosidade, como *assistente técnico*, com base no princípio da ampla defesa (art. 5º, IV, da CF).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O art. 98 do Código Penal autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança ao condenado semi-imputável que necessitar de especial tratamento curativo, aplicando-se o mesmo regramento da medida de segurança para inimputáveis" (STJ, REsp 863.665/MT, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-5-2007).

"Estupro e atentado violento ao pudor. Réu semi-imputável. Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança. Incabimento. Descaracterizada a necessidade de tratamento psiquiátrico ao réu que tem diminuída a sua capacidade de entendimento e determinação, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança" (STJ, HC 22.153/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19-4-2005).

"Hipótese de réu semi-imputável condenado à pena de reclusão, para o qual o TJRS, dando parcial provimento ao pleito defensivo, substituiu a medida de internação anteriormente imposta pelo tratamento ambulatorial. O art. 98 do Código Penal, aplicando as regras do art. 97 do mesmo estatuto repressor, prevê, para os casos de semi-imputabilidade, a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação (nos casos de réus apenados com reclusão) ou de tratamento ambulatorial (para apenados com detenção)" (STJ, REsp 567.352/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-6-2004).

Direitos do internado

Art. 99. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

— V. arts. 3º, 42 e 99 a 101 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

Tratamento adequado do internado

Este dispositivo pretende impedir que o sujeito que recebeu medida de segurança fique recolhido em cadeia ou presídio comum. Deve receber o *tratamento psiquiátrico necessário em hospital de custódia e tratamento*

ou, na sua falta, em “estabelecimento dotado de características hospitalares”.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Aplicada medida de segurança consistente em internação em hospital psiquiátrico, configura constrangimento ilegal a manutenção do paciente em centro de detenção provisória. Quando não há vaga em estabelecimento adequado – hospital psiquiátrico –, deve-se submeter o paciente a tratamento ambulatorial” (STJ, HC 67.869/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 12-6-2007).

“Sendo aplicada ao paciente a medida de segurança de internação, constitui constrangimento ilegal sua manutenção em prisão comum, ainda que o motivo seja a alegada inexistência de vaga para o cumprimento da medida aplicada. A manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas” (STJ, HC 31.902/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11-5-2004).

Título VII - Da Ação Penal

Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

— V. arts. 19 e 24 a 62 do CPP.

— V. art. 227 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

— V. arts. 5º, § 4º, 24, 25, 38 e 39 do CPP.

— V. art. 1º da Lei n. 5.249/67 (ação pública em crimes de responsabilidade).

— V. art. 88 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

§ 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

— V. arts. 5º, § 5º, 30 a 38 e 73 do CPP.

§ 3º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

— V. art. 5º, LIX, da CF.

— V. art. 29 do CPP.

§ 4º No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado

ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

— V. arts. 24, § 1º, e 31 do CPP.

D O U T R I N A

1 Ação penal

O direito de ação penal significa a faculdade de exigir a intervenção do poder jurisdicional para investigar a procedência da *pretensão punitiva* do Estado no caso concreto. Ação é, pois, o direito de invocar a prestação jurisdicional, isto é, o direito de requerer em juízo a reparação de um direito violado.

2 Limitação do poder punitivo estatal

Ao mesmo tempo em que o Estado determina ao indivíduo que se abstenha da prática de ações delituosas, assegura-lhe também que só poderá puni-lo se violar aquela determinação, dando origem ao *ius puniendi*. Isso representa a consagração do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. No entanto, violada a proibição legal, a sanção correspondente só poderá ser imposta por meio do *devido processo legal*, que é a autolimitação que o próprio Estado se impõe para exercer o *ius persequendi*, isto é, o direito subjetivo de promover a "persecução" do autor do crime.

3 Espécies de ação penal

A ação penal classifica-se em ação penal *pública* e ação penal *privada*. Ambas comportam, no entanto, uma subdivisão: a ação penal pública pode ser *incondicionada* e *condicionada*, e a ação privada pode ser *exclusivamente* privada e privada *subsidiária* da pública.

4 Ação penal pública

O Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal pública (art. 129, I, da CF), que se inicia com o oferecimento da denúncia em juízo, e deverá

conter a narração do fato criminoso, circunstanciadamente, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas (art. 41 do CPP).

4.1 Ação pública incondicionada

A regra geral é a de que a ação penal seja pública *incondicionada*. Basta o Ministério Público constatar a prática de um crime para promover a ação penal. Nas mesmas circunstâncias, a autoridade policial, ao ter conhecimento da ocorrência de um crime de ação pública incondicionada, deverá, de ofício, determinar a instauração de inquérito policial, nos termos do art. 5º, I, do CPP.

4.2 Ação pública condicionada

O Ministério Público dependerá, para a sua propositura, da satisfação de uma *condição de procedibilidade*, sem a qual a ação penal não poderá ser instaurada: *representação* do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou, ainda, *requisição* do Ministro da Justiça.

5 Conflito de interesses públicos e particulares

Na ação penal pública condicionada há *uma relação complexa de interesses*, do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público do Estado em puni-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas, iniciada a ação pública pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público.

6 Requisição do Ministro da Justiça: juízo político

Em alguns casos, o *juízo de conveniência* e *oportunidade* é cometido ao Ministro da Justiça, que, na realidade, faz um *juízo político* sobre tal conveniência. Esses casos são restritos: crimes praticados por estrangeiros contra brasileiros fora do Brasil (art. 7º, § 3º, do CP), e nos crimes praticados contra a honra do Presidente ou contra chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, 1ª parte).

7 Vigência do art. 141, I, do CP

Entendemos que o disposto no art. 141, I, continua em vigor, ao lado do disposto no art. 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83). Esse, aliás, já era o entendimento mantido pelo STF em relação à anterior Lei de Segurança Nacional (*RTJ*, *105*:915).

8 Ação penal privada

Constitui exceção ao princípio publicístico da ação penal e, por isso, vem sempre expressa no texto legal; por exemplo, no art. 145, o Código determina que "somente se procede mediante *queixa*".

8.1 Exclusivamente privada e subsidiária da pública

A ação penal privada divide-se em: a) *ação penal de exclusiva iniciativa privada* (art. 100, § 2º, do CP) — quando somente pode ser exercida pelo ofendido ou seu representante legal; b) *ação privada subsidiária da pública* (art. 100, § 3º) — nas hipóteses de ação penal pública, ante a inércia do Ministério Público em oferecer a denúncia, no prazo legal, o ofendido ou seu representante legal poderá fazê-lo (art. 5º, LIX, da CF).

8.1.1 Decadência na ação privada subsidiária

Na ação privada subsidiária, a decadência do direito de queixa não extingue a punibilidade, permanecendo o *ius puniendi* estatal, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, que poderá oferecer denúncia enquanto não se operar a prescrição.

8.2 Ação privada personalíssima

Alguns autores relacionam ainda, como uma terceira modalidade, a *ação penal privada personalíssima*, para os crimes de adultério (art. 240) e de induzimento a erro essencial (art. 236), pela simples impossibilidade sucessória da legitimação ativa, por tratar-se de *crime personalíssimo*.

9 Ação penal na Lei n. 9.099/95

A Lei n. 9.099/95 não altera a natureza da ação penal dos crimes de sua competência, com exceção dos crimes de lesões leves e lesões culposas, que passam a depender de representação do ofendido (art. 88).

10 Sucessão do direito de queixa

A sucessão prevista no § 4º limita-se a ação de exclusiva iniciativa privada. Não se estende, porém, às hipóteses dos arts. 236, parágrafo único, e 240 do CP, por tratar-se de direito personalíssimo.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A representação do ofendido – condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada – prescinde de rigor formal, sendo suficiente a demonstração inequívoca da parte interessada de que seja apurada e processada a infração penal. A propositura da ação penal pelo Ministério Público não está subordinada ao prazo decadencial. Precedentes do STJ" (STJ, HC 92.353/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-2-2008).

"Esta Corte já decidiu que, em se tratando de ação penal pública incondicionada, não está o Ministério Público obrigado a denunciar todos os indiciados. Pode propor ação penal com relação àqueles contra quem haja indícios suficientes e determinar, quanto aos demais, o arquivamento ou o prosseguimento das investigações, sendo possível, posteriormente, o oferecimento de nova denúncia ou o aditamento da primeira" (STJ, HC 50.973/RN, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 22-11-2007).

"Descabe o reconhecimento da decadência em se tratando de ação penal pública incondicionada" (STJ, HC 76.019/SP, Rel. Jane Silva, j. 18-10-2007).

"A ação penal privada subsidiária só tem cabimento nas hipóteses em que configurada a inércia do Ministério Público, ou seja, quando transcorrido o prazo para o oferecimento da denúncia, o *Parquet* não a apresenta, não requer diligências, tampouco pede o arquivamento. Encontra-se pacificado nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, uma vez requerido o arquivamento do inquérito ou de peças de informação pelo Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, o atendimento ao seu pedido é irrecusável" (STJ, HC 64.564/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13-3-2007).

"A ação penal privada subsidiária da pública, disciplinada nos arts. 29 do Código de Processo Penal e 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, pode ser intentada tanto nos crimes que devam ser processados mediante ação penal pública condicionada como incondicionada, desde que configurada a inércia do Ministério Público, ou seja, quando o *parquet* deixar de oferecer a denúncia ou de requerer o arquivamento do inquérito ou, ainda, de solicitar diligências, dentro do prazo previsto pelo art. 46 do Código de Processo Penal" (STJ, HC 46.959/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 2-12-2006).

"Se o ofendido é menor de dezoito anos, não tendo ele capacidade de estar em juízo, cabe ao seu representante legal ingressar com a ação privada, ou oferecer representação; do mesmo modo, é o representante legal quem poderá renunciar àqueles direitos e conceder perdão. Quando o ofendido menor completar a idade de dezoito anos — extinta, de acordo com a lei civil, a partir desta faixa etária, a figura do representante legal —, a ele próprio caberá ingressar com a queixa ou com a representação, se e desde que não tenha se operado anteriormente (antes de que completasse o ofendido dezoito anos) a decadência em relação ao seu então representante legal" (TJMG, RESE 1.0079.03.078817-2/001(1), Rel. Herculano Rodrigues, j. 7-4-2005).

"Muito embora seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente

dito, a competência investigatória da Polícia Judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas, dentre as quais, a do *Parquet*, que nos termos do art. 100, § 1º, do Estatuto Repressivo, é o titular da ação penal, *ratio essendi* do procedimento investigatório preliminar. Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário para a propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a *opinio delicti* de seu titular, como a Ação Civil Pública, por exemplo. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o *Parquet* também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)" (STJ, REsp 649.594/GO, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-9-2004).

"Queixa-crime subsidiária. Petição inicial apresentada pelo próprio querelante, sem representação de advogado. Inviabilidade. Decadência caracterizada. 1. É condição para a apresentação da queixa-crime que a inicial seja subscrita por quem possuir habilitação técnica. 2. Tratando-se de ação penal privada subsidiária, o termo inicial para o seu oferecimento é o dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia" (STJ, Pet 2.396/CE, Rel. Min. José Delgado, j. 18-8-2004).

"A queixa-crime, embora descreva conduta típica, não se encontra acompanhada do mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do fato típico por parte da querelada. Sem que haja o mínimo lastro probatório a acompanhar a exordial acusatória, não há justa causa autorizativa da instauração da persecução penal (Precedentes)" (STJ, RHC 14.235/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-12-2003).

A ação penal no crime complexo

Art. 101. Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

— V. Súmula 608 do STF.

D O U T R I N A

1 Crime complexo

Sinteticamente, pode-se afirmar que o *crime complexo* representa a soma ou fusão de dois crimes. Na verdade, o crime complexo ofende mais de um bem jurídico ao mesmo tempo. Exemplo: o crime de roubo representa a fusão do crime de subtração (art. 155) com o de lesão corporal ou ameaça (arts. 129 ou 147). Caso semelhante ocorre com a injúria real (art. 140, § 2º), na qual há a fusão da injúria (art. 140, *caput*) com a lesão corporal (art.

129) e vias de fato (art. 21 da LCP).

1.1 Crime complexo nos crimes contra os costumes

Com a nova natureza das lesões corporais leves e culposas (art. 88 da Lei n. 9.099/95), seguramente, o STF terá de rever, no mínimo, o fundamento da *Súmula 608*, com o seguinte verbete: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Com essa súmula, o STF deu prevalência ao art. 101 sobre o art. 225. Essa orientação do STF divide-se em: a) se há violência real, com lesão corporal, a ação penal é pública, pois o crime de lesão era de ação pública incondicionada; b) no entanto, se houver apenas ameaça, a ação penal será de iniciativa privada, pois a ameaça não é de ação pública incondicionada; c) quanto ao constrangimento ilegal, ele é elementar do próprio crime de estupro (*RTJ*, *119*:760).

Dessa forma, o STF ignorou o *princípio da especialidade* ao afastar a aplicação do art. 225, dando prioridade ao art. 101, que é norma geral.

1.2 Crime complexo e concurso de crimes

O crime complexo não se confunde com os crimes processualmente conexos (art. 76 do CPP), nem com o concurso material ou formal, no qual o agente pratica dois ou mais crimes (arts. 69 e 70).

1.3 Violência presumida

À violência presumida é inaplicável o art. 101, por não configurar a hipótese de crime complexo, sendo incabível a aplicação da *Súmula 608*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 608 do STF: "*No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada".

"Consoante reiterado posicionamento deste Tribunal, nas hipóteses de crime contra os costumes, praticado com violência real, aplica-se o disposto no enunciado sumular 608/STF" (STJ, REsp 762.043/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15-2-2007).

"Tanto a jurisprudência dominante, quanto a melhor doutrina admitem que, quando ocorrer a violência real contra a(s) vítima(s) de crime de atentado violento ao pudor, há a descaracterização da natureza privada da ação penal para pública incondicionada. O uso de arma de fogo para consumar os delitos é suficiente para legitimar o Ministério Público a propor a ação penal" (STJ, HC 30.688/PE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 1º-4-2004).

"O Ministério Público é parte legítima para a propositura da ação penal pela prática de

atentado violento ao pudor, se este foi cometido durante o curso do crime de roubo. Presença do constrangimento ilegal violento, a dar azo à incidência da regra do art. 101 do CP, afastando-se a do art. 225 do mesmo Diploma Legal" (STJ, REsp 343.533/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 9-12-2003).

"Queixa-crime simultânea. Falta de legitimidade e potencialidade. Trancamento. O caso atrai a aplicação do art. 101, do CP, por meio do qual a legitimidade para intentar a ação penal, em se tratando de crime complexo, é exclusiva do ente ministerial. Afasta-se, com isso, a previsão do art. 225, do mesmo Estatuto, em face da posição sumular do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, afigura-se inaceitável a manutenção da queixa-crime, mesmo que sobrestada, quando a sua existência não trará qualquer efeito introdutório de ação penal. Falta-lhe legitimidade e potencialidade para a ação respectiva, podendo ser objeto de futuras pendências jurídicas e recursos infindáveis, cuja polêmica deve ser desde logo afastada" (STJ, HC 24.643/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 5-12-2002).

Irretratabilidade da representação

Art. 102. A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

— V. art. 25 do CPP.

D O U T R I N A

1 Representação criminal

Representação criminal é a manifestação de vontade do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, visando a instauração da ação penal contra seu ofensor. A representação, em determinadas ações, constitui *condição de procedibilidade* para que o Ministério Público possa iniciar a ação penal.

1.1 Informalidade da representação

A representação não exige qualquer formalidade, podendo ser manifestada mediante petição escrita ou oral, e, neste caso, deverá ser tomada por termo em cartório. A única exigência legal é que constitua manifestação *inequívoca* da vontade do ofendido de promover a persecução penal, não a caracterizando simples declarações narrativas dos fatos.

1.2 Irretratabilidade da representação

A representação, como condição de procedibilidade, é irretratável após o

oferecimento da denúncia. Após o Ministério Público *oferecer* a denúncia a ação penal torna-se indisponível.

1.3 Retratação da retratação

Há alguns julgados admitindo a "retratação da retratação", ou, em outros termos, nova representação após a retratação anterior, desde que ocorra dentro do prazo decadencial (STF, *RTJ*, *72*:51).

2 Requisição do Ministro da Justiça

Em certos casos, expressos em lei, por razões de natureza política, a ação pública só poderá ser iniciada mediante *requisição do Ministro da Justiça*. Essa requisição autoriza a iniciar a ação, mas não vincula o Ministério Público, que mantém a liberdade e independência para examinar a ocorrência das condições que, *a contrario sensu*, defluem do art. 43 do CPP.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação de vontade da ofendida para que fosse apurada a responsabilidade do paciente, em delito de atentado violento ao pudor. Precedentes" (STJ, HC 48.692/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 4-4-2006).

"A retratação da vítima é admissível até antes do recebimento da denúncia. Entretanto, tal ato precisa manifestar-se sem vício. No caso *sub judice*, conforme salientado pelo Tribunal *a quo*, a retratação foi declarada sem efeito, porquanto somente foi efetivada pela vítima em razão das ameaças sofridas pelo paciente" (STJ, HC 23.765/PE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 3-6-2003).

"À luz do comando expresso no art. 102, do Código Penal, reproduzido no art. 25, do Código de Processo Penal, iniciada a ação penal pública condicionada com o oferecimento da denúncia, a representação manifestada pelo ofendido torna-se irretratável" (STJ, HC 12.468/MT, Rel. Min. Vicente Leal, j. 19-3-2002).

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

— V. art. 107, IV, do CP.

— V. art. 38 do CPP.

D O U T R I N A

1 Decadência

Decadência é a perda do direito de ação a ser exercido pelo ofendido, em razão do decurso de tempo. A decadência pode atingir tanto a ação de *exclusiva* iniciativa privada como a *pública condicionada* à representação. Constitui uma limitação temporal ao *ius persequendi* que não pode eternizar-se. Qualquer das duas, tanto a *queixa* quanto a *representação*, deve ser realizada dentro do prazo decadencial, isto é, antes que este se esgote.

1.1 Natureza do prazo decadencial

O *prazo decadencial* é peremptório: não se interrompe, nem se suspende. O direito de queixa ou de representação não se *interrompe* "pelo seu exercício"; ao contrário, *exaure-se*.

1.2 Lapso de duração do prazo decadencial

O prazo decadencial, em regra, é de seis meses, contado da data em que o ofendido veio a saber quem foi o autor do crime, ou, na ação privada *subsidiária* da pública, do dia em que se esgotou o prazo para o oferecimento da denúncia (arts. 38 e 46 do CPP).

1.3 Prazo decadencial na Lei n. 9.099/95

A Lei n. 9.099/95 criou um novo prazo decadencial, embora de *direito transitório*, uma vez que somente se aplica aos fatos ocorridos antes da vigência da referida lei: trinta dias para os crimes de lesões corporais leves e culposas cometidos antes da vigência da lei. Esse prazo começa a correr a partir da *intimação pessoal* da vítima. Para aqueles crimes praticados já na vigência da lei, o prazo decadencial é o normal de seis meses (arts. 103 do CP e 38 do CPP).

1.4 Intimação da vítima: somente para fatos anteriores

A intimação da vítima somente é necessária para *os fatos ocorridos antes*

da vigência da Lei n. 9.099/95. Os fatos ocorridos após 26 de novembro de 1995 não necessitam de tal intimação, como os demais crimes.

2 Crimes contra a propriedade imaterial

Nestes crimes, discute-se se permanece a regra geral dos seis meses do art. 103 do CP ou se este é afastado pelo disposto no art. 529 do CPP, que fixa o prazo de trinta dias para o oferecimento de queixa, *a partir da homologação do laudo pericial*. Pessoalmente, acreditamos que o prazo decadencial é o de seis meses, conforme a regra geral, já que os trinta dias referidos no art. 529 do CPP não constituem prazo decadencial e visam, tão somente, impedir que o ofendido procrastine a propositura da ação penal indefinidamente.

3 Dupla titularidade do direito de ação

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 594, com o seguinte verbete: "Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal". Pela orientação do Supremo, a decadência do direito do ofendido não afeta o direito do representante legal, e vice-versa, contados da data em que vierem a tomar conhecimento da autoria do crime. Na verdade, o STF reconhece a existência de dois titulares do direito de representar ou oferecer queixa, cada um com o respectivo prazo: um para o ofendido e outro para seu representante legal.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Prazo decadencial. Queixa. Início da contagem. Art. 103 do CP. 'Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia'" (STJ, RHC 16.876/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 13-9-2005).

"O prazo legal de seis meses para decadência do direito de queixa é contado na forma estabelecida no art. 10 do Código Penal, na linha do calendário comum. Precedentes" (STJ, Apn 360/MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16-3-2005).

"Não se verifica a decadência do direito de representação se o genitor da vítima o exerceu tão logo tomou conhecimento da ocorrência dos fatos delituosos, bem como de sua autoria" (STJ, RHC 15.403/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-4-2004).

"Em sede de crime de ação penal pública condicionada à representação, não se exige

fórmula sacramental para a manifestação de vontade do ofendido no sentido de que se promova a responsabilização do autor do delito. Precedentes. Se a mãe da ofendida, dentro dos seis meses previstos em lei, procura o Conselho Tutelar da Infância e Juventude para as providências cabíveis, não há falar em decadência, por falta de representação ou de seu tardio manejo, pois nesse caso está suficientemente demonstrada a inequívoca intenção de desencadear a *persecutio criminis*" (STJ, RHC 14.905/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23-3-2004).

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

Art. 104. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

— V. arts. 48 a 50 e 57 do CPP.

— V. art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

Parágrafo único. Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

D O U T R I N A

1 Renúncia

Renúncia é a manifestação de desinteresse de exercer o *direito de queixa*, que só pode ocorrer em crimes de ação penal de *exclusiva* iniciativa privada, e antes de esta ser iniciada.

1.1 Fase processual para a renúncia

Após iniciada a ação penal privada, que se caracteriza pelo recebimento da queixa, é impossível renunciar ao direito de queixa, que, aliás, já foi exercido, admitindo-se somente o perdão do ofendido (art. 105), que é um instituto afim.

1.2 Modalidades de renúncia

A renúncia pode ser expressa, tácita ou presumida. A *expressa* constará de declaração assinada pelo ofendido, seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 do CPP). A *tácita* caracteriza-se pela prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa, não a

configurando o recebimento de indenização do dano causado pelo crime (art. 104, parágrafo único, do CP). A *presumida* ocorre na nova hipótese criada pelo art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95.

2 Perdão e perempção

Embora renúncia e perdão sejam causas extintivas da punibilidade, nos crimes de ação privada (art. 107, V, do CP), após iniciada a ação penal, somente por meio do *perdão* ou da *perempção* o querelante poderá dar causa à extinção da punibilidade.

3 Omissão da queixa e indivisibilidade da ação penal

Há um entendimento doutrinário-jurisprudencial, com o qual não concordamos, segundo o qual "na hipótese de o ofendido omitir da queixa um dos participantes do crime, em caso de concurso de pessoas, pode *caracterizar renúncia* que se estenderá a todos os ofensores". Esse entendimento afronta dois dispositivos legais: um do Código Penal, outro do Código de Processo Penal. Ora, o Código Penal determina que implicará *renúncia tácita* ao direito de queixa "a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo" (art. 104, parágrafo único); e o fato de apresentar queixa contra um ou alguns dos autores do fato delituoso, ao contrário, demonstra expressamente a vontade de exercer o direito de queixa, e jamais "ato incompatível com a vontade de exercê-lo". Por outro lado, não se pode ignorar o disposto no art. 48 do CPP, primeira parte, segundo o qual "a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos". Logo, o raciocínio, à luz deste dispositivo, deve ser o inverso daquele entendimento, ora repudiado.

4 Extensão da renúncia

Havendo concurso de pessoas, a renúncia em relação a um dos autores do crime estende-se aos demais (art. 49 do CPP), como consequência do *princípio da indivisibilidade* da ação penal privada. Porém, havendo mais de um ofendido, a renúncia de um deles não prejudica o direito dos demais.

5 A renúncia nos Juizados Especiais Criminais

A Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, criou

uma nova espécie de renúncia, *presumida*, que decorre da homologação do acordo da composição cível nas infrações de menor potencial ofensivo, da competência daquele Juizado (art. 74, parágrafo único). Pois essa renúncia presumida foi estendida também à representação criminal, para aquelas infrações. Assim, a Lei n. 9.099/95 *criou* a figura da "renúncia ao direito de representação" (art. 74, parágrafo único).

5.1 Reparação do dano e renúncia

Na realidade, foi criada uma espécie *sui generis* de renúncia tácita (art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95), contrariando frontalmente a segunda parte do parágrafo único do art. 104 do Código Penal. Este novo dispositivo teria revogado o parágrafo único, segunda parte, do art. 104 do Código Penal? Sim e não. Em outros termos, revogou aquele texto do Código, quando se tratar de infrações de menor potencial ofensivo, que forem da competência do Juizado Especial. Já em relação às demais infrações de competência do juízo comum o dispositivo do Código Penal permanece válido e eficaz.

5.2 Ausência de conflito de normas

Concluindo, a nosso juízo, quando as infrações penais praticadas forem da competência dos Juizados Especiais, a reparação do dano "acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação" (art. 74, parágrafo único); no entanto, quando, nas mesmas circunstâncias, as infrações penais praticadas forem da competência da Justiça comum, a reparação do dano não implicará renúncia tácita (art. 104, parágrafo único, do CP — expresso em relação à queixa). Não há conflito de normas: a reparação, nos crimes (ação pública condicionada e privada) da competência dos Juizados Especiais, tem um efeito, e nos da competência da Justiça comum tem outro, ou melhor, não surte nenhum efeito extintivo. É inadmissível, neste particular, qualquer tentativa de analogia ou interpretação extensiva, porque se estaria ferindo o direito irrestrito do ofendido de postular a reparação, sem prejuízo de seu direito de petição.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Considerando que o processamento e julgamento dos crimes contra a honra ora deduzidos reclamam a propositura de ação penal privada, vige, entre os supostos

coautores, o princípio da indivisibilidade, de forma que a renúncia em favor de um deles, obrigatoriamente, a teor do art. 49 do CPP e 104 do CP, estende-se aos demais, gerando, quanto a estes, da mesma forma, a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, V, do CP" (STJ, HC 19.088/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-3-2003).

Perdão do ofendido

Art. 105. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

— V. arts. 51 a 56 do CPP.

D O U T R I N A

1 Perdão do ofendido

O perdão do ofendido consiste na desistência do querelante de prosseguir na ação penal, de exclusiva iniciativa privada, que iniciou mediante "queixa-crime". Não se confunde com o *perdão judicial*, embora este também constitua causa de extinção da punibilidade (art. 107, V, do CP).

2 Formalidade do perdão

O perdão do ofendido não exige formalidade especial, e poderá ser *processual* ou *extraprocessual*, isto é, poderá ser concedido nos autos do processo ou fora dele. Não exige requisitos especiais. É suficiente a declaração inequívoca da vontade de perdoar, revestida apenas das formalidades destinadas a lhe darem autenticidade.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Estupro. Violência presumida. Ação penal pública condicionada. Sendo a ação penal de titularidade do Ministério Público, não têm aplicação os institutos da renúncia, do perdão e da perempção, próprios e exclusivos da ação penal de iniciativa privada, em que se procede mediante queixa" (STJ, RHC 18.780/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 6-6-2006).

"O perdão do ofendido, seja ele expresso ou tácito, só é causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada (Precedente)" (STJ, HC 44.280/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-12-2005).

"Recusa-se aplicação aos arts. 38 do CPP e 105 do CP, em se tratando de crime de violação de direito autoral, em decorrência da norma de caráter especial do art. 529 do CPP, máxime quando, antes do prazo fixado naqueles dispositivos, há requerimento

expresso de abertura de inquérito policial, com identificação do responsável (autoria), viabilizando a realização da perícia, condição de procedibilidade da queixa" (STJ, RMS 10.589/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 9-5-2000).

Art. 106. O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

— V. art. 61 do CPP.

I — se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II — se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III — se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1º Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

— V. art. 57 do CPP.

§ 2º Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

D O U T R I N A

1 Perdão expresso ou tácito

O perdão poderá ser *expresso* ou *tácito*. Será *expresso* quando for concedido mediante documento escrito, que poderá ser por declaração ou termo nos autos, firmado pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo. Será *tácito* quando resultar de prática incompatível com a vontade de prosseguir na ação criminal proposta. O perdão tácito, assim como a renúncia tácita, admitirão sua demonstração por qualquer meio de prova (art. 57 do CPP).

2 Limites do perdão

O perdão concedido a um dos *querelados* estender-se-á a todos os demais. Este dispositivo tem como *fundamento dogmático* a indivisibilidade da ação penal e, como *fundamento político*, evitar que o processo criminal sirva para permitir a *vindita privada*, possibilitando ao particular escolher qual dos ofensores deseja punir. Não houvesse essa previsão, facilmente poderia ser violado o princípio da indivisibilidade da ação penal (art. 48 do CPP): bastaria propor a ação penal contra todos os

autores do crime e, depois, no curso desta, perdoar um ou alguns dos querelados, prosseguindo contra os demais.

3 Vários querelantes

Se houver mais de um querelante, o perdão dado por um deles não prejudica o direito dos outros de prosseguir com a ação, mantida a indivisibilidade, se houver mais de um querelado.

4 Bilateralidade do perdão

O perdão é um ato bilateral, de realização complexa: só se completa com sua aceitação pelo querelado. Assim, havendo mais de um querelado, pode um deles não aceitar o perdão. Nesse caso, a ação prosseguirá somente contra este. Esta é a única hipótese, excepcional, em que *o princípio da indivisibilidade da ação penal pode ser quebrado*.

5 Incondicionalidade do perdão

Tanto o perdão quanto a aceitação são incondicionais. Como afirmava Magalhães Noronha: “Perdoa-se sem exigências e aceita-se sem condições”.

6 Limites temporais do perdão e da renúncia

O perdão só pode ocorrer depois de exercido o direito de queixa, isto é, depois de iniciada a ação penal privada. Antes dessa fase, a manifestação de desinteresse em processar o infrator caracterizará renúncia ao direito de queixa e não perdão.

7 Perdão e a coisa julgada

A qualquer momento, enquanto não houver decisão condenatória irrecorrível, será possível a concessão de perdão, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário (art. 106, § 2º, do CP).

8 Distinções entre perdão e renúncia

a) A renúncia ao direito de queixa só pode ocorrer antes do oferecimento desta; o perdão, ao contrário, somente após o início da ação penal, isto é,

depois de oferecida a queixa-crime; b) o perdão é um ato da fase processual, e a renúncia pertence à fase pré-processual; c) a renúncia é um ato unilateral; o perdão é bilateral, isto é, depende da aceitação do querelado; d) a renúncia tem por objeto imediato o *direito de querela*, enquanto o perdão visa a revogação de ato já praticado.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Meros indícios de que terceiras pessoas não denunciadas também praticaram o atentado violento ao pudor contra a vítima não autorizam a concessão do benefício do perdão tácito, ainda mais quando tais fatos não tenham nenhuma relação com os da presente ação" (TJMG, Apelação 1.0629.01.000561-5/001(1), Rel. Jane Silva, j. 14-12-2004).

"O perdão do ofendido, seja ele expresso ou tácito, só é causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada" (STJ, HC 23.606/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20-2-2003).

Título VIII - Da Extinção da Punibilidade

Extinção da punibilidade

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

— V. arts. 43, II, 58, 61, 62, 67, II e III, 131, III, 141, 581, VIII e IX, e 648, VII, do CPP.
— V. arts. 146, 187, 192 e 193 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).
— V. art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).
— V. art. 34 da Lei n. 9.249/95 (Imposto de Renda).

I — pela morte do agente;

— V. art. 62 do CPP.

II — pela anistia, graça ou indulto;

— V. arts. 21, XVII, 48, VIII, e 84, XII, da CF.
— V. art. 8º do ADCT.
— V. arts. 70, I, 128, 187 a 193 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).
— V. art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

— V. art. 2º, parágrafo único, do CP.

IV — pela prescrição, decadência ou perempção;

— V. art. 5º, XLII e XLIV, da CF.
— V. arts. 38, 43, II, 60, 409, parágrafo único, e 497, IX, do CPP.

V — pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos

crimes de ação privada;

— V. arts. 49 a 60 do CPP.

VI — pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII — (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005.*)

VIII — (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005.*)

— V. Súmula 18 do STJ.

IX — pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

— V. art. 58, parágrafo único, do CPP.

— V. arts. 8º e 39 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 A punibilidade e sua extinção

A pena não é elemento do crime, mas consequência deste. A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso podem ocorrer as chamadas causas extintivas, que impedem a aplicação ou execução da sanção respectiva. No entanto, não é a ação que se extingue, mas o *ius puniendi* do Estado. De observar que o crime, como fato, isto é, como ilícito penal, permanece gerando todos os demais efeitos civis e criminais, pois uma causa posterior não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço.

2 Causas extintivas da punibilidade

O atual elenco do art. 107 não é *numerus clausus*, uma vez que outras causas se encontram capituladas em outros dispositivos, como, por exemplo, o *perdão judicial* (arts. 121, § 5º; 129, § 8º; 180, § 3º; 181; 240, § 4º; e 348, § 2º, do CP etc.); a *restitutio in integrum* (art. 249, § 2º); as hipóteses do art. 7º, § 2º, *b* e *e*, do CP etc. Não se deve confundir, no entanto, causa extintiva de punibilidade com *escusa absolutória*, embora tenham efeitos semelhantes. Aquelas estão previstas na Parte Geral e estas na Parte Especial.

A seguir, definiremos, sucintamente, cada uma das causas elencadas no referido art. 107.

3 Morte do agente (I)

Com a morte do agente (indiciado, réu, condenado, reabilitando) cessa toda atividade destinada à punição do crime: processo penal em curso encerra-se, ou impede que ele seja iniciado, e a pena cominada ou em execução deixa de existir. Essa causa é uma decorrência natural do princípio da *personalidade da pena*, segundo o qual a pena criminal não pode passar da pessoa do criminoso: *mors omnia solvit*. Nem mesmo a pena de multa pode ser transmitida aos herdeiros.

3.1 Morte do agente e dano “ex delicto”

O princípio da personalidade da pena vige tão somente para as sanções criminais, pecuniárias ou não, sendo inaplicável às consequências civis do crime. O espólio do condenado responde pelos danos do crime, cuja obrigação se transmite aos seus herdeiros, até os limites da herança.

3.2 Falsa morte do agente

Há dois entendimentos: 1) O pressuposto da declaração de extinção da punibilidade é a morte do agente, e, como esta não ocorreu, a decisão não adquire força de coisa julgada (STF, *RTJ*, *93*:986 e *104*:1063). 2) O pressuposto é a certidão falsa e não a morte fictícia. A sentença faz coisa julgada formal e material, como qualquer decisão fundada em prova falsa. Em nossa opinião, dependerá da interpretação que se der sobre os limites da proibição constitucional do uso de prova ilícita.

4 Anistia, graça e indulto (II)

A *anistia*, já se disse, é o esquecimento jurídico do ilícito, e tem por objeto fatos (não pessoas) definidos como crimes, em regra políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns. A anistia pode ser concedida antes ou depois da condenação e, como o indulto, pode ser total ou parcial. A anistia extingue todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto de reincidência, permanecendo, contudo, a obrigação de indenizar.

A *graça* tem por objeto crimes comuns, e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente. A atual Constituição Federal, no entanto, não mais consagra a graça, como instituto autônomo, embora continue relacionada no Código Penal em vigor. A iniciativa do pedido de graça pode ser do próprio condenado, do Ministério Público, do Conselho

Penitenciário ou da autoridade administrativa (art. 188 da LEP).

O *indulto coletivo*, ou indulto propriamente dito, destina-se a um grupo indeterminado de condenados, e é delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada, além de outros requisitos que o diploma legal pode estabelecer.

4.1 Comutação de penas

Alguns doutrinadores chamam de "indulto parcial" a *comutação de pena*, que não extingue a punibilidade, diminuindo tão somente a quantidade de pena a cumprir.

4.2 Exclusão constitucional

São insuscetíveis de *graça* ou *anistia* a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, da CF e Lei n. 8.072/90).

4.3 Competência legislativa

A concessão de *anistia* é de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CF), independentemente da aceitação dos anistiados, e uma vez concedida não pode ser revogada, ao passo que a concessão de *graça* e *indulto* é prerrogativa do Chefe do Executivo, que, no entanto, poderá delegar a seus Ministros (art. 84, XII e parágrafo único, da CF).

5 "Abolitio criminis" (III)

Toda lei nova que *descriminalizar* o fato praticado pelo agente extingue o próprio crime e, consequentemente, se iniciado o processo, não prossegue; se condenado o réu, rescinde a sentença, não subsistindo nenhum efeito penal, nem mesmo a reincidência.

6 Prescrição, decadência e perempção (IV)

Prescrição — vide anotações aos arts. 109 a 118.

Decadência é a perda do direito de ação privada ou do direito de representação, em razão de não ter sido exercido dentro do prazo legalmente previsto. A decadência fulmina o direito de agir, atinge

diretamente o *ius persecuendi*. *Vide* anotações ao art. 103.

Perempção é a perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal privada, isto é, uma sanção jurídica aplicada ao *querelante* pela sua inércia, ou seja, pelo mau uso da faculdade que o Poder Público lhe concedeu de agir, privativamente, na persecução de determinados crimes. Na perempção, o querelante, que já iniciou a ação de exclusiva iniciativa privada, deixa de realizar atos necessários ao seu prosseguimento, deixando de movimentar o processo, levando à presunção de desistência (art. 60 do CPP).

7 Renúncia e perdão aceito (V)

Renúncia é a manifestação de desinteresse de exercer o direito de queixa, que só pode ocorrer em ação de exclusiva iniciativa privada, e somente antes de iniciá-la. *Perdão do ofendido* consiste na desistência do querelante de prosseguir na ação penal de exclusiva iniciativa privada. O perdão é ato bilateral e só se completa com sua aceitação pelo querelado. *Vide* anotações aos arts. 104 a 106.

8 Retratação do agente (VI)

Há hipóteses legais em que a retratação exime o réu de pena. Esses casos são os de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia. Pela retratação o agente reconsidera a afirmação anterior e, assim, procura impedir o dano que poderia resultar da sua falsidade. A *injúria* não admite retratação.

9 Casamento do agente com a vítima (VII)

A Lei n. 11.106/2005, com o declarado objetivo de homenagear a mulher brasileira, alterando dispositivos considerados discriminatórios na definição de alguns tipos penais no capítulo dos crimes contra os costumes, aproveitou para revogar alguns dispositivos do Código Penal, como o que definia o crime de adultério. Nessa linha, digamos, "honorária"**,** foi mais longe e aproveitou para revogar duas causas de extinção da punibilidade, esta, ora em exame (art. 107, VII), e a prevista no inciso VIII desse mesmo artigo, pela singela razão de se referirem aos mesmos crimes sexuais.

A revogação do inciso VII do art. 107, a nosso juízo, foi equivocada por duas razões fundamentais: a primeira, e mais importante, é que não encerra

nenhuma discriminação à mulher, que referido diploma legal pretendeu proteger, ao contrário daqueles dispositivos nos quais, acertadamente, foi suprimida ou alterada a locução “mulher honesta”; a segunda é que a previsão legal não tem o sentido de discriminar ou recomendar o casamento da vítima com seu ofensor, como parece ter entendido o legislador; ao contrário, pretendia apenas oportunizar — se sobrevier casamento entre ofensor e vítima — o afastamento de ação penal facilitando o êxito conjugal da nova relação que se inicia. Seria um contrassenso desejar felicidades aos nubentes que iniciam uma nova vida, separados por uma ação penal, com o risco de uma condenação, sem contar que, de regra, tais — excluídas as infrações praticadas com violência — eram de exclusiva iniciativa da ofendida. Essa solução — equivocada para essa hipótese (inciso VII) — parece-nos adequada para a causa seguinte (inciso VIII), isto é, quando o casamento da ofendida celebrar-se com outra pessoa que não seu ofensor. Contudo, a revogação dessas causas extintivas da punibilidade não tem efeito retroativo.

Na concepção da norma revogada, o casamento da vítima, com a consequente constituição da família, a livrava da desonra e reparava-lhe o mal causado pela conduta delituosa do agente. Ademais, como se tratava, de regra, de ação privada, a convolação de núpcias entre ofensor e vítima implicava o mais *completo perdão aceito*, além da reparação moral restabelecedora do *statu quo ante*. Contudo, com o advento da Lei n. 12.015/2009, esse efeito teria desaparecido, com a transformação da ação penal em pública condicionada, nos crimes contra a liberdade sexual ou contra vítima vulnerável.

9.1 Casamento para evitar pena criminal (art. 1.520 do CC)

Harmonizando-se com o texto anterior do Código Penal, o atual Código Civil, em seu art. 1.520, prevê que a idade núbil pode ser reduzida (“Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”), pelo juiz, quando se tratar de vítima de crime sexual. No entanto, como recorda Rogério Sanches Cunha, perdeu sentido referido dispositivo do Código Civil, que autorizava o juiz cível a reduzir a idade núbil da vítima para casar e evitar pena criminal. Com efeito, o casamento da vítima com o agente, apesar de não mais extinguir a punibilidade (por si só), continuava servindo como renúncia ou

perdão da vítima (basicamente, com a mesma consequência de extinção da punibilidade), considerando que antes da Lei n. 12.015/2009 a ação penal era de exclusiva iniciativa privada. Dito de outro modo, a previsão do art. 1.520 do Código Civil tornou-se absolutamente inócua, para fins penais, a partir da vigência da Lei n. 12.015/2009. Valerá somente para evitar a gravidez.

10 Casamento da vítima com terceiro (VIII)

Esse dispositivo foi *revogado* pela Lei n. 11.106/2005; contudo, como *não tem efeito retroativo*, continuará sendo aplicado nos fatos praticados antes de sua entrada em vigor, justificando-se a manutenção das considerações que lhe fizemos oportunamente.

Essa previsão tinha a finalidade de proteger a privacidade e a estrutura familiar da ofendida, já que a instauração ou o prosseguimento da ação penal poderiam causar males mais graves do que a *impunidade* do ofensor. A presente causa extintiva dependia da ocorrência simultânea de três condições: a) casamento da vítima com terceiro; b) ausência de violência real ou grave ameaça; c) inércia da vítima, por mais de sessenta dias, a contar da celebração do casamento.

Assim, essa causa tinha uma regra e duas exceções: o casamento da vítima com terceiro extinguia a punibilidade, porém, desde que os crimes não tivessem sido praticados com violência real ou grave ameaça, e que a ofendida, no prazo de sessenta dias, a contar da celebração do casamento, não tivesse pedido o prosseguimento da persecução penal.

11 Perdão judicial (IX)

Entendemos que se trata de um direito público subjetivo de liberdade do indivíduo, a partir do momento que preenche os requisitos legais.

Como dizia Frederico Marques, os benefícios são também direitos, pois o campo do *status libertatis* se vê ampliado por eles, de modo que, satisfeitos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los. Ademais, é inconcebível que uma causa extintiva de punibilidade fique relegada ao *puro arbítrio judicial*.

11.1 Alguns casos especiais de perdão judicial

No delito de injúria, a lei prevê o perdão judicial quando o ofendido, de

modo reprovável, a provocar diretamente, ou no caso de retorsão imediata; no homicídio e lesão corporal culposos, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Mesmo quando a lei possibilita o perdão judicial "conforme as circunstâncias" ou "tendo em consideração as circunstâncias" (arts. 176, parágrafo único, e l80, § 3º, do CP), prevê *requisito implícito*, qual seja, a *pequena ofensividade da conduta*, que, se estiver caracterizado, obrigará a concessão do perdão.

11.2 Natureza da sentença concessiva do perdão judicial

A reforma penal de 1984 incluiu-o entre as causas extintivas de punibilidade, e explicitou na Exposição de Motivos (n. 98) que a sentença que o concede não produz efeitos de sentença condenatória. O acerto da inclusão do perdão judicial no art. 107, IX, não se repetiu ao tentar reforçar no art. 120 a natureza da sentença concessiva, propiciando a sobrevivência do equivocado entendimento de que se trata de sentença condenatória, que somente livra o réu da pena e do pressuposto da reincidência.

A nosso juízo, referida sentença é, simplesmente, *extintiva da punibilidade*, sem qualquer efeito penal, principal ou secundário.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

a) *Morte*

"Morte do agente atestada pela certidão de óbito. A punibilidade da ação penal está extinta, com base no art. 107, I, do Código Penal" (TJRS, Apelação 70013210422, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 22-12-2005).

"Homicídio qualificado — Pedido de trancamento da ação penal e revogação da prisão preventiva — extinção da punibilidade pela morte do agente — Trânsito em julgado — certidão de óbito falsa — Inocorrência de ofensa à coisa julgada. Falsa a certidão, impõe-se a revogação da extinção da punibilidade decretada e a consequente retomada da ação penal, bem como, por óbvio, o recolhimento do acusado à prisão" (TJMG, HC 1.0000.03.400295-6/000(1), Rel. Edelberto Santiago, j. 30-9-2003).

"Decisão que extinguiu a punibilidade do réu pela morte. Equívoco. Retratação. Violação à coisa julgada. Inocorrência. 'O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada' (STF, HC 60.095/RJ, Rel. Min. Rafael Mayer)" (STJ, RHC 14.662/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 19-8-2003).

"Falecimento do acusado — Extinção da punibilidade. A morte do agente é causa de extinção da punibilidade, prevista no art. 107, I, do Código Penal. Assim, com a morte do acusado, resta prejudicado o presente conflito" (STJ, Conflito de Competência 20.737/SP,

Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 13-9-2000).

b) *Anistia, graça ou indulto*

“Indulto. Réu condenado por delito de tráfico não tem direito a indulto, crime excepcionado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Paraplegia anterior à condenação não beneficia o apenado. A doença grave que exija cuidados diários e permanentes não oferecidos pelo sistema carcerário, se comprovada oficialmente, poderá autorizar benefícios, mas não o indulto” (TJRS, Agravo em Execução 70018306787, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 8-2-2007).

“Apelante que portava uma arma de fogo, revólver Rossi cal. 38, municiado com 5 cartuchos, sem autorização. Impossibilidade de absolvição A materialidade, autoria e culpabilidade do apelante restaram sobejamente demonstradas pelo conjunto probatório carreado aos autos. A anistia decorrente do Estatuto do Desarmamento beneficia apenas os possuidores de arma de fogo, não sendo extensiva àqueles que portam arma de fogo em via pública” (TJRJ, Apelação 2006.050.05479, Rel. Gizelda Leitão Teixeira, j. 5-12-2006).

“Indulto coletivo. A concessão de indulto coletivo, por iniciativa do Presidente da República, independe de pronunciamento do Conselho Penitenciário” (STJ, AgRg no Ag 330.705/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 27-10-2005).

“A comutação da pena está alcançada pelo gênero *graça*, revelando-se verdadeiro indulto parcial. Consoante dispõe o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, os crimes definidos como hediondos não são alcançados pela graça, notando-se a vedação legal no inciso I do art. 2º da Lei n. 8.072/90” (STF, HC 85.921/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29-6-2005).

“A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do art. 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação” (STF, ADI-MC 2.795/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8-5-2003).

“Indulto. Fixadas exaustivamente as condições objetivas à obtenção do indulto, mostra-se indevida a inclusão de outros requisitos pela autoridade judiciária, sob pena de se substituir a quem detém os poderes de clemência, sem dispor de delegação para tanto” (STJ, HC 11.730/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 10-10-2000).

c) *Abolitio criminis*

“Crime do art. 12 § 2º, inciso III, da Lei n. 6.368/76. Não previsão pela nova Lei n. 11.343/2006 que reprime e define os crimes de entorpecente. *Abolitio criminis*. Extinção da punibilidade. A norma penal que embasou a condenação do apenado, qual seja, art. 12, § 2º, inciso III, da Lei n. 6.368/76, que tipificava a conduta daquele que contribuía de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, encontra-se expressamente revogada pela n. Lei 11.343/2006, que não criminalizou a conduta atribuída ao apenado” (TJRJ, Agravo 2007.076.01865, Rel. Ricardo Bustamante, j. 26-2-2008).

“Contravenção penal. Conduta de veículo sem habilitação. Fato posterior à Lei n. 9.503/97. *Abolitio criminis*. O ato voluntário de dirigir veículo automotor sem possuir a Carteira de Habilitação, antes definido como contravenção penal, recebeu novo tratamento jurídico

após a edição do novo Código Nacional de Trânsito. Ocorrido o fato depois da vigência da Lei n. 9.503/97 e não tendo a conduta do réu ocasionado efetivo perigo de dano, extinta estará a punibilidade pela *abolitio criminis"* (STJ, REsp 373.422/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 16-4-2002).

d) *Prescrição, decadência ou perempção*

"A r. sentença condenou o ora paciente à pena de 2 (dois) anos de reclusão, afora multa, a qual foi substituída por pena restritiva de direitos, consistente em pagamento de cestas básicas. O último pagamento de cesta básica registrado foi em 28-10-2003. Daí em diante não se registrou outra causa interruptiva da prescrição. Logo, pela pena *in concreto*, o lapso prescricional é de 4 (quatro) anos, reduzido pela metade em razão da menoridade do paciente ao tempo do crime. Portanto, *in casu*, extinta está a punibilidade pela prescrição da pretensão executória, *ex vi* arts. 107, inciso IV, 109, inciso V, 112, inciso II, e 115, todos do Código Penal" (STJ, HC 74.872/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"É de se declarar a extinção da punibilidade dos recorrentes pela prática em tese do crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva se entre a data do recebimento da denúncia (27-10-1993) e do julgamento do recurso de apelação interposto (17-4-2002) transcorreu prazo superior à 04 (quatro) anos, *ex vi* arts. 107, inciso IV, e 109, inciso V, ambos do Código Penal, tomando-se em consideração a pena abstratamente prevista para o crime em questão, haja vista a inexistência de qualquer marco interruptivo entre as datas apontadas" (STJ, REsp 949.982/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 27-9-2007).

"Perempção. A falta de oferta de alegações finais pelo querelante implica a perempção, na forma do art. 60, III, do CPP, cuja proclamação se impunha, independentemente de pedido da parte a quem aproveitaria. Declaração de extinção da punibilidade, com desconstituição da sentença, prejudicado o exame das questões vertidas no apelo" (TJRS, Apelação 70010018513, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 4-8-2005).

"Decadência. A ausência dos requisitos elencados no art. 44 do CPP é vício sanável durante o curso do prazo decadencial para o exercício do direito de queixa, que, uma vez decorrido, leva à extinção da punibilidade pela decadência (art. 107, IV, do CP)" (STJ, RHC 17.390/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14-6-2005).

"A perempção – perda do direito de ação motivada pela inércia processual do querelante, com a consequente extinção da punibilidade –, é instituto próprio da ação penal privada, não podendo ser invocada quando a persecução criminal é iniciada pelo Ministério Público, mediante representação, em virtude da prática de crime contra a honra de funcionário público no exercício de suas funções ou em razão delas" (STJ, HC 32.577/MT, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 5-8-2004).

e) *Renúncia ao direito de queixa*

"A questão não comporta mais controvérsia nas Cortes Superiores, que já pacificaram o entendimento de que o crime de lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) absorve o delito de direção sem habilitação (art. 309 do CTB), funcionando este como causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único, do CTB). Destarte, extinta a punibilidade do agente em face da expressa renúncia da vítima ao direito de representação pelo delito de lesão corporal, também fica extinta a punibilidade com relação ao crime de direção sem habilitação, menos grave, porquanto absorvido" (STJ, HC 25.082/SP, Rel. Laurita Vaz, j. 18-3-2004).

"Exercido o direito de renúncia pelo querelante em relação às condutas típicas descritas nos artigos 138 e 140, § 3º, ambos do Código Penal, resta caracterizada a extinção da punibilidade, a teor do art. 107, V, do Código Penal" (STJ, Apn 254/RJ, Rel. Min. Franciulli

Netto, j. 17-12-2003).

f) *Retratação do agente*

“Falso testemunho. Retratação. Coautoria. Extensão. A retratação no crime de falso testemunho, por deixar de produzir seus efeitos, devolvendo a verdade sobre fatos juridicamente relevantes, antes da sentença, comunica-se igualmente ao coautor que orientou, induziu ou instigou a testemunha a mentir em juízo. Declarada extinta a punibilidade em relação ao corréu” (TJRS, Apelação 70012245981, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 27-10-2005).

“Falso testemunho. Retratação. A retratação do agente de crime de falso testemunho, antes da sentença final, extingue a punibilidade” (TJRS, Apelação 70006528145, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 14-8-2003).

g) *Perdão judicial*

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

“Pretensão defensiva objetivando o reconhecimento do perdão judicial. Descabimento. Evidenciada, nos autos, a conduta culposa do agente, que conduzia o veículo com imprudência, imprimindo velocidade excessiva, ao percorrer trecho de estrada em declive, estando a pista molhada. Restou comprovado que no momento do acidente a visibilidade era quase nula, circunstância que fez com que a caminhonete quebrasse uma mureta e descesse ribanceira abaixo, provocando a morte de seu irmão. O benefício almejado não deve ser concedido, indiscriminadamente, em todos os casos de crimes culposos em que a vítima seja parente próximo do condutor, ainda mais quando configurado um dos elementos da culpa. Caracterizada a violação do dever de cuidado” (TJRJ, Apelação 2005.050.05211, Rel. Adílson Vieira Macabu, j. 12-9-2006).

“Acidente automobilístico – Perdão judicial – Morte do irmão e amigo do réu — Concessão – Benefício que aproveita a todos. Sendo o perdão judicial uma das causas de extinção de punibilidade (art.107, inciso IX, do CP), se analisado conjuntamente com o art. 51, do Código de Processo Penal (‘o perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos...’), deduz-se que o benefício deve ser aplicado a todos os efeitos causados por uma única ação delitiva. O que é reforçado pela interpretação do art. 70, do Código Penal Brasileiro, ao tratar do concurso formal, que determina a unificação das penas, quando o agente, mediante uma única ação, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Considerando-se, ainda, que o instituto do Perdão Judicial é admitido toda vez que as consequências do fato afetem o respectivo autor, de forma tão grave que a aplicação da pena não teria sentido, injustificável se torna sua cisão. Precedentes. Ordem concedida para que seja estendido o perdão judicial em relação à vítima R.A.M., amigo do paciente, declarando-se extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do CP” (STJ, HC 21.442/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 7-11-2002).

h) *Crimes Tributários*

“Efetivado o parcelamento no curso da instrução criminal ou antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, suspende-se o processo e a prescrição até o pagamento integral do débito. Cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade; caso contrário, prossegue-se com a ação penal. Incabível a declaração de extinção da punibilidade, sob a afirmação de simples inclusão no REFIS” (TRF-3ª Região, HC 2006.03.00.080449-6, Rel. Luiz Stefanini, j. 28-8-2007).

Apropriação indébita previdenciária. Extinção da punibilidade. O pagamento integral dos débitos provenientes da falta de recolhimento dos tributos ou contribuições sociais, a teor do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, extingue a punibilidade dos crimes tipificados nos

artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, 168-A e 337-A do Código Penal" (STJ, RHC 17.367/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 17-11-2005).

"Crime contra a ordem tributária. A Terceira Seção desta Egrégia Corte, no julgado proferido no RHC 11.598/SC, firmou entendimento no sentido de que a causa de extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.429/95, está configurada mesmo que o pagamento tenha sido efetuado de forma parcelada, desde que antes do recebimento da denúncia. Precedentes" (STJ, REsp 685.315/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22-3-2005).

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.

— V. arts. 101, 117, parágrafo único, 118 e 121, § 2º, V, do CP.

— V. arts. 61 e 76 a 82 do CPP.

D O U T R I N A

1 Alcance das causas extintivas de punibilidade

A extinção da punibilidade é individual, para cada crime. Por isso, a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante não se estende a este. Por exemplo, no crime de dano qualificado pela lesão corporal, a eventual prescrição desta não afasta a qualificadora daquele.

2 A incomunicabilidade nos crimes conexos

A extinção da punibilidade de um dos crimes não impede, quanto aos outros, a agravação resultante da conexão. Exemplo: no homicídio qualificado, por ter sido praticado para ocultar outro crime, a prescrição deste não afasta a qualificadora daquele.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A extinção da punibilidade dos crimes em testilha não se estende aos eventuais delitos a eles conexos ou dos quais são pressupostos ou elementos constitutivos, não havendo óbice às devidas apurações e persecuções penais, nos exatos termos do art. 108 do Código Penal" (TRF 3ª Região, RESE 2001.61.81.006673-1, Rel. Fausto de Sanctis, j. 4-

11-2003).

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

— V. art. 5º, XLII e XLIV, da CF.

I — em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II — em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III — em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV — em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V — em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI — em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

D O U T R I N A

1 Limitação do poder punitivo

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração *a gravidade da conduta delituosa e da*

sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.

2 Definição de prescrição

Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas *causas modificadoras*, prescreve o direito estatal à punição do infrator. Assim, pode-se definir prescrição como "a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado".

A prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP).

3 Retrocesso da Constituição "cidadã"

Contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a *prescritibilidade* de todos os ilícitos penais, a Constituição brasileira de 1988 declara que são *imprescritíveis* "a prática do racismo" e "a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (art. 5º, XLII e XLIV).

4 Natureza jurídica da prescrição

Para alguns autores, a prescrição é instituto de direito material; para outros, é de direito processual. Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do seu início.

5 Natureza publicística da prescrição

A prescrição é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado. Constitui preliminar de mérito: ocorrida a prescrição, o juiz não poderá enfrentar o mérito, devendo, de plano, declarar a prescrição, em qualquer fase do processo.

6 "Ius puniendi" e "ius punitionis"

Com a prática do crime, o direito *abstrato* de punir do Estado *concretiza-se*, originando-se o direito estatal de punir. Assim, praticado o crime e antes

de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da *pretensão punitiva*. Com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitionis*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória.

6.1 Distinção entre “ius puniendi” e “ius punitionis”

Da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitionis* decorre a classificação da prescrição em *prescrição da pretensão punitiva*, impropriamente denominada prescrição da ação penal, e *prescrição da pretensão executória*, também chamada de prescrição da pena.

7 Prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado, e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido.

7.1 Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva

O lapso prescricional começa a correr a partir da data da consumação do crime ou do dia em que cessou a atividade criminosa (art. 111), apresentando, contudo, causas que o *suspendem* (art. 116) ou o *interrompem* (art. 117).

7.2 Modalidades de prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição abstrata, prescrição retroativa e prescrição intercorrente, que a seguir serão analisadas.

7.2.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata

Denomina-se *prescrição abstrata* porque ainda não existe *pena concretizada* na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso prescricional.

7.2.2 Parâmetro regulador da prescrição abstrata

O prazo da prescrição abstrata regula-se pela pena *cominada* ao delito, isto é, pelo máximo da pena privativa de liberdade *abstratamente* prevista para o crime, segundo a tabela do art. 109 do CP. Assim, por exemplo, a

pretensão estatal prescreve em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze (art. 109, I), ou em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um (art. 109, VI).

7.2.3 Como encontrar o prazo prescricional abstrato

Para encontrá-lo, devem-se tomar as seguintes providências:

a) *deve-se observar o máximo de pena privativa de liberdade cominado à infração penal* — considera-se o limite máximo cominado ao delito, porque será o limite que poderá atingir a pena que for concretizada na sentença;

b) *verificar, no art. 109 do CP, o prazo prescricional correspondente àquele limite de pena cominada (prazo preliminar)* — este prazo é *básico ou preliminar*, porque poderá sofrer a incidência de *majorantes* ou *minorantes* de aplicação obrigatória, bem como *menoridade* ou *velhice*, que, naturalmente, alterarão seu limite;

c) *verificar se há alguma das causas modificadoras desse prazo — 1) majorantes ou minorantes obrigatórias, exceto as referentes ao concurso formal próprio e ao crime continuado* — deve-se considerar a eventual existência de *causas modificadoras da pena*, quais sejam, as majorantes ou minorantes, excluindo-se, evidentemente, as agravantes e atenuantes. Em se tratando de majorante deve-se considerar o fator que mais aumente, e, em se tratando de minorante, o fator que menos diminua a pena; *2) menoridade ou velhice (art. 115)* — se o agente era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta, o prazo prescricional reduzir-se-á pela metade. Com a incidência dessas *causas modificadoras* sobre o máximo da pena cominada, encontrar-se-á o prazo prescricional definitivo.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

• *Súmula 338 do STJ:* "A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas".

"A pena de multa e prestação pecuniária, modalidade de pena restritiva de direitos, possuem naturezas jurídicas distintas. As penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que elas substituíram" (STJ, HC 74.872/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"A prescrição, antes da sentença condenatória, conta-se pelo máximo da pena privativa de liberdade, computando-se, aí, também, o aumento pela eventual majorante específica (Precedentes)" (STJ, HC 61.371/BA, Rel. Min. Félix Fischer, j. 5-12-2006).

“Calúnia, Injúria e Difamação. Transcorridos mais de quatro anos entre a data dos fatos narrados na exordial, ausente qualquer causa interruptiva, prescrita está a pretensão punitiva relativamente aos crimes de injúria e difamação, a teor do art. 109, V, do Código Penal. Quanto ao crime de calúnia, impõe-se o recebimento da denúncia, não se exigindo, nesta fase processual, comprovação induvidosa da existência da infração” (STJ, REsp 706.573/CE, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-8-2006).

“As penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que elas substituíram. Se a pena privativa de liberdade é de 2 (dois) anos de reclusão, tendo ocorrido o trânsito em julgado para a acusação, há que se declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, visto que entre os marcos interruptivos transcorreu lapso temporal maior que quatro anos (arts. 107, inciso IV, 109, inciso V, e 110, § 1º, do CP)” (STJ, HC 48.972/SE, Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-6-2006).

“De acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto. É imprópria a decisão que extingue a punibilidade com base em pena em perspectiva. Precedentes” (STJ, REsp 817.505/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20-4-2006).

“Está prescrita a pretensão punitiva do Estado quando houver transcorrido tempo superior ao prazo prescricional; considerando-se, para tanto, a data da consumação do crime, a pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal, a idade avançada do acusado, à míngua de outro marco interruptivo da prescrição” (TRF-3ª Região, RESE 2001.61.81.001153-5, Rel. André Nekatschalow, j. 7-6-2004).

“Transcorrido o prazo quadrienal previsto no art. 109, inc. V, do CP, entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, levando-se em conta a pena concretamente aplicada a cada crime de forma isolada, por se tratar de concurso material, declara-se a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa” (STJ, HC 11.991/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-6-2000).

“Na prescrição pela pena *in abstractu*, a exacerbação correspondente à forma qualificada eleva o máximo legal e deve ser considerada” (STJ, RHC 8.973/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, j. 2-3-2000).

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

— V. arts. 63 e 64 do CP.

— V. art. 336, parágrafo único, do CPP.

— V. Súmula 604 do STF.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese,

ter por termo inicial data anterior à denúncia ou queixa.

— V. Súmula 146 do STF.

— V. Súmula 186 do TFR.

§ 2º (revogado).

— V. art. 394 do CPP.

D O U T R I N A

1 Três modalidades de prescrição

Este dispositivo contém três modalidades de prescrição: 1ª) o *caput* disciplina a *prescrição da pretensão executória*; 2ª) o § 1º disciplina a *prescrição superveniente* ou *intercorrente*; 3ª) a conjugação dos dois parágrafos disciplina a *prescrição retroativa*. Essas três modalidades de prescrição levam em consideração a pena concretizada na condenação.

2 Prescrição da pretensão executória

A prescrição da pretensão executória só poderá ocorrer depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regulando-se pela pena concretizada (art. 110), e verificando-se nos mesmos prazos fixados no art. 109. O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação.

2.1 Efeitos da prescrição da pretensão executória

Os *efeitos* dessa prescrição limitam-se à *extinção da pena*, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais.

2.2 Pressupostos da prescrição da pretensão executória

O lapso prescricional da pretensão executória depende de: a) *inocorrência de prescrição da pretensão punitiva, seja abstrata, retroativa ou intercorrente*; b) *sentença condenatória irrecorrível*; c) *não satisfação da pretensão executória estatal*.

2.3 Como encontrar o prazo prescricional

a) *Tomar a pena privativa de liberdade imposta na sentença*

condenatória — 1) na hipótese de *fuga* ou de *revogação de livramento condicional*, tomar-se-á o *restante de pena* a cumprir, para a obtenção do prazo prescricional (art. 113 do CP); 2) no caso de concurso formal e de crime continuado, deverá, também, ser desprezado o *quantum* de majoração a eles pertinente.

b) *Verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 do CP).*

c) *Analisar a existência de "causas modificadoras" do lapso prescricional* — 1) reincidência, reconhecida na sentença: eleva em um terço o prazo prescricional; 2) art. 115 do CP: reduz pela metade o lapso prescricional.

3 Prescrição da pretensão punitiva retroativa

A *prescrição retroativa* leva em consideração a pena aplicada, *in concreto*, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição *in abstrato*, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito. A prescrição retroativa (igualmente à intercorrente), como subespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109.

3.1 Marco da prescrição retroativa

A *prescrição retroativa* era considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória (art. 110, § 2º, do CP). Esse parágrafo segundo foi revogado pela Lei n. 12.234/2010, como veremos logo adiante. Nada impede que a prescrição retroativa ocorra entre a consumação do fato e o acórdão condenatório de segundo grau, tendo havido sentença absolutória. A pronúncia, nos crimes contra a vida, também cria um novo marco interruptivo para a prescrição retroativa.

3.2 Pressupostos da prescrição retroativa

O lapso prescricional retroativo depende de: a) inocorrência da prescrição abstrata; b) sentença penal condenatória; c) trânsito em julgado para a *acusação* ou improvimento de seu recurso.

3.3 Como encontrar o prazo prescricional

Para encontrar o prazo prescricional, na modalidade retroativa, devem-se

adotar as seguintes providências:

a) *tomar a pena concretizada na sentença condenatória* — dever-se-á computar toda a pena aplicada, com exceção da majoração decorrente do concurso formal próprio e do crime continuado. A detração somente é aproveitada para a execução da pena, ou para a prescrição da pretensão executória;

b) *verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 do CP)*;

c) *analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade é a do art. 115.*

3.4 Prescrição retroativa hipotética

Não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa *pena hipotética*. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em hipotética pena concretizada, encerra uma *presunção de condenação*, consequentemente de *culpa*, violando os princípios constitucionais da *presunção de inocência* e do *devido processo legal* (art. 5º, LVII, da CF).

4 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou subsequente

A prescrição intercorrente também leva em consideração a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória; poder-se-ia dizer, trata-se de uma subespécie da prescrição retroativa.

As prescrições *retroativa* e *intercorrente* assemelham-se, com a diferença de que a retroativa se volta para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, em regra, e a intercorrente se dirige para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível. Na verdade, a própria prescrição intercorrente tem caráter retroativo, pois, quando de seu reconhecimento volta-se para o passado até a decisão condenatória, que é seu marco inicial.

4.1 Marco temporal da prescrição intercorrente

O prazo da prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente,

começa a correr a partir da sentença condenatória, até o trânsito em julgado para acusação e defesa.

4.2 Pressupostos da prescrição intercorrente

O lapso prescricional intercorrente depende de: a) *inocorrência de prescrição abstrata e de prescrição retroativa;* b) *sentença condenatória;* c) *trânsito em julgado para acusação ou improvimento de seu recurso*.

4.3 Como encontrar o prazo prescricional

Para encontrar o prazo prescricional, na modalidade intercorrente, devem-se adotar as seguintes providências: a) *tomar a pena concretizada na sentença condenatória* — dever-se-á computar toda a pena aplicada, com exceção da majoração decorrente do concurso formal próprio e do crime continuado. A *detração* somente é aproveitada para a execução da pena, ou para a prescrição da pretensão executória; b) *verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109 do CP)*; c) *analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade é a do art. 115*.

5 Supressão de parcela da prescrição retroativa: inconstitucionalidade manifesta

5.1 A prescritibilidade das infrações penais, com duas exceções

A regra geral na Constituição Federal é da *prescritibilidade* das infrações penais, excluindo expressamente apenas as hipóteses constantes dos incisos XLII e XLIV de seu art. 5º. Em outros termos, considerou *imprescritíveis* somente o **racismo** (Lei n. 7.716/89) e **os crimes decorrentes da ação de grupos armados**, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (Leis n. 7.170/83 e 9.034/95). Os prazos, contudo, em que essa prescrição pode configurar-se é objeto da legislação infraconstitucional, que pode legislar sobre prescrição, desde que — **além de respeitar a garantia da duração razoável do processo** — não a suprima ou não a exclua, ainda que parcialmente, tornando inócua ou contraditória sua regulamentação, como ocorre com a previsão trazida pela Lei n. 12.234/2010.

Embora a Lei n. 12.234/2010 não tenha suprimido o instituto da

prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a *prescrição retroativa* em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da *proporcionalidade* e da *duração razoável do processo*. A violação aos direitos fundamentais do cidadão — limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os —, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que porventura possam ser atingidos.

5.2 Oficializado o engavetamento de investigações preliminares

A Lei n. 12.234/2010, surpreendentemente, estabelece novas regras para a *prescrição da pretensão punitiva*, particularmente em sua modalidade *retroativa*. Com alterações nos arts. 109 e 110 do Código Penal, o novo diploma legal altera limites da *prescrição propriamente dita* e suprime parcela da *prescrição retroativa*. Ambas permitiam reconhecer a prescrição desde o seu nascedouro, isto é, inclusive entre a prática do fato e o recebimento da denúncia. Pois a Lei n. 12.234/2010 proibiu o reconhecimento dessa prescrição entre a prática do fato delituoso e o recebimento da denúncia, permitindo, dessa forma, que polícia e Ministério Público possam retardar, impunemente, as investigações criminais, bem como o início da ação penal em até vinte anos. Indaga-se, afinal, por que a pena concreta fixada pelo magistrado pode retroagir para o cálculo da prescrição entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, mas não entre a prática do fato e a admissão da denúncia ou queixa? Qual o fundamento lógico, jurídico ou político para essa restrição normativa? Qual seria o elemento relevante que justificaria esse tratamento diferenciado ao mesmo instituto em situações ontologicamente iguais? Não há respostas lógicas, coerentes, jurídicas ou políticas para essas indagações, eis que o disposto nos arts. 2º e 4º da Lei n. 12.234/2010 afronta o bom senso, a equidade, a isonomia, a proporcionalidade, a razoabilidade e a própria culpabilidade. Indiscutivelmente, trata-se de meio inadequado para combater a invocada impunidade, a despeito de representar uma forma eloquente de o Estado reconhecer a sua incompetência e o seu despreparo para combatê-la.

5.3 Ausência de parâmetros para a prescrição “in concreto”

A regência inicial baseada na prescrição *in abstracto*, isto é, com base na pena máxima cominada, deve-se exclusivamente à inexistência de

elementos para a individualização da pena, *in concreto*, que demanda a existência do *devido processo legal*. Encontrada a pena aplicável, evidentemente, será ela o parâmetro para o exame da incidência da prescrição em todo o seu percurso, sendo vedada a supressão de qualquer de suas fases, antes ou depois do recebimento da denúncia. Aliás, essa é a pena *justa* de que falava Von Liszt, qual seja, a pena *necessária* e *suficiente* para a prevenção e repressão do crime, individualizada nos termos do art. 59 e seguintes do Código Penal brasileiro.

O objetivo da prescrição pela pena *in concreto* é compatibilizar a extinção da punibilidade com o grau de culpabilidade do autor e, por consequência, de reprovabilidade do comportamento do agente, devidamente reconhecido em sentença.

Em outros termos, a *prescrição retroativa* é um corolário dos princípios da personalidade e da individualização da pena, além de demonstrar, *in concreto*, que é exatamente a sanção merecida desde o momento em que se consumou o fato delituoso (e não aquela abstratamente prevista na norma incriminadora, que apenas tem a função de estabelecer os limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o magistrado deverá dosar a pena aplicável ao caso concreto).

5.4 Irrazoável demora do processo: fere a dignidade da pessoa humana

Trata-se de odioso e *equivocado retrocesso* imposto pelo legislador infraconstitucional com esse diploma legal, afrontando, além dos princípios da *proporcionalidade* (proibição de excesso) e da *própria culpabilidade*, a garantia constitucional da *razoável duração do processo*. A irrazoável demora da investigação, do processo, enfim, da *persecutio criminis* atinge diretamente a dignidade da pessoa humana (que não pode ficar *ad eternum* sob suspeita ou investigação estatal).

Com efeito, a aplicação da pena depois de decorrido um longo período de tempo encontrará, com certeza, um acusado completamente modificado, distante, diferente daquele que praticou a infração penal, é como se fosse outro homem que estaria sendo julgado e não aquele que cometeu a infração penal.

Não se pode olvidar que em um Estado Constitucional Democrático de Direito a lei penal não vige somente para punir o infrator, mas igualmente para proteger o cidadão contra os abusos frequentemente praticados pelo

Estado, constituindo uma espécie de Carta Magna do cidadão investigado, contra os abusos do poder repressivo estatal.

6 Supressão de parcela do lapso prescricional e violação do princípio da proporcionalidade

Qual seria o fundamento lógico, jurídico ou político para que o tempo de prescrição contado após o recebimento da denúncia seja diferente daquele contado antes deste fato? Haveria algum fundamento de outra natureza, dentro da razoabilidade? No sistema penal brasileiro os prazos prescricionais estão diretamente vinculados à duração das penas, nos termos contidos no art. 109 de nosso Código Penal. Dito de outra forma, a extensão do prazo prescricional está diretamente relacionada à gravidade da pena tanto daquela cominada (art. 109) quanto a que for concretizada na decisão condenatória (art. 110). Comprova-se aqui, claramente, a adoção do *princípio da proporcionalidade*, ou seja, a pena mais grave corresponde ao lapso prescricional mais extenso; a pena menos grave corresponde a prescrição em menor prazo.

A prescrição *in abstracto* trabalha com uma pena hipotética, ante a ausência de uma pena real, que só poderá existir, isto é, somente se concretizará em futura decisão condenatória, quando surgirá a verdadeira pena, não somente a pena legal, mas a pena justa. A prescrição abstrata desconsidera a individualização da pena e a culpabilidade de cada um, pairando apenas como limite máximo, ante a ausência da pena individualizada, e cederá somente quando esta passar a existir, sem possibilidade de ser elevada (com trânsito em julgado para a acusação). Constata-se que na hipótese da prescrição abstrata não existe *proporção* entre culpabilidade, pena e prescrição real, trinômio que somente aparecerá quando for a pena individualizada em decisão condenatória; embora exista proporcionalidade, é verdade, entre os lapsos prescricionais e a gravidade das sanções cominadas (*in abstracto*), como destacamos acima, ainda que sobre uma pena hipotética.

Enfim, concretizada a condenação, desaparece a razão de ser da *pena hipotética*, que perde sua função indicadora dos limites, mínimo e máximo, dentro dos quais o juiz deve dosar a pena final. Consequentemente, a prescrição com base na pena abstrata, isto é, hipotética, deixa de produzir qualquer efeito sobre o condenado, cujo lapso prescricional passará a ser

medido pela pena real, que é sua pena individualizada, após o trânsito em julgado para a acusação.

6.1 A culpabilidade é a medida da pena e esta a medida da prescrição

Não se pode esquecer que a culpabilidade é a medida da pena, a qual não pode ir além desse limite. Dessa forma, deve-se reconhecer que a culpabilidade *repercute* diretamente na pena e indiretamente na prescrição.

Nesse sentido, por sua pertinência, invocamos a conclusão de Herman Herschander (HERSCHANDER, Herman. Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa a individualização do prazo prescricional, in *Boletim do IBCCrim*, ano 18, n. 212, julho de 2010, p. 7), *in verbis*: "Há, portanto, no direito penal vigente, uma busca de proporcionalidade entre culpabilidade, pena e prescrição. A culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição". Consequentemente, dessa inafastável correlação entre *culpabilidade, pena e prescrição* pode-se concluir que, assim como a Constituição assegura *expressamente*, como garantia fundamental, a individualização da pena, *implicitamente*, está impondo a individualização da prescrição, que se configura com a prescrição pela pena *in concreto*. Portanto, a prescrição, necessariamente, deve guardar *proporção* com a pena aplicada (individualizada); logo, a supressão do lapso prescricional entre o fato e o recebimento da denúncia viola os princípios da proporcionalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da própria prescrição.

Postas essas considerações, deve-se concluir que, inevitavelmente, a Lei n. 12.234 — ao suprimir o tempo decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia — afronta o *princípio da proporcionalidade*, em seu trinômio **adequação** (o ato surtirá o fim pretendido, com eficiência e eficácia?), **necessidade** (há outro meio menos lesivo de se atingir esse fim além do proposto, com a mesma eficácia, ainda que com menos eficiência?) e **proporcionalidade em sentido estrito** (é compatível o benefício colhido com a lesão causada?), conforme demonstraremos adiante.

6.2 Evolução e abrangência do princípio da proporcionalidade

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos idos de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a

gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada (“a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” — art. 15). No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV), determinação de penas alternativas para as *infrações de menor potencial ofensivo* etc.

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado — em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça — resulta *vinculado* em relação aos *fins eleitos* para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre *vinculada axiomaticamente* pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não apenas como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada.

6.3 Abrangência do princípio da proporcionalidade: os três Poderes

O campo de abrangência, e, por que não dizer, de influência do *princípio da proporcionalidade*, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer leis *ad hoc*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*.

Segundo o magistério do Ministro Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 47), “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip*; *Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”.

Registre-se, por oportuno, que o *princípio da proporcionalidade* aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o *legislador,* a administração e o Judiciário. O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*, como estamos demonstrando. O *Poder Público não pode agir com excesso, especialmente em matéria criminal, considerando-se que toda atividade estatal é regida pelo princípio da razoabilidade. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade viabiliza o controle de sua razoabilidade, que inclui, inclusive, a fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.* Assim, *a razoabilidade exerce função controladora* na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

6.4 Excessos do Parlamento: controle jurisdicional de constitucionalidade

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não evitá-los, pelo menos, reduzi-los a níveis toleráveis: a única possibilidade em um Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do *controle de constitucionalidade* exercido pelo Poder Judiciário. “A função jurisdicional nesse controle — adverte o doutrinador argentino Guillermo Yacobucci — pondera se a decisão política ou jurisdicional em

matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente *pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular*" (YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los princípios penales*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 339). O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação "custo-benefício" para o cidadão e para a própria ordem jurídica.

Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, *pela adequação* espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos. Nessa linha, destaca Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 50), a modo de conclusão: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou *relevância* no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* — e completa Gilmar Mendes — de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)".

7 Violação da garantia constitucional da duração razoável do processo

A organização política e jurídica de todas as nações independentes confere ao Estado as condições, os meios e toda a estrutura necessária para desenvolver a persecução penal em **prazo razoável**, nos moldes assegurados não apenas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como também pela nossa Carta Maior (art. 5º, LXXVIII). Não se pode ignorar que a excessiva demora (além do prazo razoável) da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente à **inoperância do Estado** que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em *tempo razoável*. O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair

sobre os ombros do cidadão acusado. Aliás, nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem recomendado uma releitura do tempo do processo, que não pode ser confundido com o tempo absoluto e objetivo, devendo relacionar-se à subjetividade individual do acusado, que não se interrompe e nem se suspende em momento algum. Beccaria, a seu tempo, já afirmava que mais que a gravidade ou extensão da pena, é a celeridade processual que pode produzir os melhores efeitos sobre o acusado.

Vários organismos internacionais têm se preocupado com a *razoabilidade* do prazo processual, reconhecendo que o seu alongamento desmesurado ofende, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a **Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950)**, assegurou o direito à duração razoável do processo, prevendo em seu art. 6º, n. 1, o seguinte: "*Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de* **um tempo razoável**, *perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada*". Na mesma linha, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)**, estabelece em seu art. 7º, n. 5: "*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e* ***tem o direito de ser julgada em prazo razoável*** *ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo*".

7.1 Efeitos criminógenos do processo e a dignidade humana

O processo penal, mesmo considerado como instrumento de garantia de direitos fundamentais, pode significar um grave prejuízo ao acusado, especialmente quando se alonga além do prazo razoável, na medida em que denigre, macula e enxovalha a honra e a dignidade do cidadão processado. A despeito da presunção constitucional de *não culpabilidade*, aos olhos da sociedade, o processado é um malfeitor, desonrado e infrator que merece ser castigado. Dito de outra forma, na concepção da opinião pública, o "investigado" é presumidamente culpado, exatamente o contrário da presunção constitucional. Ademais, não raro, a persecução penal pode ensejar várias limitações aos direitos individuais, tais como, ônus de comparecer aos atos processuais, sob pena de condução, dever de comunicar ao juiz a mudança de endereço, restrição à sua locomoção, anotação da distribuição da ação penal, indisponibilidade de seus bens,

mesmo os não relacionados com a suposta infração penal (sem se falar em frequentes e desnecessárias prisões cautelares) etc.

Para quem é processado criminalmente, o tempo arrasta-se letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, transformando-se em pena por excelência, tão ou mais angustiante que a própria pena privativa de liberdade.

Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não é apenas um instrumento destinado apenas à efetivação do poder de punir, mas também meio de garantia contra os excessos do poder repressivo estatal. A nova ordem democrática procura conter a natural ânsia de exasperação punitiva do poder constituído, exigindo que o processo não se conduza somente com objetivo repressor, mas que se transforme também em instrumento de garantia do indivíduo perante o Estado. Na realidade, é inadmissível que se interprete restritivamente o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, como, desafortunadamente, vem fazendo, majoritariamente, a jurisprudência brasileira, ou seja, limitando-se a relaxar a prisão cautelar quando eventualmente existente. Dessa forma, a demora excessivamente injustificada em solucionar os casos penais impõe que o Estado, por inoperância, incompetência ou inaptidão "abra mão" de seu poder de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do acusado ou investigado a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia enquanto se desenrola o processo.

7.2 Lapso prescricional como marco do prazo razoável: arts. 109 e 110

Embora os textos jurídicos não o digam expressamente, o processo penal, regra geral, tem um *marco temporal*, além do qual não pode subsistir, por ultrapassar o *prazo razoável* assegurado na Constituição Federal. Esse marco, que é individualizado pela gravidade da infração penal objeto da persecução penal e da sanção correspondente, abstratamente considerada, encontra-se inserto no art. 109 do Código Penal. Concretamente, esse lapso temporal adequa-se — na ausência de outra previsão infraconstitucional — às determinações constantes dos arts. 110 (pena concretizada) e 117 (causas interruptivas), ambos do mesmo diploma penal material.

Aliás, ao contrário do que geralmente ocorre, com a **definição do prazo razoável**, em termos de prescrição dispõe-se claramente de dados objetivos para a definição do que seja a **duração razoável** para o exercício da

persecução penal. Esses dados (marcos temporais), repetindo, estão contidos no art. 109 combinado com o art. 110. Em outros termos, referidos *lapsos temporais* enunciados nesses dispositivos representam o **tempo razoável** considerado pelo legislador para início e conclusão da *persecutio criminis* (não confundir com o prazo regular para a instrução criminal — hipótese de réu preso), antes de 81 dias, agora, após a reforma processual, em torno de 100 dias, segundo a doutrina especializada). Assim, o **tempo razoável** oscilará segundo a gravidade da infração penal, v. g., vinte anos, o prazo mais elástico, para os crimes mais graves (art. 109, I), e dois anos, o prazo mais exíguo, para as pequenas infrações (arts. 114, I e 109, VI — este limite foi elevado para três anos pela Lei n. 12.234/2010).

7.3 A multiplicação dos prazos prescricionais: causas interruptivas

Esses prazos, por si mesmos longos, são consideravelmente ampliados pelas causas interruptivas constantes do art. 117 e seus incisos, na medida em que reiniciam sua contagem desde o início. Interrompida a prescrição, volta a correr novamente, por inteiro. Em outras palavras, o prazo prescricional, pela pena *in concreto*, pode ocorrer várias vezes, no mesmo processo, desde que incompleto. Significa reconhecer que não há prazo fixo para o término ou duração do processo penal, variando segundo o caso concreto, nos limites, logicamente, estabelecidos pelo disposto nos arts. 109 e 110 do Código Penal, e, agora, sob a garantia constitucional, de não poder ultrapassar sua *duração razoável*. Evidentemente, na ótica do legislador, nos dispositivos que acabamos de referir, está identificado o lapso temporal que é considerado **prazo razoável** (atualmente reconhecido como garantia constitucional), dentro do qual o Estado pode e deve exercer a ***persecutio criminis***.

7.4 Carta branca às autoridades repressoras: violação do prazo razoável

Como suprimir parte do lapso prescricional — entre o fato e o recebimento da denúncia —, para o fim de excluí-lo, pura e simplesmente, da garantia constitucional definida como duração razoável do processo? Teria legitimidade o legislador infraconstitucional para excluir lapsos temporais do cômputo do prazo razoável, quiçá, tornando inócua sua

garantia constitucional? Quais seriam os limites para essa suposta liberalidade?

Com efeito, excluir o tempo anterior ao recebimento da denúncia significa dar *carta branca* às autoridades repressoras — desrespeitando a garantia da duração razoável do processo — para "engavetarem" os procedimentos investigatórios, perenizá-los, usá-los quando bem entenderem, como "moeda de troca", instrumentos de corrupção, de chantagem, pairando, ilegitimamente, como espada de Dámocles, que a qualquer momento pode recair sobre a cabeça do investigado/processado.

Não se pode ignorar, por outro lado, os naturais efeitos estigmatizantes do processo penal, cujo alongamento funciona como uma verdadeira pena, sem julgamento, sem condenação e sem individualização. Destaque-se, nessa linha, a eloquente manifestação de Ferrajoli: "*é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena — quase sempre leve ou não aplicada —, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena, mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão*" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 588).

7.5. A Lei n. 12.234/2010 viola o princípio da duração razoável do processo

Pode-se concluir que o tempo é essencialmente corolário do poder punitivo, especialmente quando submete o cidadão a um processo penal, que se mostra abusivo quando ultrapassa o **prazo razoável.** Um processo que perdura por tempo superior aos marcos estabelecidos nos arts. 109 e 110 do CP, ou seja, além do *prazo razoável garantido* pela nossa Carta Política, sem perspectiva de conclusão final viola flagrantemente a garantia da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII), vulnera o devido processo legal (art. 5º, LIV) e a segurança jurídica (art. 5º, XXXIII), e, por consequência, atinge a própria dignidade da pessoa humana. O *direito a um processo em tempo razoável é inerente ao devido processo legal. Em outros termos, o processo com duração razoável é uma consequência inafástavel*

do "due process of law", com o qual se confunde.

Concluindo, deve-se sopesar, de um lado, os valores constitucionais do *exercício do poder-dever de julgar* (art. 5º, XXXV) e, de outro, o *direito subjetivo à razoável duração do processo*, aliás, reforçado, com o que denominou Dotti, a "cláusula de eficiência", qual seja, o Estado assegurando os "... meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII da CF de 1988). Referido princípio — *razoável duração do processo* — é chancelado pelo conhecido Pacto de San José da Costa Rica (arts. 7º, 5 e 8º, 1). Eventual dúvida decide-se em favor da prevalência dos direitos fundamentais do jurisdicionado, como asseguram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de outras convenções internacionais.

7.6 Inconstitucionalidade da supressão de parcela do lapso prescricional

Pode-se questionar a prescrição, os prazos, a morosidade judicial, e sua relação com a impunidade. Tais questionamentos, no entanto, não legitimam a criação de distorções que desrespeitem os princípios da *proporcionalidade*, da duração razoável do processo e da culpabilidade, fazendo incidir, de forma idêntica, a norma penal sobre comportamentos ontologicamente diferentes, sem um mínimo de individualização. Ora, a nova regra afronta esses princípios, pois o lapso prescricional deixa de relacionar-se com o fato delituoso concretamente, bem como com a individualização da responsabilidade penal; na verdade, passa a ser pautado apenas pela pena abstratamente cominada, mesmo após a devida instrução criminal, a individualização da pena e a adequada resposta penal, principalmente no período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia, que pode ser desarrazoadamente longo, e, agora, sem ser considerado.

Ante todo o exposto, por mais que se procure salvar o texto legal, tentando dar-lhe uma interpretação conforme a Constituição Federal, não vemos, contudo, outra *alternativa razoável* que não **a declaração de sua inconstitucionalidade** por violar tanto o princípio da *proporcionalidade* quanto o princípio da *duração razoável do processo*, afastando-se sua aplicação.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 220 do STJ*: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.
- *Súmula 146 do STF*: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.
- *Súmula 497 do STF*: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.
- *Súmula 604 do STF*: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.

“A prescrição da pretensão punitiva intercorrente, superveniente ou subsequente regula-se pela pena em concreto e ocorrerá, nos termos do art. 110, § 1º, do Código Penal, quando, transitado em julgado o *decisum* condenatório para a acusação, ou improvido seu recurso, transcorrer o correspondente lapso temporal entre o decreto condenatório e o trânsito em julgado definitivo” (STJ, AgRg no REsp 320.423/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 11-12-2007).

“Em face da reincidência do condenado, aumenta-se em um terço o prazo prescricional, portanto, entre o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público e o início de cumprimento da pena não transcorreu o lapso necessário para a ocorrência da prescrição da pretensão executória” (STJ, HC 49.025/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4-10-2007).

“Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Inocorrência. O prazo para contagem da prescrição inicia-se na data da publicação da sentença condenatória e não na data do trânsito em julgado para a acusação. Precedentes” (STJ, EDcl no REsp 763.283/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6-4-2006).

“Prescrição da pretensão executória. Inocorrência. Não realizado o tempo da prescrição da pretensão executória, por se cuidar de reincidente, não há falar em constrangimento a ser sanado” (STJ, RHC 18290/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-10-2005).

“Prescrição da Pretensão Punitiva. Inocorrência. A prescrição da pretensão punitiva (retroativa e intercorrente) somente restaria consumada se houvesse transcorrido tempo superior a oito anos entre os fatos e o recebimento da denúncia, ou entre esta data e o dia em que foi proferida a condenação, o que efetivamente não aconteceu (arts. 109, IV, e 110, §§ 1º e 2º, do CP)” (STJ, HC 18.751/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 10-9-2002).

“Prescrição retroativa. Sentença condenatória recorrível. Inocorrência. A prescrição penal retroativa, espécie regulada pelo *quantum* da pena fixada na sentença condenatória recorrível transitada em julgado para a apelação, ocorre com o decurso do prazo entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia, ou entre esta e a da sentença condenatória. Inexistindo nos autos elementos capazes de determinar a data do recebimento da denúncia, resta impossível acatar a pretensão do impetrante, para o fim de reconhecimento da prescrição retroativa” (STJ, HC 13.570/DF, Rel. Min. Vicente Leal, j. 1-3-2001).

“A prescrição da pretensão punitiva retroativa regula-se pela pena imposta” (STJ, HC 12.985/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 5-9-2000).

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

— V. art. 4º do CP.

I — do dia em que o crime se consumou;

II — no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III — nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV — nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

D O U T R I N A

1 Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva *lato sensu* começa a correr: I — *no dia em que o crime se consumou*; II — *no caso de tentativa, no dia em que cessou a atividade criminosa*; III — *nos crimes permanentes, no dia em que cessou a permanência*; IV — *nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assento do registro civil, na data em que o fato se tornou conhecido*.

1.1 Teoria da ação e teoria do resultado

O termo inicial da prescrição, em regra, é o da consumação do crime, seja instantâneo ou permanente. Embora o art. 4º determine que o tempo do crime é o momento da ação, em termos de prescrição, o Código adota, como exceção, a teoria do resultado. Mas, excepcionalmente, em se tratando de tentativa e de crime permanente, adota a regra geral, que é a teoria da atividade.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Prescrição da pretensão punitiva. Termo inicial. Art. 111, II, do CP. Conforme preceitua o art. 111, inciso II, do Código Penal: 'A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: no caso da tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa'. No presente caso, referido termo inicial só se iniciou no momento em que o paciente teve

seu pedido de aposentadoria indeferido por um funcionário da autarquia previdenciária. Assim, não se deve considerar como 'cessação da atividade criminosa' a data anterior em que ocorreu o simples protocolo do pedido junto ao INSS. O interregno entre o protocolo do pedido e o ato de indeferimento, é de ser entendido como o *iter criminis* percorrido pelo agente" (STJ, HC 77.920/MS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-6-2007).

"Delito permanente. Prescrição da pretensão punitiva. Termo inicial. Art. 111, III, do CP. O estelionato previdenciário, em que há percepção de parcelas sucessivas do benefício, é crime permanente cujo lapso prescricional começa a contar da data em que cessa a permanência (art. 111, inciso III, do Código Penal). (Precedentes)" (STJ, REsp 801.595/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 19-4-2007).

"Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes" (STF, HC 84.092/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22-6-2004).

"O prazo de prescrição é prazo de natureza penal, expresso em anos, contando-se na forma preconizada no art. 10, do Código Penal, na linha do calendário comum, o que significa dizer que o prazo de um ano tem início em determinado dia e termina na véspera do mesmo dia do mês e ano subsequentes. Os meses e anos são contados não *ex numero*, mas *ex numeratione dierum*, seja, não se atribui 30 dias para o mês, nem 365 dias para o ano, sendo irrelevante o número de dias do mês — 28, 29, 30 e 31 —, mas o espaço entre duas datas idênticas de meses consecutivos" (STJ, REsp 188.681/SC, Rel. Min. Vicente Leal, j. 5-9-2000).

"Bigamia. Prescrição pela pena em concreto. Data inicial do prazo. Jurisprudência assentada sobre que o prazo começa a correr a partir da *notitia criminis* levada ao conhecimento da autoridade pública" (STJ, RHC 7.206/RJ, Rel. Min. José Dantas, j. 28-4-1998).

"Em caso de crime continuado, o prazo prescricional se conta do último ato integrante da continuidade delitiva" (STF, HC 72.254/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 30-5-1995).

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

— V. arts. 81, 86 e 87 do CP.

I — do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

— V. arts. 140 a 143, 162 e 163 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

II — do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

— V. arts. 41 e 42 do CP.

D O U T R I N A

1 Termo inicial da prescrição da pretensão executória

A prescrição da pretensão executória começa a correr: I — *no dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação*; II — *no dia em que se interrompe a execução da pena, salvo quando referido tempo deva ser computado na pena* (internação por doença mental); III — *no dia em que transita em julgado a decisão que revoga o* sursis *ou o livramento condicional* (art. 113).

Além dessas hipóteses, o art. 117, V e VI, prevê mais duas: *pelo início ou continuação do cumprimento da pena* e *pela reincidência*.

1.1 Pressuposto básico da prescrição executória

O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser a intercorrente. Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da *intercorrente*, enquanto não transitar definitivamente em julgado, e o da *executória*, enquanto não for iniciado o cumprimento da condenação, pois ambos iniciam na mesma data, qual seja, o trânsito em julgado para a acusação.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Prescrição da pretensão executória. Ocorrência. Em se tratando de pena de 1 (um) ano de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 180, *caput*, do Código Penal, tem-se o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, *ex vi* dos arts. 109, V, e 110, § 1º, do Código Penal. *In casu*, se a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação em 26/06/2000 e, conforme demonstrado nos autos, a respectiva execução jamais teve início, prescrita está a pretensão executória, porquanto já transcorrido o referido lapso temporal, *ex vi* dos arts. 112, I, e 117, V, do Código Penal” (STJ, HC 44.118/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-8-2005).

“Prescrição executória. Fuga do condenado. Cálculo. Arts. 112, II, e 113 do CP. Acréscimo da reincidência. Mais de uma condenação. Ordem de execução. Prescrição inocorrente. Na hipótese de fuga do condenado ou de revogação de liberdade condicional, a prescrição da pretensão executória é calculada pelo resto da pena a ser cumprida, contando-se do dia em que a execução da sentença é interrompida, nos termos dos arts. 113 e 112, II, do Código Penal. Devem ser considerados os prazos previstos no art. 109 do Diploma Penal, computados eventuais acréscimos ou diminuições decorrentes da reincidência, menoridade

ou senilidade — conforme o caso e se ocorrentes. Tratando-se de concurso material, as condenações não são somadas, mas, ao contrário, procede-se à execução das penas graves em 1º lugar. Inocorre a prescrição se ainda não consumado o lapso prescricional da pretensão executória do restante da pena reclusiva, assim como da detentiva — que será executada após o cumprimento da mais grave, ficando com a execução suspensa nesse ínterim" (STJ, RHC 9.158/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16-12-1999).

"*Sursis*. Revogação automática. Prorrogação e prescrição (arts. 82 e 112 do CP). Se o beneficiário vem a ser processado por outro delito, o período de prova do *sursis* é prorrogado até o julgamento definitivo. Uma vez condenado por crime doloso, a revogação é obrigatória, não se computando, no período de prova, o prazo prescricional para o delito cuja pena estava suspensa" (STJ, RHC 8.589/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 14-9-1999).

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional

Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

D O U T R I N A

Evasão, "sursis" e livramento condicional

A evasão, revogação do *sursis* (CP, art. 81; LEP, art. 162) e do livramento condicional (CP, arts. 86 e 87; LEP, art. 140), igualmente, dão início ao curso prescricional, e, enquanto a decisão revogatória não for cumprida, estará em curso a prescrição executória.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A aplicação do art. 113 do Código Penal é restrita às situações por ele especificadas, quais sejam, evasão de condenado ou revogação de livramento condicional. Impossibilidade de aplicação extensiva ou analógica. O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, REsp 858.809/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-6-2007).

"O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão somente para o cálculo de liquidação da pena. O art. 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional" (STF, RHC 85.217/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 2-8-2005).

“Perante a lei brasileira (CP, art. 113), no caso de evadir-se o condenado, ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena, e conforme o art. 112, II, tem-se que o prazo da prescrição da pretensão executória começa a fluir no dia em que se interrompe a execução” (STF, Ext. 922, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 9-12-2004).

Prescrição da multa

Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I — em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II — no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

— V. art. 58 do CP.

D O U T R I N A

Alteração: redação dada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

1 Prescrição da multa disciplinada pela Lei n. 7.209/84

Pela previsão da reforma penal de 1984, se a pena de multa fosse a única *cominada*, a única *aplicada* ou a que *ainda não tivesse sido cumprida*, prescreveria em dois anos (art. 114). No entanto, quando fosse cominada ou aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, prescreveria com esta, que é mais grave (art. 118). Durante o cumprimento da pena de prisão, não corre o prazo prescricional em relação à pena de multa.

2 Prescrição da multa disciplinada pela Lei n. 9.268/96

Trata-se de previsão supérflua, que apenas inovou para pior: de um lado, a redação do inciso I já constava da redação anterior do art. 114; de outro, a redação do inciso II constava do art. 118, que não foi revogado por tal lei.

2.1 Trouxe uma novidade

Excluiu o prazo de dois anos de prescrição para a pena de multa, quando esta for a *única que ainda não foi cumprida*, como permitia a previsão

anterior. Agora, *o prazo prescricional de dois anos* vige somente para as duas primeiras hipóteses, isto é, quando a pena de multa for a única *cominada* ou a única *aplicada*. Essa circunstância fica muito clara, em primeiro lugar, pela não inclusão expressa, como fazia a redação anterior do art. 114, e, em segundo lugar, pela disposição do inciso II da nova redação, pela qual o prazo prescricional da pena de multa "cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada" *corre no mesmo prazo da pena privativa de liberdade*.

2.2 Prescrição bienal

O lapso prescricional de dois anos tanto pode atingir a *pretensão punitiva* quanto a *pretensão executória*. Prescrevendo qualquer das pretensões estatais, seja punitiva, seja executória, a multa não poderá ser *executada*: estará igualmente prescrita, ao contrário de alguns entendimentos já manifestados.

2.3 Causas interruptivas e suspensivas da prescrição da pena de multa

Embora a competência para a execução da pena de multa, a nosso juízo, permaneça com o Ministério Público, apenas com novo procedimento, as causas suspensivas e interruptivas da prescrição não serão aquelas previstas no Código Penal (arts. 116 e 117), mas as relacionadas na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) e no Código Tributário Nacional (art. 174 — ver Súmula 107 do TFR).

2.4 Irretroatividade

A nova disciplina dada à prescrição da multa pela Lei n. 9.268/96, por ser mais gravosa, não retroage, em regra.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Aplicação do instituto da prescrição do art. 114 do Código Penal. Inviabilidade. Multa e prestação pecuniária. Institutos de naturezas distintas. Hipótese em que a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consubstanciada em prestação pecuniária. A pena de multa e a prestação pecuniária são institutos de naturezas diversas. Aplicação do parágrafo único do art. 109 do Código Penal, que dispõe acerca da prescrição das penas restritivas de direitos" (STJ, REsp 913.321/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-6-2007).

“Se o agravante foi condenado a pena de multa cumulativamente a pena privativa de liberdade, o prazo da prescrição da pena pecuniária é o mesmo previsto para a pena corporal, nos termos do artigo 114, inciso II, do Código Penal, nada interferindo a decisão que posteriormente extinguiu a reprimenda reclusiva pela concessão de indulto, sob pena de ofensa à coisa julgada. Há de ser acolhida a preliminar arguida pelo réu, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão executória estatal” (TRF-3ª Região, Agravo em Execução 2000.61.81.001705-3/SP, Rel. Luiz Stefanini, j. 13-3-2007).

“Pena de multa. Prazo bienal superado. Ocorrência da prescrição. É forçoso o reconhecimento da extinção da punibilidade ante a superveniência da prescrição da pretensão punitiva estatal se transcorrido prazo superior ao biênio consagrado pelo art. 114, do CP” (STJ, REsp 605.802/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 20-9-2005).

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

D O U T R I N A

1 Menoridade e velhice

O prazo prescricional é reduzido pela metade quando o agente for, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de setenta (art. 115). A redução prevista neste dispositivo aplica-se a qualquer espécie de prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória. Considerando a política criminal justificadora da previsão, a maioridade de setenta anos pode ser considerada também na época do acórdão condenatório ou confirmatório da condenação.

2 Menor emancipado

A maioridade civil não se confunde com a penal, que se inicia aos dezoito anos. Eventual emancipação ou casamento do agente menor de 21 anos não alteram sua idade, que, inferior a esse limite, é causa redutora da prescrição.

Prescrição e crime continuado

Tendo-se iniciado antes dos 21 anos, mesmo o agente continuando após esse marco, a redução se impõe, por ser considerado crime único.

3 Incomunicabilidade das causas redutoras do art. 115

As causas redutoras previstas no art. 115 são pessoais e, portanto, incomunicáveis a eventuais participantes da infração penal (STF, *RTJ*, *110*:64).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 74 do STJ*: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".

"Nos termos do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos prescricionais quando o réu era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos" (STJ, HC 74.872/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-10-2007).

"A completude e o caráter especial da norma do art. 115 do Código Penal excluem a observação do Estatuto do Idoso — Lei n. 10.741/03 —, no que revela, como faixa etária a ser considerada, a representada por sessenta anos de vida" (STF, HC 89.969/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26-6-2007).

"Réu maior de 60 anos. Alteração do art. 115 do Código Penal pelo Estatuto do Idoso. Inocorrência. Prescrição. Não configuração. O art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença. Precedente" (STJ, RHC 16.856/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 2-6-2005).

"Sendo o crime continuado considerado delito único, atingida a maioridade no curso da continuidade delitiva, não se aplica o benefício da redução do prazo prescricional previsto no art. 115 do Código Penal" (STJ, REsp 504.415/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 8-6-2004).

"Prescrição. Idade do agente. Definição temporal. Enquanto a menoridade é perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade avançada o é relativamente ao último provimento judicial. O vocábulo *sentença* empregado no art. 115 do Código Penal tem sentido amplo. Interposto recurso contra a condenação ou absolvição formalizada na primeira instância, considera-se a idade do agente na data do decreto condenatório a ser executado, presente a circunstância de que o acórdão proferido substitui a sentença atacada, quer a reforme ou confirme (art. 512 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente)" (STF, Extr. 591, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1-6-1995).

Causas impeditivas da prescrição

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I — enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

— V. arts. 92 a 94 do CPP.

II — enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

— V. arts. 8º e 42 do CP.

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

— V. art. 152 do CPP.

— V. art. 111 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

D O U T R I N A

1 Causas modificadoras do curso prescricional

A prescrição, encontrando-se em curso, poderá ser obstaculizada pela superveniência de determinadas causas, que podem ser *suspensivas* (art. 116) ou *interruptivas* (art. 117). Ou, ainda, o período prescricional poderá simplesmente ser reduzido pela metade (art. 115).

2 Suspensão do prazo prescricional

Verificando-se uma *causa suspensiva*, o curso da prescrição suspende-se, para ser retomado depois de suprimido ou desaparecido o impedimento. Na suspensão, o lapso prescricional já decorrido não desaparece, permanece válido. Superada a causa suspensiva, a prescrição recomeça a ser contada pelo tempo que falta, somando-se com o anterior.

2.1 Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva

São as seguintes: a) *enquanto não for resolvida questão prejudicial* — a prescrição não corre enquanto não for resolvida, *em outro processo*, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. São as chamadas *questões prejudiciais*, reguladas pelos arts. 92 a 94 do CPP, cuja relação com o delito é tão profunda que a sua decisão, em outro juízo, pode determinar a existência ou inexistência da própria infração penal; b) *enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro* — o *fundamento político*jurídico desta causa suspensiva é que durante o cumprimento de pena no estrangeiro não se consegue a extradição do delinquente. E a pena em execução pode ser tão ou mais longa que o próprio lapso prescricional do crime aqui cometido. Por isso, justifica-se a suspensão da prescrição; c) *imunidade parlamentar* — às duas causas previstas pelo Código Penal (art. 116) a Constituição Federal (art. 53, § 2º) acrescentou mais uma: enquanto

não houver licença do Congresso Nacional para que o parlamentar seja processado, o prazo prescricional ficará suspenso.

2.1.1 Imunidade parlamentar — prescrição

Procurando amenizar esse privilégio parlamentar, o *Supremo Tribunal Federal*, em duas oportunidades, com composição plenária, decidiu que tanto na hipótese de indeferimento do pedido de licença quanto na de ausência de deliberação a suspensão da prescrição ocorre na data do despacho do Ministro Relator determinando a remessa do pedido ao Parlamento (*DOU* de 2-3-1993, p. 2565, e de 16-8-1991, p. 1991).

2.2 Causa suspensiva da prescrição da pretensão executória

A prescrição não corre durante o tempo em que o condenado estiver preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único). A prescrição fica em suspenso. A previsão é lógica: enquanto se encontra preso, não pode invocar a prescrição da pena que falta cumprir, pois sua condição de preso impede a satisfação dessa pretensão executória.

2.3 Novas causas suspensivas da prescrição

Além das duas causas suspensivas da prescrição previstas no Código Penal (art. 116) e daquela prevista na Constituição Federal (art. 53, § 2º), as Leis n. 9.099/95 e 9.271/96 preveem novas hipóteses de causas que impedem o curso prescricional. São as seguintes: a) *suspensão condicional do processo;* b) *citação por edital, sem comparecimento ou constituição de defensor;* c) *citação mediante rogatória de acusado no estrangeiro.*

3 Suspensão condicional do processo

A Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, e que aproveitou para instituir também a *suspensão condicional do processo*, estabelece em seu art. 89, § 6º, que durante o período em que o processo estiver suspenso não corre a prescrição.

3.1 Fundamento político da previsão do art. 89, § 6º, da Lei n. 9.099/95

Este dispositivo dispensa tratamento isonômico à defesa e à acusação: o denunciado é beneficiado pela suspensão do processo, mas em

contrapartida a sociedade não fica prejudicada pelo curso da prescrição. Na hipótese de revogação do benefício, o Ministério Público disporá do tempo normal para prosseguir na *persecutio criminis*. Como em regra a suspensão do processo deverá ocorrer no momento do recebimento da denúncia, a prescrição voltará a correr por inteiro. No entanto, em razão dessa fase transitória, poderá haver suspensão de muitos processos que já se encontravam em curso. Nessas hipóteses, havendo revogação da suspensão do processo, o novo curso prescricional deverá somar-se ao lapso anterior que foi suspenso, pois, como causa suspensiva, o prazo prescricional não recomeça por inteiro.

4 Citação por edital, sem comparecimento ou constituição de defensor

A Lei n. 9.271/96 deu a seguinte redação ao art. 366 do Código de Processo Penal: *se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*

4.1 Requisitos necessários

Para que se configure esta nova causa suspensiva da prescrição é necessário que estejam presentes, simultaneamente, três requisitos: 1º) *citação mediante edital*; 2º) *não comparecimento em juízo para interrogatório*; 3º) *não constituição de defensor*. A ausência de qualquer desses requisitos impede a configuração dessa nova causa suspensiva da prescrição.

4.2 Defensor constituído na fase policial

Contudo, o infrator que houver constituído advogado, durante a fase policial, ainda que venha a ser citado por edital, seu defensor constituído anteriormente impedirá o reconhecimento da causa impeditiva da prescrição.

4.3 Recomeço do curso prescricional

O curso prescricional suspenso somente recomeçará a correr na data do

comparecimento do acusado, computando-se o tempo anterior (art. 366, § 2º). Em outros termos, interrompida a suspensão da prescrição, esta volta a correr levando-se em consideração o tempo anteriormente decorrido, isto é, somando-se.

4.4 Suspensão automática e irretroatividade

A suspensão do curso prescricional é efeito automático, sendo desnecessário despacho expresso do juiz. Contudo, como o art. 366 tem natureza mista — processual e material —, podendo verificar-se hipóteses de suspensão do processo, pelo princípio *tempus regit actum*, convém ser mencionado expressamente que a prescrição não está suspensa, em razão de sua irretroatividade, quando se tratar de crimes praticados antes da vigência da lei.

4.5 Suspensão da prescrição sem suspensão do processo

Damásio de Jesus não admite a aplicação parcial do disposto no art. 366, isto é, suspender o processo e não suspender a prescrição, numa espécie de retroatividade parcial (Damásio E. de Jesus, *Notas ao art. 366...* p. 3). Em sentido contrário manifesta-se Luiz Flávio Gomes, por fatos anteriores à vigência da Lei n. 9.271/96, entendendo que, satisfeitos os requisitos do art. 366, suspende-se o processo, permanecendo naturalmente o curso prescricional: a suspensão do processo é matéria processual, e a prescrição é matéria estritamente penal-material (Luiz Flávio Gomes, *Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96...* p. 4).

4.6 Retroatividade parcial ou “tempus regit actum”

Inclinamo-nos pela aplicação parcial do art. 366, embora com argumento um pouco diferenciado. Na verdade, a suspensão do processo não significa *parcial retroatividade*, mas a simples aplicação do princípio *tempus regit actum*. Nesse momento, satisfeitos os requisitos, aplica-se a lei nova, mas somente a partir de agora, isto é, o processo fica suspenso desde esse momento, sem retroagir ao início da relação processual. Já a suspensão do curso prescricional fica inviabilizada, por se tratar de norma penal material prejudicial à defesa, não podendo retroagir.

Não negamos que, de certa forma, há tratamento desigual aos dois polos processuais: beneficia-se a defesa com a suspensão do processo e prejudica-

se a acusação com a não suspensão da prescrição. No entanto, esses efeitos diferenciados decorrem da natureza distinta das duas normas jurídicas, *processual* e *material*, como já referimos.

4.7 Suspensão da prescrição nos termos do art. 366 do CPP: acerto da Súmula 415 do STJ

No exame da *suspensão da prescrição* prevista no art. 366 do CPP, não se pode perder de vista que a regra geral da Constituição Federal é da *prescritibilidade* das infrações penais. Com efeito, nossa Carta Política considerou *imprescritíveis* somente o *crime de racismo* (art. 5º, XLII) e *os crimes decorrentes da ação de grupos armados*, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV). Ademais, a prescritibilidade das infrações penais constitui *garantia fundamental* do cidadão, que não pode ser ignorada pela legislação infraconstitucional.

Determina o dispositivo *sub examen* que, se o acusado for citado por edital, não comparecer e não constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional. Essa previsão pretende evitar que o processo tramite sem o conhecimento do acusado, com irreparáveis prejuízos em sua defesa que deve ser ampla e irrestrita.

4.7.1 Limite temporal do prazo da suspensão da prescrição

O referido art. 366 apenas determinou que a prescrição *deve ficar suspensa durante a paralisação do processo*, sem, contudo, declinar o limite temporal dessa suspensão, deixando grave lacuna a ser colmatada pela interpretação doutrinária e jurisprudencial. Sensatamente, ambas adotaram entendimento quase unânime de que o lapso prescricional deve ficar suspenso pelo prazo da prescrição *in abstracto*, considerando-se as balizas do art. 109 do CP. Consequentemente, se o crime prescreve, abstratamente, em quatro (4) anos, é por esse tempo que a contagem da prescrição deve ficar suspensa, voltando a correr pelo saldo restante. É a orientação conforme a garantia constitucional da prescritibilidade das infrações penais. Esse entendimento — destacam Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel — "além de evitar, na prática, a imprescritibilidade dos delitos, afigura-se proporcional, na medida em que o prazo de prescrição ficará suspenso por mais ou menos tempo, de acordo com a maior ou menor gravidade do delito" (Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel. *Contagem da*

prescrição durante a suspensão do processo: Súmula 415 do STJ). Respeita-se, assim, o princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, orientou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 415, na sessão de 16 de dezembro de 2009, com o seguinte enunciado: "*O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*". A pouca clareza do sucinto texto sumular reclama adequada interpretação, para não desnaturá-lo. Inquestionável, no particular, a afirmação de Gomes e Maciel, *in verbis*: "É preciso ressaltar que a Súmula 415 está a dizer que a contagem da prescrição fica suspensa pelo prazo da *prescrição em abstrato* — consideradas as balizas do art. 109 do CP — e não pelo *prazo da pena máxima cominada* ao delito, conforme pode sugerir uma leitura desavisada do enunciado". Dito de outra forma, se a pena máxima cominada for de seis (6) anos, a prescrição em abstrato verifica-se em doze (12) anos (art. 109, III, do CP), e não pelos seis anos que é o tempo da pena cominada. Essa é a correta interpretação da Súmula 415. Ou seja, ao determinar que a prescrição é regulada pelo máximo da pena cominada, a súmula está a afirmar que se aplica o mesmo lapso prescricional correspondente ao máximo da pena cominada à infração penal imputada, como destaca a seguinte decisão: "*Consoante orientação pacificada nesta Corte, o prazo máximo de suspensão do prazo prescricional, na hipótese do art. 366 do CPP, não pode ultrapassar aquele previsto no art. 109 do Código Penal, considerada a pena máxima cominada ao delito denunciado, sob pena de ter-se como permanente o sobrestamento, tornando imprescritível a infração penal apurada*".

4.7.2 Orientação do STF: viola a "duração razoável do processo"

Surpreendentemente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, em uma interpretação reacionária, assume posição diametralmente oposta ao entendimento majoritário de doutrina e jurisprudência, inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça. Com feito, segundo nossa Corte Suprema, a contagem da prescrição pode ficar suspensa por tempo indeterminado, isto é, pode perdurar a suspensão da prescrição enquanto durar a do processo. Ignoram, *venia concessa*, os senhores Ministros da Corte Superior, que entendimento como esse pode tornar imprescritíveis crimes não elencados no texto constitucional. Ademais, confundem *causa suspensiva* com *causa interruptiva* da prescrição, pelo simples fato de se invocar parâmetro semelhante.

A nosso juízo, como sustentamos anteriormente, a regra é da prescritibilidade de todas as infrações penais, excluídas as duas relacionadas no texto constitucional (art. 5º, XLII e XLIV, CF). Espera-se que o STF reveja seu entendimento e passe a adotar a orientação sugerida pela Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça, e reconheça a necessidade de que a suspensão do curso prescricional precisa ter um termo final, sob pena de burlar o texto constitucional. Pensar diferente é ignorar o fundamento político da prescrição, qual seja, impedir a duração desarrazoada (duração irrazoável) do processo, contrariando as determinações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, anteriormente citados.

5 Citação mediante rogatória

Acusado que se encontrar no estrangeiro, em lugar sabido, será citado por meio de carta rogatória, independentemente de a infração penal imputada ser ou não afiançável. No entanto, segundo a nova redação conferida pela Lei n. 9.271/96 ao art. 368 do CP, o prazo prescricional ficará suspenso até o cumprimento da carta rogatória.

5.1 Citação por edital: no estrangeiro

Agora, a citação de quem se encontrar no estrangeiro *somente* poderá ser por edital *quando for desconhecido o seu paradeiro*. Anteriormente, a citação por edital seria possível quando fosse desconhecida a localização do citando ou quando a infração imputada fosse afiançável.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“A pretensão punitiva estatal não foi atingida pela prescrição, porque se deve excluir do cálculo prescricional o período no qual o processo esteve suspenso, nos exatos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95” (STJ, HC 72.537/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13-12-2007).

“Segundo o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, não há justa causa para a persecução penal do crime previsto no art. 1º, da Lei n. 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que sua inexistência impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional” (STJ, HC 53.622/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16-8-2007).

“Processo-crime. Deputados e Senadores. Necessidade de licença. Prescrição. Nova disciplina decorrente da Emenda Constitucional n. 35/2001. Irretroatividade. Descabe emprestar à Emenda Constitucional n. 35/2001 eficácia retroativa a ponto de se ter como afastado do mundo jurídico o fenômeno da suspensão da prescrição decorrente da

redação primitiva do art. 53 da Carta Federal de 1988" (STF, AgRg na APn 361/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-3-2006).

"Nos termos da jurisprudência assente neste Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, 'no período compreendido entre o recebimento, pela Assembleia Legislativa, de ofício, solicitando licença para processar o Governador, e o término do mandato deste, suspende-se o curso do prazo prescricional' (Pet 277/DF, Corte Especial, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* de 8-9-1997). Entretanto, com relação aos demais codenunciados sem prerrogativa de foro, o prazo prescricional não se suspende. Nesse contexto, se mostra conveniente o desmembramento do feito, autorizado pelo art. 80*, in fine*, do Código de Processo Penal, para que se prossiga perante o Juízo competente a persecução penal contra aqueles denunciados. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, AgRg na APn 288/DF, Rel. Laurita Vaz, j. 6-3-2006).

"Exceção da verdade. Tratando-se de questão da qual depende o reconhecimento da existência do crime, suspende-se, também, o cômputo do prazo prescricional, nos termos do art. 116, inciso I, do Estatuto Repressivo" (STJ, RHC 17.578/PI, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15-9-2005).

"Prisão preventiva por outro delito. Causa impeditiva da prescrição executória. Art. 116, parágrafo único, do CP. A prisão por crime praticado posteriormente ao cumprimento da pena é causa impeditiva da prescrição da pretensão executória, consoante previsão do parágrafo único do art. 116 do Código Penal" (STJ, RHC 16.584/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 8-3-2005).

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

— V. art. 202 do CC.

I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

— V. art. 394 do CPP.

II — pela pronúncia;

— V. art. 408 do CPP.

III — pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV — pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

— Redação da Lei n. 11.596, de 29-11-2007.

— V. art. 393 do CPP.

— O projeto de lei que tramitou pelo Congresso Nacional e que foi encaminhado pela Mensagem n. 785/95 do Poder Executivo incluía como inciso V a este artigo o seguinte:

"V — pela decisão do Tribunal que confirma ou impõe a condenação;".

Os incisos subsequentes eram renumerados, conservando sua redação original. A publicação da Lei n. 9.268/96 simplesmente repetiu tanto a numeração quanto o conteúdo originais dos incisos V e VI do art. 117 do CP.

V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

— Redação do inciso V determinada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

— V. art. 105 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

VI — pela reincidência.

— Redação do inciso VI determinada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

— V. arts. 63 e 64 do CP.

§ 1º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

— Este parágrafo foi revogado pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, que o omitiu na nova redação que deu ao art. 117 do CP.

— V. art. 29 do CP.

— V. arts. 76 a 82 do CPP.

§ 2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

— Este parágrafo foi revogado pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, que o omitiu na nova redação que deu ao art. 117 do CP.

— V. art. 202 do CC.

D O U T R I N A

1 Interrupção do prazo prescricional

Ocorrendo uma *causa interruptiva*, o curso da prescrição interrompe-se, desaparecendo o lapso temporal já decorrido, recomeçando sua contagem desde o início. O lapso prescricional que foi interrompido desaparece, como se nunca tivesse existido. Excetua-se a hipótese prevista no art. 117, V, isto é, ocorrendo evasão da prisão ou revogação do livramento condicional, a prescrição não corre por inteiro, mas somente o correspondente ao tempo que restar de pena a cumprir (art. 113).

2 Causas interruptivas da prescrição

A prescrição, encontrando-se em curso, poderá ser obstaculizada pela superveniência de determinadas causas, que podem ser *suspensivas* (art. 116) ou *interruptivas* (art. 117). Ou, ainda, o período prescricional poderá simplesmente ser reduzido pela metade (art. 115).

Essas causas interruptivas, todas elencadas no art. 117, são as seguintes:

a) Recebimento da denúncia ou da queixa (I)

Recebimento não se confunde com *oferecimento*, e caracteriza-se pelo despacho inequívoco do juiz recebendo a denúncia ou queixa. Despacho meramente *ordinatório* não caracteriza seu recebimento.

a.1) Aditamento da denúncia ou queixa

O aditamento da denúncia ou queixa somente interromperá a prescrição se incluir a imputação de nova conduta típica, não descrita anteriormente, limitando-se a essa hipótese. A inclusão de novo réu, em aditamento, não interrompe a prescrição em relação aos demais.

a.2) Rejeição ou recebimento por juiz incompetente

A *rejeição* da denúncia ou queixa, à evidência, não interrompe a prescrição. A interrupção ocorrerá na data em que, se em grau recursal, a Superior Instância vier a recebê-la. Igualmente, o recebimento das preambulares referidas por *juiz incompetente* não interrompe o curso prescricional, só o interrompendo o recebimento renovado pelo *juiz natural*.

b) A pronúncia (II)

O marco interruptivo da prescrição será a data da publicação da pronúncia em cartório, e não a data de sua lavratura, que pode não coincidir com sua publicação. Evidentemente, a *impronúncia* ou a *absolvição sumária* não a interrompem, por absoluta falta de previsão legal.

c) Decisão confirmatória da pronúncia (III)

A decisão da Instância Superior confirmatória da pronúncia, ou mesmo a que pronuncia o réu em razão de recurso, também interrompem a prescrição. Uma corrente majoritária entende que, mesmo havendo *desclassificação,* pelo Tribunal do Júri, para competência do juiz singular, ainda assim a pronúncia e a decisão que a confirma constituem causas interruptivas da prescrição (*RT*, *513*:427 e *650*:264). O *acórdão confirmatório da condenação*, não incluído no art. 117, não interrompe a prescrição.

d) Sentença condenatória recorrível (IV)

A prescrição interrompe-se na data da publicação da sentença condenatória recorrível, nas mãos do escrivão, isto é, a partir da lavratura do respectivo termo (art. 389 do CPP). Antes da sua publicação, a sentença não existe juridicamente, constituindo simples trabalho intelectual do juiz.

d.1) Sentença anulada não produz efeitos jurídicos

A sentença anulada, a exemplo de outros *marcos interruptivos*, por não gerar efeitos, não interrompe a prescrição, pois é como se não existisse. Antes da sua publicação, a sentença não existe, juridicamente, constituindo simples trabalho intelectual do juiz. Embora atendendo-se aos avanços tecnológicos admita-se sustentar que essa publicação possa ocorrer nos meios eletrônicos ou impressos oficializados para as comunicações judiciais, acreditamos que, por segurança jurídica, deve-se manter a antiga previsão do Código de Processo Penal, que exige a formalidade de ser “publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim” (art. 389). Acrescentando-se, não se pode esquecer que forma é garantia.

A sentença absolutória, à evidência, também não interrompe a prescrição, porém o prazo a ser considerado (art. 109) será o indicado pelo máximo da pena cominada ao delito.

d.2) Sentença concessiva de perdão judicial

A sentença que concede o perdão judicial, segundo a *Súmula 18* do Superior Tribunal de Justiça (declaratória de extinção da punibilidade), não interrompe a prescrição. Aliás, para reforçar esse entendimento, lembramos que o perdão judicial não aplica sanção, e que o parâmetro balizador do lapso prescricional é a pena aplicada, na hipótese da prescrição executória. Por isso, não convencem as três hipóteses sugeridas por algumas decisões jurisprudenciais, segundo as quais o prazo regular-se-á: a) pelo período mínimo de dois anos, b) pelo mínimo, ou c) pelo máximo, abstratamente cominados ao delito.

d.3) Alterações da Lei n. 11.596/2007

A Lei n. 11.596/2007, cumprindo mais uma etapa de uma *política criminal repressora* que procura, desenfreadamente, dizimar o instituto da prescrição, ignorando, inclusive, seus *fundamentos políticos*, tenta eliminar a *prescrição intercorrente* ou *superveniente*. Com esse objetivo, o novo diploma legal alterou a redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal, que ficou nos seguintes termos: *"pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis"*. Constata-se, na verdade, que se pretendeu criar mais uma *causa interruptiva* da prescrição intercorrente, qual seja a *publicação de eventual acórdão condenatório*.

A inovação consiste, basicamente, no acréscimo desse novo marco interruptivo, a publicação de *acórdão condenatório recorrível*, que, certamente, demandará criteriosa interpretação, tarefa que nos propomos fazer, a seguir, concisamente. Quanto à *sentença*, não há maior novidade, a não ser ter deixado expresso que a interrupção prescritiva ocorre com a *publicação da sentença*, aliás, exatamente como interpretavam doutrina e jurisprudência nacionais.

d.4) Publicação de acórdão condenatório recorrível.

Instalou-se, de plano, na doutrina, duas interpretações sobre o significado da locução "acórdão condenatório" trazida pela Lei n. 11.596/2007. Para uma corrente, à qual nos filiamos, *acórdão condenatório* é aquele que reforma uma decisão absolutória anterior, condenando efetivamente o acusado; para outra, que consideramos uma posição reacionária, é *condenatório* tanto aquele acórdão que reforma decisão absolutória anterior como o que confirma condenação precedente.

Seria desnecessário invocarmos o velho adágio de que a lei penal material não tem palavras inúteis, e tampouco se podem acrescer palavras

inexistentes. Com efeito, em um mesmo processo somente se pode condenar uma vez, e não há a figura processual de *recondenação*, confirmação, ratificação, homologação etc. A partir da existência da condenação num determinado processo, todo o esforço conhecido pela dialética processual é a busca de sua reforma, para absolver o condenado. À acusação ainda é permitida a tentativa de agravar a situação do acusado, elevando sua pena ou endurecendo o regime de seu cumprimento.

Em síntese, a existência de uma decisão condenatória impede que, no mesmo processo, haja nova condenação do réu. Ninguém desconhece que qualquer tribunal, quando aprecia o apelo da defesa de uma decisão condenatória, e não acata as razões recursais, *não profere nova condenação*, mas, simplesmente, *nega provimento ao apelo da defesa*, que não se confunde com acórdão condenatório.

d.5) Vedação de interpretação extensiva e analogia

O direito penal material não admite *interpretação extensiva*, especialmente para agravar a situação do acusado. Na realidade, esse entendimento ampliativo está fazendo não apenas uma interpretação extensiva, mas analogia *in malam partem*, inadmissível em direito penal material. Ademais, *analogia* não é propriamente forma de *interpretação*, mas de *aplicação* da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, *interpretativa*, mas *integrativa* da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, como ocorre no presente caso, em que o *entendimento ampliativo* busca colmatar uma lacuna da lei. Enfim, a analogia não é um meio de *interpretação*, mas de *integração* do sistema jurídico, inaplicável na hipótese que ora analisamos.

d.6) Distinção entre interpretação extensiva e analogia

Distingue-se, na verdade, a analogia da interpretação extensiva porque ambas têm objetos distintos: aquela visa a aplicação de lei lacunosa; esta objetiva interpretar o sentido da norma, ampliando o seu alcance. Nesse sentido, era elucidativo o magistério de Magalhães Noronha, que, referindo-se à interpretação extensiva, sentenciava: “aqui o intérprete se torna senhor da vontade da lei, conhece-a e apura-a, dando, então, um sentido mais amplo aos vocábulos usados pelo legislador, para que correspondam a essa vontade; na analogia — prosseguia Magalhães Noronha — o que se estende

e amplia é a própria vontade legal, com o fito de se aplicar a um caso concreto uma norma que se ocupa de caso semelhante".

Concluindo, realmente, acórdão confirmatório ou ratificatório pode ser semelhante, mas não é igual ao condenatório, e, em sendo diferente, não pode utilizar-se da *analogia* para justificar sua aplicação, pois com ela se supre uma lacuna do texto legal, que ocorre na hipótese *sub examen.* Por essas singelas razões, *venia concessa*, somente o acórdão (recursal ou originário) que representa a *primeira condenação* no processo tem o condão de interromper o curso da prescrição, nos termos do inciso IV do art. 117 do CP.

d.7) Recusa pelo Parlamento do acórdão confirmatório

O efeito do acórdão meramente *confirmatório* ou *ratificatório* de condenação anterior já foi recusado pelo Congresso Nacional. Efetivamente, o projeto de lei que tramitou pelo Congresso Nacional e foi encaminhado pela Mensagem n. 785/95 do Poder Executivo incluía, como novo marco interruptivo da prescrição, o inciso V deste artigo, nos seguintes termos: "V — pela decisão do Tribunal que confirma ou impõe a condenação". Nessa redação estava clara a definição de decisão do Tribunal que "confirma" a condenação, ao contrário do novo texto legal. A publicação da Lei n. 9.268/96, no entanto, simplesmente repetiu tanto a numeração quanto o conteúdo originais dos incisos V e VI do art. 117 do CP, sendo, em outros termos, recusada, pelo Congresso Nacional, a proposta de transformar a decisão confirmatória de condenação anterior em novo marco interruptivo da prescrição.

e) Início ou continuação do cumprimento da pena (V)

Com a *prisão do agente,* para cumprir pena, interrompe-se a prescrição, iniciada com o trânsito em julgado da sentença, para a acusação. Com a *continuação da prisão,* interrompida pela fuga, ou decorrente de revogação do livramento condicional, interrompe-se a prescrição. No entanto, nessas duas hipóteses, a prescrição volta a correr, não por inteiro, mas pelo resto de pena que falta cumprir (art. 113).

e.1) Prescrição e período de prova

Evidentemente, durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, não corre a prescrição executória, pois é como se estivesse cumprindo a pena.

f) Reincidência (VI)

A reincidência, a rigor, tem dois efeitos: aumentar o prazo prescricional (art. 110, *caput*) e interromper o seu curso (art. 117, VI). Segundo uma corrente, o momento de interrupção da prescrição não é determinado pela prática do segundo crime, mas pela sentença condenatória que reconhece a prática do ilícito, pressuposto daquela. Em sentido contrário, outra corrente, minoritária, entende que a interrupção ocorre na data do novo crime, uma vez que a reincidência seria fática e não jurídica.

f.1) Reincidência e aumento do lapso prescricional

O aumento do prazo prescricional, no entanto, aplica-se tão somente à *prescrição da pretensão executória* (STF, *RTJ*, *50*:553; *RT*, *464*:379 e *512*:417). Recentemente, porém, surgiram alguns julgados, inclusive do STJ, admitindo o aumento decorrente da reincidência também para a prescrição intercorrente (*RSTJ*, ano 1, *4*:1481).

3 Prescrição em crimes conexos

Deve-se observar, no entanto, que, em caso de *crimes conexos* — concurso de crimes — objeto do mesmo processo, a interrupção da prescrição relativa a qualquer deles estende-se a todos. Aliás, todas as causas interruptivas da prescrição, com exceção das previstas nos incisos V e VI — prisão e reincidência —, comunicam-se a todos os participantes do crime (*como determinava expressamente a redação revogada do art. 117, § 1º*).

4 Causas interruptivas no Tribunal do Júri

Os processos de Júri teriam as seguintes causas interruptivas da prescrição da *pretensão punitiva: recebimento* da denúncia ou da queixa, *publicação* da sentença de pronúncia, *trânsito* em julgado do acórdão confirmatório da pronúncia e *publicação* da sentença condenatória. Os demais processos têm somente duas causas interruptivas: a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a data de publicação da sentença condenatória recorrível.

5 Nova redação do art. 117: Lei n. 9.268/96

A Lei n. 9.268/96 pretendeu dar nova redação ao art. 117 do Código

Penal, acrescentando-lhe uma sétima causa interruptiva da prescrição, qual seja, "V — pela decisão do Tribunal que confirma ou impõe a condenação". No entanto, no Senado foi excluída a novidade, mantendo-se os seis incisos anteriores. Mas, *por omissão*, ainda assim houve uma alteração no referido dispositivo. Ocorre que esqueceram de, após o último inciso do art. 117 (VI), acrescentar uma linha pontilhada, significando que os seus dois parágrafos continuavam em vigor. Assim, a nova redação do art. 117 do Código Penal encerra-se com os seus seis incisos, ficando sem os dois parágrafos originais — o § 1º disciplinava o efeito interruptivo da prescrição em relação ao concurso de pessoas e aos delitos conexos, e o § 2º regulava a forma de contagem do prazo prescricional em razão da interrupção.

5.1 Obrigatoriedade da nova redação

Não se pode "fazer de conta" que tais parágrafos continuam a existir, porque a sua supressão decorreu de um lapso, pois, na verdade, estão excluídos do atual texto legal, que foi publicado no *Diário Oficial*. A disciplina que traziam servirá de subsídio para orientar a interpretação da doutrina e da jurisprudência. Equivocam-se os Códigos que mantêm os dois parágrafos na redação do art. 117, além de induzir o intérprete a erro.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 191 do STJ*: "A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime".

"Nos termos do art. 117, VI, do CP, a reincidência, como marco interruptivo da prescrição executória, verifica-se na data da prática do novo crime, independentemente do trânsito em julgado da condenação" (STJ, HC 80.546/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-9-2007).

"A decisão confirmatória da sentença condenatória não é marco interruptivo prescricional" (STJ, HC 63.117/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 3-10-2006).

"Os vícios decorrentes da individualização da pena ocasionam, tão somente, a anulação parcial da sentença, não afetando a validade, tampouco a eficácia do juízo condenatório. Por consequência, a nulidade do édito condenatório, apenas, na parte da fixação da pena, não torna inócua a interrupção do lapso prescricional (CP, art. 117, IV) (Precedentes do Pretório Excelso)" (STJ, HC 61.864/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 3-10-2006).

"Suspensão condicional da pena. Pleito de reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Impossibilidade. Existência de marcos interruptivos: realização da audiência admonitória e revogação do benefício. Em razão da existência de diversos marcos interruptivos do fenômeno da prescrição: realização de audiência admonitória e decisão judicial revogadora do benefício; tem-se que o lapso prescricional, no presente caso, de 4 (quatro) anos, ainda não transcorreu" (STJ, HC 39.773/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 3-3-

2005).

“As causas interruptivas do prazo prescricional são de incidência incontornável” (STJ, REsp 257.165/PB, Rel. Min. Félix Fischer, j. 9-4-2002).

“A sentença de medida de segurança internativa do acusado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico dista do art. 117 do Código Penal, que é inelástico. Finda a punibilidade, exausta-se a medida de segurança imposta” (STJ, HC 12.477/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 5-10-2000).

“O recebimento da denúncia é causa interruptiva da prescrição. Não apreciada a denúncia, em razão do disposto na Lei n. 9.099/95, art. 76, e não efetivada a transação penal, não se dá por interrompido o prazo prescricional. Prescrição consumada” (STJ, Apn 94/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 21-6-2000).

“A enumeração do art. 117 do Código Penal é taxativa e não comporta ampliação por invocação do injusto” (STJ, REsp 100.905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19-11-1996).

Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

D O U T R I N A

Prescrição das penas mais leves

As penas mais leves prescrevem com as mais graves, segundo a previsão do art. 118 do Código Penal, desde que referentes à mesma infração penal.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“De acordo com o art. 118 do Código Penal, as penas mais leves prescrevem com as mais graves. Assim, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor imposta cumulativamente com a privativa de liberdade prescreve no prazo desta” (STJ, REsp 628.730/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24-5-2005).

“Na prescrição, a pena acessória, assim como a pena de multa (art. 118 do CP), acompanham a pena privativa de liberdade” (STJ, REsp 255.646/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12-8-2003).

Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

— V. arts. 69 a 71 do CP.

D O U T R I N A

Prescrição em concurso de crimes

Em qualquer das modalidades de concurso de crimes, material, formal ou continuado (crime continuado é uma forma *sui generis* de concurso de crimes) a prescrição incidirá sobre a pena de cada um deles. Por isso, no concurso formal e no crime continuado, a majoração deles decorrente não será considerada para efeito de prescrição (STJ, *RTJ*, *113*:1076 e *120*:82; TRF-4ª Reg., Ap. 15.432, *DJU*, 1º-11-1989, p. 13478).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A análise dos prazos prescricionais deve ser feita de modo isolado em relação aos crimes em concurso (art. 119 do CP). Se a maior pena isolada foi de dois anos, a prescrição opera-se em quatro anos e se as demais são inferiores a um ano, a prescrição ocorre em dois anos (art. 109, V e VI, do CP)" (STJ, HC 94.909/CE, Rel. Jane Silva, j. 4-12-2007).

"Punibilidade (extinção). Prescrição (concurso de crimes). Concurso formal (aumento). Penas (isoladamente). A regra é a de que, tratando-se de concurso de crimes, 'a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente'. Evidentemente que a regra preside tanto o concurso material quanto o formal e o crime continuado. No concurso formal, é lícito venha a prescrição a recair sobre o aumento de pena quando o agente tenha praticado dois crimes" (STJ, HC 45.140/DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 27-9-2005).

"Trata-se de concurso de crimes, sendo que, para efeito de prescrição, as penas de um total de 23 anos e 10 meses de reclusão (22 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de latrocínio e 1 ano e 4 meses de reclusão pela ocultação de cadáver) devem ser consideradas isoladamente (art. 119 do CP)" (STJ, HC 27.590/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 4-9-2003).

"Segundo o cânon inscrito no art. 119, no concurso de crime, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um isoladamente, não dispondo o preceito sobre a prescrição na hipótese do crime continuado" (STJ, RHC 10.182/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 4-9-2001).

Perdão judicial

Art. 120. A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

— V. art. 107, IX, do CP.

— V. arts. 8º e 39 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. Súmula 18 do STJ.

DOUTRINA

Perdão judicial e reincidência

Este dispositivo é um bom exemplo de "resultado diverso do pretendido". Apesar da esclarecedora manifestação da Exposição de Motivos (n. 98) e da precisão do art. 107, IX, o reforço que se quis imprimir na posição assumida pela reforma penal acabou servindo de *gancho* aos adversários da tese sustentada, os quais insistem em que o teor do art. 120 reforça a tese da natureza condenatória da sentença concessiva do perdão judicial, e não representa mero reforço ao art. 107, IX.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

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

"Concedido perdão judicial à ré, incide, no caso, o enunciado sumular 18 desta Corte" (STJ, EDcl no AgRg no Ag 748.381/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 3-10-2006).

"O perdão judicial é tema da sentença penal, pressupondo, como pressupõe, a sua concessão, a prática de crime pelo réu" (STJ, HC 22.806/AC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-8-2005).

"A sentença que concede o perdão judicial é de efeito declaratório, descabendo a inclusão do nome no rol dos culpados e a condenação em custas" (STJ, REsp 39.756/RJ, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 2-3-1994).

PARTE ESPECIAL

Título I - Dos Crimes Contra a Pessoa

Capítulo I - Dos Crimes Contra a Vida

— V. art. 5º, *caput* e XXXVIII, *d*, da CF.
— V. arts. 74, § 1º, e 406 a 497 do CPP.
— V. Súmula 605 do STF.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena — reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

— V. art. 1º, III, *a*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

— V. art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).
— V. art. 3º, V e parágrafo único, do Dec. n. 879/93 (transplante de órgãos).

§ 1º - Caso de diminuição de pena

§ 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.

§ 2º - Homicídio qualificado

§ 2º 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. art. 76, II, do CPP.

V — para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena — reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

— V. art. 1º da Lei n. 2.889/56 (crime de genocídio).
— V. art. 1º, III, *a*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).
— V. art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

§ 3º - Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

— V. art. 18, II e parágrafo único, do CP.
— V. art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

§§ 4º e 5º - Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 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. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

— § 4º com redação determinada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

— V. arts. 301 a 310 do CPP.

— V. Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

§ 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.

— V. art. 107, IX, e 120 do CP.

D O U T R I N A

Alterações: A segunda parte do § 4º foi acrescentada pela Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. O § 5º foi acrescentado pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

1 Homicídio simples

Definição de homicídio

Homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem. Embora a vida seja um bem fundamental do ser individual-social, que é o homem, sua proteção legal constitui um interesse compartido do indivíduo e do Estado.

Proteção da vida: marco inicial

O direito protege a vida desde a sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos; desde então até o início do parto, a sua eliminação tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana.

Outros crimes contra a vida

Iniciado o parto, a conduta de suprimir a vida do feto já tipificará o crime de *homicídio*. A proteção penal à vida abrange, como se constata, a vida

intrauterina e a vida *extrauterina*. Contudo, se durante ou logo após o parto for a própria mãe que, sob a influência do estado puerperal, põe fim à vida do *neonato,* o crime será o de *infanticídio*, que não deixa de ser uma modalidade *sui generis* de homicídio privilegiado. Por fim, quem *induz, instiga* ou *auxilia* outrem a suicidar-se, embora o *suicídio,* em si mesmo, não seja punível.

Morte como causa de maior reprovabilidade

Em outros tipos penais, nos quais a morte não é objeto do tipo penal, sua superveniência pode representar causa de maior reprovabilidade, refletindo maior punição. Assim, por exemplo, nas lesões corporais seguidas de morte, omissão de socorro, rixa, abandono de incapaz, abandono de recém-nascido ou nos crimes contra os costumes, de perigo comum etc.

Bem jurídico

É a vida humana. O Direito Penal protege a *vida* desde o momento da concepção até que ela se extinga, sem distinção da capacidade física ou mental das pessoas.

Marco inicial da vida

A *vida* começa com o início do *parto,* com o rompimento do *saco amniótico;* é suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver. Antes do início do parto, o crime será de *aborto*. Assim, a simples destruição da vida biológica do feto, no início do parto, já constitui o crime de homicídio.

Vida biológica e vida extrauterina

Modernamente, não se distingue mais entre *vida biológica* e vida autônoma ou *extrauterina*. É indiferente a existência de capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de *vida biológica*, que pode ser representada pela "existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir à luz, e das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea".

Sujeito ativo

O *sujeito ativo* do crime de homicídio pode ser qualquer pessoa, pois em se tratando de *crime comum* não requer nenhuma condição particular. O sujeito ativo pode agir só ou associado a outrem.

Vítima como sujeito ativo do homicídio

Não se admite como *sujeito ativo* do homicídio, por fim, a própria

vítima, uma vez que não é crime matar a si próprio, e, ainda que crime fosse, não seria homicídio, mas *suicídio*. Essa conduta, isoladamente, constitui um indiferente penal. *Típica* é a conduta de *matar alguém*, isto é, terceira pessoa e não a si mesmo.

Sujeito passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer ser vivo, nascido de mulher, isto é, o ser humano nascido com vida. A vida começa com o início do parto, com o rompimento do saco amniótico. Antes do início do parto, o crime será de aborto. É suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver.

Sujeito passivo especial

Quando o sujeito passivo de homicídio for o Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, o crime será contra a segurança nacional (art. 29 da Lei n. 7.170/83). Quando se tratar de vítima menor de 14 anos, a pena será majorada em um terço (2ª parte do § 4º, com redação da Lei n. 8.069/90 — ECA).

Tipo objetivo

A conduta típica consiste em *matar alguém*, isto é, eliminar a vida de outrem. A *ação de matar* é aquela dirigida à antecipação temporal do lapso de vida alheia. Circunstâncias particulares que ocorrerem na realização do homicídio estão fora do tipo, mas poderão integrar as qualificadoras ou privilegiadoras do crime.

Alguém: conteúdo e significado

A expressão *alguém*, contida no tipo legal, abrange, indistintamente, o universo de seres humanos, ou seja, qualquer deles pode ser sujeito passivo do homicídio. *Alguém* significa outro ser humano, ou seja, o homicídio exige, no mínimo, a inclusão de dois sujeitos, o que mata e o que morre.

Tipo subjetivo

O *elemento subjetivo* que compõe a estrutura do tipo penal do crime de homicídio é o *dolo*, que pode ser direto ou eventual. *Dolo* é a *consciência* e a *vontade* de realização da conduta descrita em um tipo penal; no caso do homicídio, é a vontade e a consciência de matar alguém.

Dolo de dano

Trata-se de *dolo de dano* e não de perigo, uma vez que a subjetividade típica exige que o sujeito ativo tenha a intenção de realmente produzir dano

no bem jurídico tutelado.

Dolo direto de primeiro grau

O *dolo direto* em relação ao *fim proposto* e aos *meios escolhidos* é classificado como de primeiro grau. Estes são abrangidos, *imediatamente*, pela vontade consciente do agente: essa *imediação* os situa como objetos do *dolo direto*.

Dolo direto de segundo grau

Já os *efeitos colaterais* representados como *necessários* (em face da natureza do fim proposto, ou dos meios empregados) são abrangidos, *mediatamente*, pela vontade consciente do agente, mas a sua *produção necessária* os situa, também, como objetos do dolo direto: não é a relação de *imediatidade*, mas a relação de *necessidade* que os inclui no dolo direto.

Dolo eventual

No dolo eventual o agente *prevê* o resultado como *provável* ou, ao menos, como *possível*, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo. *Assumir o risco* é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer.

Dolo eventual: um processo complexo

Dolo eventual é um *complexo processo psicológico* em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de ser reduzidos a um conceito unitário de dolo.

Dolo eventual e mera esperança

Dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou simples desejo de que determinado resultado ocorra, como no exemplo trazido por Welzel, do sujeito que manda seu adversário a um bosque, durante uma tempestade, na esperança de que seja atingido por um raio.

Consumação e tentativa

Consuma-se o homicídio quando da ação humana resulta a morte da vítima. Aliás, a consumação, nos crimes materiais, é a fração última e típica do agir criminoso.

Materialidade do homicídio

A morte prova-se com o *exame de corpo de delito*, que pode ser direto ou indireto (art. 158 do CPP). Na impossibilidade desse exame — direto ou

indireto — admite-se, supletivamente, a produção de *prova testemunhal* (art. 167 do CPP), que não se confunde com *exame de corpo de delito indireto*.

Excepcionalidade da prova testemunhal

Somente será admissível a *prova testemunhal supletiva*, quando também for impossível o *exame de corpo de delito indireto*, e não apenas o direto. Ademais, a própria confissão do acusado não supre a ausência dessa *prova qualificada* da materialidade de qualquer crime material que deixa vestígio.

Tentativa: tipo penal ampliado

Como crime material, admite a tentativa. A tentativa é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal. Podem ocorrer também as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz.

Tipicidade da tentativa

A tipicidade da tentativa de homicídio decorre da conjugação do tipo penal (art. 121) com o dispositivo que a define e prevê a sua punição (art. 14, II).

Inexistência de dolo especial de tentativa

Relativamente às fases de realização do crime em geral não há distinção quanto ao *elemento subjetivo* entre o crime consumado e o tentado. Não existe um *dolo especial de tentativa*, diferentemente do *elemento subjetivo* informador do crime consumado. *O dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado*. Quem *mata* age com o mesmo *dolo* de quem *tenta matar*.

Tentativa branca

Nos casos de “tentativa branca” e o crime de exposição a perigo (vida ou saúde), o grande traço distintivo limita-se ao *elemento subjetivo*. O *homicídio* é um crime de dano, e o *perigo para a vida ou a saúde de outrem* é um crime de perigo. No primeiro, o dolo é de dano, no segundo, é de perigo.

Classificação doutrinária

Crime comum, de dano, material, instantâneo, doloso ou culposo.

Homicídio simples

Homicídio simples é a figura básica, elementar, original na espécie. É a realização estrita da conduta tipificada de *matar alguém*. Na verdade, o

homicídio qualificado apenas acrescenta maior *desvalor da ação* representada por particulares circunstâncias que determinam sua maior reprovabilidade, pois a conduta nuclear típica é exatamente a mesma, *matar alguém*.

Homicídio simples e crime hediondo

Quando o homicídio simples é cometido em *atividade típica de grupo de extermínio*, mesmo por um único executor, é definido como crime hediondo (art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, com redação da Lei n. 8.930/94).

Caracterização de ação de extermínio

Extermínio é a matança generalizada, é a chacina que elimina a vítima pelo simples fato de pertencer a determinado grupo ou determinada classe social ou racial. Caracteriza-se a ação de extermínio mesmo que seja morta uma única pessoa, desde que se apresente a impessoalidade da ação, ou seja, pela razão exclusiva de pertencer ou ser membro de determinado grupo social, ético, econômico, étnico etc.

2 Homicídio privilegiado

As circunstâncias especialíssimas elencadas no § 1º do art. 121 *minoram* a sanção aplicável ao homicídio, tornando-o um *crimen exceptum*. Contudo, não se trata de elementares típicas, mas de *causas de diminuição de pena*, que não interferem na estrutura da descrição típica, que permanece inalterada. Por essa razão, as "privilegiadoras" não se comunicam na hipótese de concurso de pessoas (art. 30 do CP).

Figuras privilegiadas de homicídio

As formas privilegiadas são as seguintes: a) *impelido* por motivo de *relevante* valor social: importante, considerável valor social, isto é, que seja de interesse coletivo; b) *impelido* por motivo de *relevante* valor moral: igualmente importante, considerável *valor moral*, isto é, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência. O *valor social ou moral* do motivo deve ser considerado sempre objetivamente, segundo a média existente na sociedade, e não subjetivamente, segundo a opinião do agente; c) *sob o domínio* de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima: a intensidade da emoção deve ser de tal ordem que o sujeito seja dominado por ela; a *reação* tem de ser imediata, e a *provocação* tem de ser

injusta.

Motivo de relevante valor social

Motivo de relevante valor social é aquele que tem motivação e interesse coletivos, ou seja, a motivação fundamenta-se no interesse de todos os cidadãos de determinada coletividade; *relevante* é aquele importante ou considerável *valor social,* isto é, que seja de interesse de todos em geral, ao contrário do *valor moral*, que, em regra, encerra interesse individual.

Motivo de relevante valor moral

Relevante valor moral, por sua vez, é aquele superior, enobrecedor de qualquer cidadão em circunstâncias normais. Faz-se necessário que se trate de valor considerável, isto é, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência.

Necessidade da relevância do motivo

Não será qualquer motivo social ou moral que terá a condição de privilegiar o homicídio, mas será necessário que seja relevante; não basta que tenha valor social ou moral, sendo indispensável seja relevante, ou seja, importante, notável, digno de apreço.

Valoração objetiva do motivo

O *valor social ou moral* do motivo deve ser considerado sempre objetivamente, segundo a média existente na sociedade, e não subjetivamente, segundo a opinião do agente, que pode ser mais ou menos sensível.

Sob o domínio de violenta emoção

Não é qualquer *emoção* que pode assumir a condição de privilegiadora no homicídio, mas somente a emoção intensa, violenta, absorvente, que seja capaz de reduzir quase que completamente a *vis electiva*, em razão dos motivos que a eclodiram, *dominando,* segundo os termos legais, o próprio autocontrole do agente.

Intensidade da emoção

A *intensidade da emoção* deve ser de tal ordem que o sujeito seja dominado por ela, ou seja, o sujeito ativo deve agir sob o ímpeto do choque emocional. *Sob o domínio de violenta emoção* significa agir sob choque emocional próprio de quem é absorvido por um estado de ânimo caracterizado por extrema excitação sensorial e afetiva, que subjuga o

sistema nervoso do indivíduo.

Mera influência da emoção

Na hipótese de mera atenuante (art. 65, *c*), o agente estaria apenas sob a influência da violenta emoção, ao contrário dos casos de minorantes, que exigem que aquele se encontre *dominado* pela emoção violenta. Ademais, no caso da atenuante não há a exigência do requisito temporal "logo em seguida", pois é indiferente que o crime tenha sido praticado algum tempo depois da injusta provocação da vítima.

Injusta provocação da vítima

Com efeito, além da *violência emocional*, é fundamental que a *provocação* tenha sido da própria vítima e mediante uma provocação *injusta*, que não significa, necessariamente, antijurídica, mas quer dizer não justificada, não permitida, não autorizada por lei ou, em outros termos, ilícita.

Injusta provocação e agressão injusta

Injusta provocação não se confunde com *agressão injusta*. Com efeito, se a ação que constitui a provocação for legítima, e, nesse caso, cabe ao sujeito ativo submeter-se a ela, não se pode falar em privilegiadora ou causa de diminuição de pena, por faltar um requisito ou elementar indispensável, que é a *injustiça* da provocação.

Imediatidade entre provocação e reação

Para se reconhecer a minorante em apreço, nosso Código Penal vinculou a ação "sob domínio de violenta emoção" a um requisito temporal — *logo em seguida a injusta provocação da vítima*. Com efeito, a *reação* tem de ser imediata, ou seja, é necessário que entre a *causa* da emoção (injusta provocação) e esta praticamente inexista intervalo. A reação à provocação injusta deve ser imediata, de pronto, sem intervalo, isto é, *ex improviso*.

"Sob o domínio" e "sob a influência": distinção

A distinção situa-se na *intensidade* da emoção sentida e na *imediatidade* da reação. No *homicídio privilegiado*, o agente age *sob o domínio* de violenta emoção, e logo após a provocação da vítima; na *atenuante genérica*, ele se encontra *sob a influência* da emoção, sendo indiferente, nesse caso, o requisito temporal.

Requisitos da terceira privilegiadora

1º) Emoção violenta; 2º) injusta provocação da vítima; 3º) imediatidade

entre provocação e reação.

Privilegiadora e atenuante

Se a *emoção* for menor, apenas *influenciando* a prática do crime, ou não for *logo em seguida*, não constituirá a privilegiadora, mas a atenuante genérica do art. 65, III, *c*, última parte. A distinção situa-se na *intensidade* da emoção sentida e na *imediatidade* da reação. No homicídio privilegiado, o agente age *sob o domínio* de violenta emoção, e logo após a provocação da vítima; na atenuante genérica, ele se encontra *sob a influência* da emoção, sendo indiferente o requisito temporal (*RTJ*, *94*:438; *RT*, *620*:340).

Provocação e agressão

Provocação não se confunde com agressão. Se aquela colocar em risco a integridade do ofendido, assumirá a natureza de agressão, autorizando a legítima defesa.

Concurso com qualificadoras subjetivas

Estas privilegiadoras não podem concorrer com as qualificadoras subjetivas, por absoluta incompatibilidade. Respondendo positivamente os quesitos das privilegiadoras, ficam prejudicados os quesitos referentes às qualificadoras subjetivas. No entanto, nada impede que as privilegiadoras concorram com as qualificadoras objetivas.

Redução obrigatória

Há grande divergência doutrinária sobre a obrigatoriedade ou faculdade de redução da minorante prevista neste dispositivo. No entanto, o Supremo Tribunal sumulou *cominando* nulidade absoluta à não formulação de quesito da defesa antes das circunstâncias agravantes. E esse é um quesito de defesa. Com efeito, reconhecido pelo Conselho de Sentença, ante a soberania do júri (art. 5º, XXXVIII, da CF), a redução se impõe. O *quantum* de redução (1/6 a 1/3), este sim, ficará a critério da discricionariedade prudente do juiz.

***Súmula 162 do STF*:** "É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes".

Homicídio privilegiado e crime hediondo

Há incompatibilidade entre este e aquele. O homicídio simples só é hediondo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio. Logo, não se compatibiliza com "relevante valor social ou moral ou logo

em seguida a injusta provocação da vítima".

3 Homicídio qualificado

As circunstâncias que *qualificam* o homicídio dividem-se em: a) *motivos* (paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe ou fútil — I e II); b) *meios* (veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio de que possa resultar perigo comum — III); c) *modos* (traição, emboscada, mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima — IV); d) *fins* (para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime — V).

a) Mediante paga ou promessa de recompensa

Este é um crime típico de execução atribuída aos famosos "jagunços"; um crime mercenário. É uma das modalidades de torpeza na execução de homicídio, esta especificada. Na *paga* o agente recebe previamente a recompensa pelo crime, o que não ocorre na *promessa de recompensa*, na qual há somente a expectativa de *paga*. Respondem pelo crime qualificado o que praticou a conduta e o que pagou ou prometeu a recompensa.

Mandados gratuitos: não qualificam

A maior reprovabilidade do "crime mercenário" repousa na venalidade do agente. Os *mandados gratuitos* não qualificam o crime, tampouco eventuais benefícios concedidos *a posteriori*, onde não haja acordo prévio.

Autoria bilateral: concurso necessário

Respondem pelo crime qualificado o que praticou a conduta e o que pagou ou prometeu a recompensa. É indispensável a participação de, no mínimo, duas pessoas: quem paga para o crime ser cometido e quem o executa pela paga ou recompensa.

b) Motivo torpe

Torpe é o motivo repugnante, abjeto, ignóbil, vil, que repugna à consciência média. O motivo torpe não pode coexistir com o motivo fútil.

Motivo torpe

Torpe é o motivo que atinge mais profundamente o sentimento éticosocial da coletividade; é o motivo repugnante, abjeto, vil, indigno, que repugna à consciência média. O motivo não pode ser ao mesmo tempo torpe e fútil. A torpeza afasta naturalmente a futilidade.

O ciúme

O *ciúme*, por si só, como um sentimento comum à maioria da coletividade, não se equipara ao motivo torpe. Na verdade, o *ciúme patológico* tem a intensidade exagerada de um sentimento natural do ser humano que, se não serve para justificar a ação criminosa, tampouco serve para qualificá-la.

Vingança e motivo torpe

Nem sempre a *vingança* é caracterizadora de motivo torpe, pois a *torpeza* do motivo está exatamente na causa da sua existência. Em sentido semelhante, sustenta Fernando de Almeida Pedroso que "a vingança, como sentimento de represália e desforra por alguma coisa sucedida, pode, segundo as circunstâncias que a determinaram, configurar ou não o motivo torpe, o que se verifica e dessume pela sua origem e natureza".

Incomunicabilidade dos motivos

Os motivos que qualificam o crime de homicídio, na hipótese de concurso de pessoas, são incomunicáveis, pois a motivação é individual, e não constituem elementares típicas, segundo o melhor entendimento doutrinário.

c) Motivo fútil

Fútil é o motivo insignificante, banal. Motivo fútil não se confunde com motivo injusto, uma vez que o motivo justo pode, em tese, excluir a ilicitude, afastar a culpabilidade ou privilegiar a ação delituosa. Vingança não é motivo fútil, embora, eventualmente, possa caracterizar motivo torpe.

Ausência de motivo

Motivo fútil não se confunde com ausência de motivo. Esta é uma grande aberração jurídico-penal. A presença de um motivo, fútil ou banal, qualifica o homicídio. No entanto, a completa ausência de motivo, que deve tornar mais censurável a conduta, pela gratuidade e maior reprovabilidade, não o qualifica. *Absurdo lógico:* homicídio motivado é qualificado; homicídio sem motivo é simples. Mas o princípio da reserva legal não deixa outra alternativa. Por isso, defendemos, *de lege ferenda*, o acréscimo de uma nova qualificadora ao homicídio: "ausência de motivo".

Vingança e motivo fútil

Vingança não é motivo fútil, embora, eventualmente, possa caracterizar motivo torpe. O ciúme, por exemplo, não se compatibiliza com motivo

fútil. Motivo fútil, segundo a Exposição de Motivos, é aquele que, "pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime". Na verdade, essa declaração da Exposição de Motivos não é das mais felizes, porque se for "causa suficiente para o crime" justificá-lo-á, logo será excludente de criminalidade.

Motivo fútil e motivo justo

Motivo fútil não se confunde com *motivo injusto*, pois este não apresenta aquela desproporcionalidade referida na Exposição de Motivos. E um motivo aparentemente insignificante pode, em determinadas circunstâncias, assumir certa relevância. Por outro lado, sendo *justo* o motivo, não se poderá falar em crime.

Insuficiência e ausência de motivo

A *insuficiência de motivo* não pode, porém, ser confundida com *ausência de motivos. Aliás*, motivo fútil não se confunde com *ausência de motivo*. Esta é uma grande aberração jurídico-penal. A presença de um motivo, fútil ou banal, qualifica o homicídio. No entanto, a completa *ausência de motivo*, que deve tornar mais censurável a conduta, não o qualifica.

***Absurdo lógico:* ausência de motivo**

Homicídio motivado é qualificado; homicídio sem motivo é simples. Mas o princípio da reserva legal não deixa outra alternativa.

d) Emprego de veneno: dissimulação

A utilização de veneno só qualifica o crime se for utilizado com *dissimulação*, como estratagema, como cilada. Sua administração forçada ou com conhecimento da vítima não qualifica o crime. Se for ministrado com violência poderá caracterizar o meio cruel.

Emprego de veneno: meio insidioso

O emprego de veneno é um meio insidioso excepcional, e o seu êxito está vinculado exatamente à dissimulação no seu uso.

Definição de veneno

Veneno é toda substância, biológica ou química, que, introduzida no organismo, pode produzir lesões ou causar a morte. Veneno, para fins penais, é qualquer substância, vegetal, animal ou mineral, que tenha idoneidade para provocar lesão ao organismo humano. Uma substância teoricamente inócua pode assumir a condição de venenosa, segundo as condições especiais da vítima.

Natureza da substância venenosa

O que caracteriza o veneno não é a forma de introdução no organismo, nem seu aspecto insidioso, mas a sua maneira de agir no organismo, alterando a saúde ou causando a morte por processo químico ou bioquímico, distinguindo-se, nesse particular, de outras substâncias de ação física, como água quente, ferro candente etc.

Descaracterização de "veneno"

Sua administração forçada ou com conhecimento da vítima não qualifica o crime. Se for ministrado com violência poderá caracterizar o meio cruel *lato sensu*, se tiver o propósito de causar grave sofrimento à vítima, mas não constituirá *meio insidioso.*

Necessidade de prova pericial

Convém destacar, desde logo, que o envenenamento exige a prova pericial toxicológica, nos termos do art. 158 e seguintes do CPP.

e) Emprego de fogo ou explosivo

Exemplifica-se o *emprego de fogo* com a utilização de combustível inflamável seguido do ateamento de fogo. Fogo pode constituir *meio cruel* ou *meio de que pode resultar perigo comum*, dependendo das circunstâncias. O emprego de explosivo pode ocorrer com o uso de dinamite ou qualquer outro material explosivo, v. g., bomba caseira, coquetel molotov.

Emprego de fogo: meio cruel

Nada impede que possa, casuisticamente, constituir *meio cruel*, como vem ocorrendo nos ateamentos de fogo em *mendigos* pelas ruas das grandes cidades, nos últimos tempos.

Definição de explosivo

Explosivo é qualquer objeto ou artefato capaz de provocar explosão ou qualquer corpo capaz de se transformar rapidamente em explosão. O *emprego de explosivo* pode ocorrer com o uso de dinamite ou qualquer outro material explosivo, v. g., bomba caseira, coquetel molotov etc.

f) Emprego de asfixia

Asfixia é o impedimento da função respiratória com a consequente falta de oxigênio no sangue do indivíduo. Essa supressão do oxigênio, por determinado período, leva a vítima à morte em razão da falta de oxigênio.

Modalidades de asfixia

A *asfixia* pode ser: a) *mecânica* — enforcamento, afogamento etc.; b) *tóxica* — uso de gás asfixiante. A *asfixia mecânica*, segundo doutrina e jurisprudência, pode ser produzida por meio de enforcamento, estrangulamento, afogamento, esganadura ou sufocação, que são processos de sua provocação.

g) Emprego de tortura

Tortura é meio que causa prolongado, atroz e desnecessário padecimento. A nosso juízo, a tortura é uma modalidade de meio cruel, distinguindo-se somente pelo aspecto temporal, exigindo uma ação um pouco mais prolongada.

h) Meio insidioso e cruel

Meio insidioso

Meio insidioso é aquele utilizado com estratagema, perfídia. Insidioso é o recurso dissimulado, consistindo na ocultação do verdadeiro propósito do agente, que, assim, surpreende a vítima, que tem sua defesa dificultada ou até impossibilitada. Insidioso é o meio disfarçado, sub-reptício, ardiloso, que objetiva surpreender a vítima desatenta e indefesa.

Meio cruel

Meio cruel é a forma brutal de perpetrar o crime, é meio bárbaro, martirizante, que revela ausência de piedade, v. g., pisoteamento da vítima, dilaceração do corpo a facadas etc. Meio cruel é o que causa sofrimento desnecessário à vítima. Pelo meio cruel o agente objetiva o padecimento de sua vítima; revela sadismo.

Crueldade após a morte: descaracterização

A crueldade realizada após a morte da vítima não qualifica o crime. Nesse sentido era o magistério de Frederico Marques, que advertia: “os atos que podem traduzir a crueldade somente são tais, como é óbvio, enquanto a pessoa está com vida”.

i) Possa resultar perigo comum

Meio de que pode resultar perigo comum é aquele que pode atingir um número indefinido ou indeterminado de pessoas. Nada impede que haja concurso formal do homicídio com um crime de perigo comum, se houver “desígnios autônomos”.

Qualificadora e crimes de perigo comum

Distinguem-se as qualificadoras do homicídio que resultar em *perigo comum* daqueles denominados *crimes de perigo comum* (Título VIII, Capítulo I), porque a finalidade do agente é a morte da vítima e não o *perigo comum*. A diferença está no elemento subjetivo.

j) À traição

É o ataque sorrateiro, inesperado, como, v. g., tiro pelas costas (que não se confunde com tiro nas costas). Não se configura a traição se a vítima pressente a intenção do agente, não se configurando igualmente se houver tempo para a vítima fugir.

Ocultação moral ou física da intenção

Traição, como qualificadora de homicídio, é a *ocultação moral* ou mesmo *física* da intenção do sujeito ativo, que viola a confiança da vítima; é a deslealdade. Não se caracteriza unicamente por haver o golpe letal ter sido desferido pelas costas da vítima.

k) Emboscada

É a tocaia, a espreita, verificando-se quando o agente se esconde para surpreender a vítima. É a ação premeditada de aguardar oculto a presença da vítima para surpreendê-la com o ataque indefensável. Emboscada é a espera dissimulada da vítima em lugar onde esta terá de passar.

Emboscada: crime premeditado

O homicídio qualificado pela emboscada é sempre um *crime premeditado*, pois o sujeito ativo desloca-se com antecedência, examina o local, projeta os próximos passos, coloca-se à espera da passagem da vítima para, com segurança e sem risco, abatê-la.

Emboscada: impossibilidade de defesa

A vítima, nessa modalidade, não tem nenhuma possibilidade de defesa. Trata-se de uma das formas mais covardes da ação humana criminosa.

l) Mediante dissimulação

O agente esconde ou disfarça o seu propósito para surpreender a vítima desprevenida. É uma modalidade de *surpresa*. Tanto a *ocultação* do propósito quanto o *disfarce* utilizado para se aproximar da vítima qualificam o homicídio.

Dissimulação: modalidade de surpresa

Dissimulação é a ocultação da intenção hostil, do projeto criminoso, para surpreender a vítima. O sujeito ativo dissimula, isto é, mostra o que não é, faz-se passar por amigo, ilude a vítima, que, assim, não tem razões para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa. Por meio de *dissimulação* o agente esconde ou disfarça o seu propósito para surpreender a vítima desprevenida.

m) Recurso que dificulta ou impossibilita a defesa

Somente poderá ser hipótese análoga à traição, emboscada ou dissimulação, do qual são exemplificativas. Em outros termos, é necessário que "o outro recurso" tenha a mesma natureza das qualificadoras elencadas no inciso. Exemplo típico *é a surpresa*.

n) Surpresa

A *surpresa* constitui um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível; além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar ou suspeitar da agressão. Não basta que a agressão seja inesperada; é necessário que o agressor atue com *dissimulação,* procurando, com sua ação repentina, dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima.

Caracterização da surpresa

Para se configurar a surpresa, isto é, *recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido*, é necessário que, além do procedimento inesperado, não haja razão para a espera ou, pelo menos, suspeita da agressão, pois é a dificuldade ou mesmo impossibilidade de a vítima defender-se que fundamenta a qualificadora.

Surpresa e traição

Por vezes, a *surpresa* confunde-se com a *traição*. Se, por exemplo, ao matar a vítima dormindo, estiver violando a confiança e a lealdade que a vítima lhe depositava, como é o caso de quem convive sob o mesmo teto. No entanto, haverá surpresa se o sujeito ativo, ao procurar a vítima para matá-la, encontra-a adormecida, exterminando-lhe a vida.

o) Para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime

Estas qualificadoras constituem o elemento subjetivo do tipo, representado pelo *especial fim* de agir. O outro crime pode ter sido praticado por outra pessoa. Fala-se em qualificadora por conexão. Neste caso, o homicídio é cometido para garantir a prática de outro crime ou

evitar a sua descoberta.

p) A premeditação

A premeditação não qualifica o crime. A preordenação criminosa nem sempre será causa de exasperação de pena diante da maior censurabilidade da conduta. Poderá, muitas vezes, significar relutância, resistência à prática criminosa, em vez de revelar intensidade de dolo. O art. 59 será a sede adequada para avaliar a natureza dessa circunstância (*RT*, *534*:396).

Abrangência do dolo: necessidade

Os *meios*, *modos* e *fins* que qualificam o homicídio referem-se à exacerbação da natureza ilícita da conduta, integrando a própria figura típica, razão pela qual devem ser abrangidos pelo dolo, podendo, consequentemente, ser excluídos pela ocorrência de erro.

4 Homicídio culposo

Admite a forma culposa, desde que presentes os seguintes requisitos: comportamento humano voluntário; descumprimento do dever de cuidado objetivo; previsibilidade objetiva do resultado; morte involuntária.

Excepcionalidade do crime culposo

As legislações modernas adotam o princípio da *excepcionalidade do crime culposo*, isto é, a regra é de que as infrações penais sejam imputadas a título de dolo, e só *excepcionalmente* a título de culpa, e, nesse caso, quando expressamente prevista a modalidade culposa da figura delituosa (art. 18, parágrafo único). Por isso, quando o sujeito pratica o fato culposamente e a figura típica não admite a forma culposa, não há crime.

Modalidades de culpa

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (*culpa in faciendo* ou *in committendo*). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação.

Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (*culpa in ommittendo*). É não fazer o que deveria ser feito.

Imperícia é a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício.

Imperícia não se confunde com erro profissional. O *erro profissional* é um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência.

Espécies de culpa

Culpa consciente

Há *culpa consciente*, também chamada *culpa com previsão*, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, previsível, mas confia convictamente em que ele não ocorra. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual.

Culpa inconsciente

Ação sem previsão do resultado previsível constitui a chamada culpa inconsciente, culpa *ex ignorantia*. A culpa inconsciente caracteriza-se pela ausência absoluta de nexo psicológico entre o autor e o resultado de sua ação.

Cuidado objetivamente devido

A *inobservância do cuidado objetivamente devido* resulta da comparação da *direção finalista real* com a *direção finalista exigida* para evitar as lesões dos bens jurídicos. A infração desse dever de cuidado representa o injusto típico dos crimes culposos. No entanto, é indispensável investigar o que teria sido, *in concreto*, para o agente, o dever de cuidado.

Relação causal

É indispensável que o *resultado* seja consequência da *inobservância do cuidado devido*, ou, em outros termos, é necessário que este seja a causa daquele. Com efeito, quando for observado o dever de cautela, e ainda assim o resultado ocorrer, não se poderá falar em crime culposo. Atribuir, nessa hipótese, a responsabilidade ao *agente cauteloso* constituirá autêntica *responsabilidade objetiva*.

Inevitabilidade do resultado: atipicidade

Os *limites* da *norma imperativa* encontram-se no poder de seu cumprimento pelo sujeito; por isso, o *dever de cuidado* não pode ir além desses limites. A *inevitabilidade* do resultado exclui a própria tipicidade. Em outros termos, é indispensável que a *inobservância do cuidado devido seja a* causa *do* resultado *tipificado como crime culposo.*

Culpa imprópria e erro culposo

A *culpa imprópria* decorre do erro de tipo *evitável* nas descriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificação. Nessas circunstâncias, o agente quer o resultado em razão de a sua vontade encontrar-se viciada por um *erro* que, com mais cuidado, poderia ser evitado.

Dolo eventual e culpa consciente

Há entre ambos um traço comum: a *previsão* do resultado proibido. Mas, enquanto no *dolo eventual* o agente anui ao advento desse resultado, *assumindo o risco* de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na *culpa consciente*, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá.

Dúvida: dolo eventual ou culpa consciente

Por fim, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Persistindo a dúvida entre um e outra, dever-se-á concluir pela solução menos grave: pela *culpa consciente*.

Concorrência de culpas

Há *concorrência de culpas* quando dois indivíduos, um ignorando a participação do outro, concorrem, culposamente, para a produção de um fato definido como crime. Na *concorrência de culpa* os agentes respondem, isoladamente, pelo resultado produzido. De observar-se que, nessa hipótese, não se pode falar em *concurso de pessoas*, ante a *ausência do vínculo subjetivo*.

Compensação de culpas

Eventual culpa da vítima não exclui a do agente: elas não se compensam. As *culpas recíprocas* do ofensor e do ofendido não se extinguem. Somente a *culpa exclusiva da vítima* exclui a daquele, para quem, nesse caso, a ocorrência do evento foi pura *infelicitas facti*.

Tentativa no homicídio preterintencional

A *tentativa* é inadmissível no chamado *homicídio preterintencional*, isto é, naquele crime cujo resultado preterdoloso foi maior do que o inicialmente pretendido pelo agente. Segundo Hungria, "a tentativa de homicídio é o inverso do homicídio preterintencional ou *ultra voluntatem* (art. 121, § 3º): neste, não há o *animus occidendi*, mas verifica-se o evento 'morte'; naquela, há o *animus occidenti*, mas o evento 'morte' não se

verifica”.

Concurso de pessoas em crime culposo

Doutrina alemã: autoria

A doutrina alemã não admite a possibilidade de coautoria nos crimes culposos, entendendo que qualquer contribuição na causa produtora do resultado não querido caracteriza, em si, a autoria. Essa concepção germânica decorre da adoção da “teoria do domínio do fato”, visto que nos crimes culposos esse domínio não existe.

Doutrina espanhola: coautoria e participação

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina espanhola não só admite a coautoria nos crimes culposos como também a participação em sentido estrito. O comum acordo, impossível quanto ao resultado, é perfeitamente admissível na conduta imprudente, que, de regra, é voluntária. Esta é a melhor orientação.

Doutrina brasileira: coautoria

A doutrina brasileira, à unanimidade, admite a *coautoria* em crime culposo, rechaçando, contudo, a *participação*. Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que *cooperam na causa*, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são *coautores*.

Coautoria e participação

No exemplo do passageiro que induz o motorista de táxi a dirigir em velocidade excessiva e contribui diretamente para um atropelamento, que para os alemães seria autor, para os espanhóis seria simples partícipe, para a doutrina brasileira seria coautor.

Homicídio culposo no trânsito: maior punição

É de uma clareza meridiana a diferença e a maior desvalia entre as *ações “descuidadas”* praticadas no trânsito e aquelas demais ações culposas que podem ocorrer no quotidiano social.

Maior desvalor da ação

Priorizar o maior *desvalor da ação* não é novidade em nosso Direito Penal, pois ocorre, por exemplo, no *homicídio qualificado* cujo resultado é o mesmo do homicídio simples. E isso não significa *negar* “tratamento

igualitário” a quem matou alguém de forma *qualificada*, e não *simples.*

Majorantes do crime de homicídio

Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício

Não se confunde com a *imperícia* (modalidade de culpa), que indica inaptidão ou insuficiência de capacidade técnica. Nesta majorante, o agente conhece a regra técnica, mas não a observa; há uma displicência a respeito da regra técnica. O fundamento da culpa é outro.

Imperícia e inobservância de regra técnica

A *imperícia* é modalidade ou espécie de culpa, que se localiza na topologia estrutural do crime culposo, isto é, no tipo penal. Já a *inobservância de regra técnica* importa em maior reprovabilidade da conduta, seja qual for a modalidade da culpa. Situa-se, portanto, na culpabilidade, graduando a reprovabilidade da conduta praticada.

Omissão de socorro à vítima

Aqui a *omissão de socorro* não constitui crime autônomo (o crime continua a ser de resultado: morte, ao contrário do crime omissivo próprio), como ocorre com a previsão do art. 135, mas configura simples majorante. Em razão da *especialidade desta previsão*, afastam-se a adequação típica dos arts. 135 e 13, § 2º, *c*, ambos do CP.

Impossibilidade de prestar socorro: atipicidade

Essa majorante somente pode ser aplicada quando o socorro omitido pudesse ter sido prestado. Por isso, a despeito de alguns textos legais prolixos, pretendendo punir crime impossível, a *morte instantânea da vítima* ou seu imediato socorro por terceiro impedem a incidência desta majorante.

Risco pessoal

A presença de *risco pessoal* afasta esta majorante. Por isso, no caso do agente que deixa o local do acidente temeroso de alguma represália por parte dos parentes da vítima ou de terceiros, que possuem condições de prestar socorro, não se há que falar em adequação típica da referida majorante, pela falta da elementar “sem risco pessoal”.

Omissão de socorro injusta

É irrelevante que do dispositivo em exame não conste expressamente a elementar típica — *sem risco pessoal* —, pois somente a *omissão de*

socorro injusta admite a responsabilização do omitente. Por outro lado, para quem não admite essa orientação, se o sujeito ativo deixar de prestar socorro em razão de *risco pessoal*, configura-se, plenamente, a *inexigibilidade de outra conduta*, que é uma excludente supralegal da culpabilidade.

Não procura diminuir as consequências do comportamento

É uma referência redundante, na medida em que não deixa de ser uma forma de omitir socorro. Na verdade, *mutatis mutandis,* essa previsão tem certa conotação de *arrependimento posterior*, a exemplo da previsão do art. 16 do CP.

Fuga para evitar prisão em flagrante

Esta majorante constitui uma espécie *sui generis* de *elemento subjetivo do tipo* majorado. Normalmente tal majorante se confunde com a omissão de socorro. No entanto, o *risco pessoal iminente* afasta a tipicidade da própria conduta omissiva, e não somente da majorante, descaracterizando o crime.

Prisão em flagrante: política equivocada

Essa "política equivocada", em vez de reprimir a fuga, tem estimulado muitos motoristas irresponsáveis a abandonar o local do acidente, para evitar a prisão em flagrante, mostrando-se essa previsão legal ser absolutamente contraproducente, na medida em que contribui também para diminuir a prestação de socorro.

Homicídio doloso contra menor

A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) acrescentou essa causa de aumento no § 4º do art. 121, constituindo verdadeira impropriedade técnica, pois referido dispositivo disciplinava causas de aumento incidentes somente no homicídio culposo.

Majorante objetiva

Trata-se de causa de aumento de natureza objetiva e de aplicação obrigatória incidindo sempre que o homicídio praticado contra menor de 14 anos for doloso, em qualquer de suas modalidades: simples, privilegiado ou qualificado.

Tempo da menoridade

Como o Código Penal adotou a *teoria da atividade* (art. 4º), considera-se a menoridade na data da prática da ação delituosa, ainda que outra seja a da

produção do resultado.

Menoridade e grupo de extermínio

Embora esta previsão incluída pelo ECA tenha endereço certo — os grupos de extermínio —, sua aplicação atinge a todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for praticado contra menor de 14 anos, majorando a pena em um terço.

4.1 Homicídio culposo no trânsito

A *ação* que tipifica o crime culposo no trânsito de veículo automotor é consideravelmente mais *desvaliosa* do que as outras condutas produtoras de crimes culposos no quotidiano social. O maior *desvalor das ações* "descuidadas" praticadas no volante está diretamente relacionado à quantidade produzida de *resultados desvaliosos*. O veículo transformou-se em instrumento de vazão da agressividade humana, de prepotência, de desequilíbrio emocional, que se extravasam nas pistas de rolamento.

4.2 Constitucionalidade de maior reprovação

A *reprovabilidade* da inobservância do cuidado devido no trânsito é muito maior que a relativa a outros comportamentos *descuidados* produtores de semelhantes resultados. O *homicídio qualificado* também recebe uma sanção muito superior ao *homicídio simples*, que produz exatamente o mesmo resultado. O maior *desvalor* está exatamente na *ação*. Um parágrafo a mais no art. 121 do CP punindo diferentemente o crime culposo de trânsito e essa desinteligência não existiria. Não vemos nenhuma inconstitucionalidade nessa exasperação penal.

5 Majorantes do homicídio

A majorante representa um *plus* de culpabilidade, ao contrário da qualificadora que integra a tipicidade. As majorantes e minorantes não se confundem com qualificadoras ou agravantes e atenuantes genéricas. Funcionam como *modificadoras da pena*, na terceira fase do cálculo de sua aplicação. Ademais, as majorantes e minorantes estabelecem o *quantum*, fixo ou variável, de aumento ou diminuição, ao contrário das demais operadoras. Este § 4º prevê majorantes diferenciadas para homicídio culposo e doloso.

5.1 No homicídio culposo (§ 4º, 1ª parte)

a) *Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício* — esta majorante não se confunde com a *imperícia* (modalidade de culpa), que indica inaptidão, inabilidade profissional ou insuficiência de capacidade técnica. Nesta majorante, o agente conhece a regra técnica, mas não a observa; haveria uma displicência a respeito da regra técnica. O fundamento da culpa é outro; essa desatenção somente graduaria a culpa. Por isso, esta majorante, ao contrário da *imperícia*, a nosso juízo, aplica-se somente à *profissional* (contra: *RTJ, 56*:695); b) *omissão de socorro à vítima* — aqui a omissão de socorro não constitui crime autônomo (o crime continua a ser de resultado morte), mas simples majorante. A presença de *risco pessoal* afasta esta majorante. Em razão da *especialidade desta previsão*, afastam-se as normas dos arts. 135 e 13, § 2º, *c*, ambos do CP; c) *não procura diminuir as consequências do comportamento* — isto não passa de uma especificação de omissão de socorro. Por isso, a referência é redundante (Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, v. 1, p. 47); d) *fuga para evitar prisão em flagrante* — esta majorante constitui o *elemento subjetivo do tipo* majorado. Normalmente ela se confunde com a omissão de socorro. A dificuldade da identificação de uma ou outra é, aparentemente, indiferente, na medida em que se aplica somente uma majoração. No entanto, exige-se redobrada cautela da defesa, pois a omissão de socorro não exige elemento subjetivo do tipo. Por isso, o risco pessoal iminente afasta a tipicidade da própria conduta omissiva, e não somente a majorante, descaracterizando o crime.

5.2 No homicídio doloso (§ 4º, 2ª parte)

Esta previsão incluída pelo ECA tem endereço certo: os grupos de extermínio. No entanto, sua aplicação atinge a todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for praticado contra menor de 14 anos, majorando a pena em um terço.

5.3 Proteção do idoso: maior de sessenta anos

Este "penduricalho" pode aumentar: hoje menoridade, velhice, amanhã, quem sabe, desempregado, sem-teto etc. Ao contrário da redação de outros dispositivos, este somente contempla o *maior de sessenta anos*, significando que vítima com idade igual a sessenta anos não majora a pena

do homicídio.

5.4 Isenção de pena ou perdão judicial

Refere-se à hipótese em que o agente é punido diretamente pelo próprio fato que praticou. A gravidade das consequências deve ser aferida em função da pessoa do agente, não se cogitando aqui de critérios objetivos. As consequências de que se cogita não se limitam aos danos morais, podendo constituir-se de danos materiais. Quando as consequências atingirem o agente, via indireta, exige-se entre este e a vítima *vínculo afetivo* de importância significativa.

Gravidade das consequências

A *gravidade das consequências* deve ser aferida em função da pessoa do agente, não se cogitando aqui de critérios objetivos. As consequências não se limitam aos danos morais, podendo constituir-se de danos materiais. Quando as consequências atingirem o agente, via indireta, exige-se entre este e a vítima *vínculo afetivo* de importância significativa.

Perdão judicial: direito do réu

Se estiverem presentes os requisitos exigidos, não poderá deixar de conceder o *perdão judicial* por mero capricho ou qualquer razão desvinculada do referido instituto. Trata de *um direito público subjetivo de liberdade* do indivíduo. Causa extintiva de punibilidade não pode ficar relegada ao *puro arbítrio judicial*.

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

6 Questões especiais

Homicídio e "aberratio ictus"

A *aberratio ictus* ou erro na execução não se confunde com o *erro quanto à pessoa* (art. 20, § 3º), no qual há representação equivocada da realidade, pois o agente acredita tratar-se de outra pessoa.

Coação irresistível e obediência hierárquica

A *coação irresistível* e a *obediência hierárquica* (art. 22) são causas legais que excluem a culpabilidade, em razão da *inexigibilidade* de comportamento diverso.

Coação irresistível

Coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha.

Coação moral

Coação irresistível, com idoneidade para afastar a culpabilidade, é a *coação moral*, a conhecida *ameaça*, uma vez que a *coação física* exclui a própria ação, não havendo, consequentemente, conduta típica. Na *coação moral* existe vontade, embora seja viciada.

Coação física irresistível

A *coação física*, *vis absoluta*, por sua vez, exclui a ação por ausência de vontade. Neste caso, o *executor* é considerado apenas um *instrumento* de realização da vontade do coator, que, na realidade, é o autor mediato.

Irresistibilidade da coação

A *irresistibilidade* da coação deve ser medida pela gravidade do mal ameaçado. Essa gravidade deve relacionar-se com a natureza do mal e, evidentemente, com o *poder* do coator em produzi-lo. Na verdade, não pode ser algo que independa da vontade do coator, alguma coisa que dependa de um fator aleatório, fora da disponibilidade daquele.

Punibilidade exclusiva do coator

Na hipótese de *irresistibilidade* da coação pune-se, exclusivamente, o coator, que, no caso, é o *autor mediato*, uma vez que o *executor* é mero instrumento, agindo inculpavelmente. Não há propriamente *concurso de pessoas*, mas simples *autoria mediata*.

Coação resistível

Na hipótese de coação *resistível*, não haverá exclusão da culpabilidade penal, logicamente, porque o sujeito pode agir em conformidade com o direito, e, neste caso, haverá *concurso de pessoas*. Porém, como há a *coação*, configura-se uma diminuição do grau de reprovação (art. 65, III, *c*, 1ª figura).

Obediência hierárquica

A *obediência hierárquica* requer *uma relação de direito público*, e somente de direito público. A *hierarquia privada*, própria das relações da iniciativa privada, não é abrangida por este dispositivo.

Não manifestamente ilegal

Em virtude dessa *subordinação hierárquica*, o subordinado cumpre *ordem do superior*, desde que a ordem não seja *manifestamente ilegal*, podendo, no entanto, ser apenas *ilegal*. Se a ordem for legal, o problema deixa de ser de culpabilidade, podendo caracterizar causa de exclusão de ilicitude.

Obediência hierárquica e ordens ilegais

O subordinado não tem a obrigação de cumprir *ordens ilegais*. Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a *oportunidade* ou *conveniência* de uma ordem. Mas a *ilegalidade*, mais que o *direito*, tem o *dever* de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem *manifestamente* ilegal.

Homicídio: crime hediondo

O homicídio simples praticado em ação típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado são definidos como crimes hediondos (art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90, com redação da Lei n. 8.930/94).

Pena

Na modalidade simples a pena é de reclusão, de seis a vinte anos; na qualificada, de doze a trinta anos. Na forma culposa, a pena será de detenção, de um a três anos. Há ainda a possibilidade da aplicação de minorantes (§ 1º) e majorantes (§ 4º).

Ação penal

Pública incondicionada, em todas as formas.

Ação penal privada subsidiária

A *inércia* ministerial possibilita ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, iniciar a ação penal mediante *queixa*, substituindo ao Ministério Público. Essa ação penal denomina-se ação privada *subsidiária* da pública.

Natureza da ação privada subsidiária

A *ação penal*, no entanto, *não se transforma em privada*, mantendo a sua natureza de *pública*, e, por essa razão, o querelante que a propuser não pode dela desistir, renunciar, perdoar ou ensejar a perempção. Nesta ação, a decadência do direito de queixa não extingue a punibilidade.

Note bem: antes do início do parto o crime será de aborto e não de homicídio. Quando o sujeito ativo for a própria mãe, durante o parto ou

logo após, poderá caracterizar infanticídio (art. 123). As causas de aumento (§ 4º) devem constar, explícita ou implicitamente, da denúncia.

***Súmula 605 do STF*: "Não se admite a continuidade delitiva nos crimes contra a vida".**

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

• *Súmula 605 do STF: "*Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida".

a) *Homicídio simples*

"Decisão do Conselho de Sentença desclassificando o crime de tentativa de homicídio para o delito de lesão corporal. A vítima foi atingida no tórax, no abdômen e pelas costas, tendo um pulmão perfurado. Segundo suas declarações, antes de começar a alvejá-la o réu lhe disse: *vou lhe matar agora*. As circunstâncias nas quais ocorreu o fato, o número de disparos efetuados, sempre visando regiões letais, e a afirmação do acusado de que iria matar a vítima, não deixam dúvida quanto a ter ele agido movido pelo *animus necandi.* A decisão do Tribunal do Júri, entendendo que o imputado atuou sem vontade de ceifar a vida da ex-namorada, mostra-se manifestamente contrária aos elementos probatórios constantes dos autos" (TJRJ, Apelação 2007.050.00949, Rel. Cairo Ítalo Franca David, j. 21-11-2007).

"Hipótese em que o paciente, denunciado pela suposta prática de homicídio doloso, obteve desclassificação para a modalidade culposa, decisão que foi alvo de recurso em sentido estrito provido pelo Tribunal *a quo*, para pronunciá-lo nos termos da denúncia. A questão referente ao elemento subjetivo do agente deve ser submetida ao Tribunal do Júri, tendo em vista que, na fase da pronúncia, prevalece a máxima *in dubio pro societatis*" (STJ, HC 39.687/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-5-2005).

"Pronúncia — tentativa de homicídio simples — indícios de autoria — Princípio do *in dubio pro societate"* (TJMG, RESE 1.0145.04.130770-6/001(1), Rel. Edelberto Santiago, j. 18-2-2005).

"Tentativa de homicídio e porte ilegal de arma de fogo. Aplicação do Princípio da Consunção. Ainda que não se afaste a possibilidade do reconhecimento da autonomia das duas condutas, o crime de tentativa de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardam, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculada" (STJ, REsp 571.077/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4-3-2004).

"O motivo fútil e o uso de meio de que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima são integrantes do tipo do homicídio qualificado e, por isso, não podem ser incluídas na quesitação de julgamento de réu pronunciado por homicídio simples. Precedentes" (STJ, REsp 457.280/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-6-2003).

"Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de *racha*, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No *iudicium accusationis*, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*. O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável. O tráfego é atividade própria de risco permitido. O 'racha', no entanto, é – em princípio – anomalia extrema que escapa dos limites próprios da

atividade regulamentada" (STJ, REsp 249.604/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 24-9-2002).

b) *Homicídio privilegiado*

"Não há que se ter como contraditória a decisão dos jurados que não vislumbra a ocorrência do homicídio privilegiado e, de outro lado, reconhece a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *a*, do Código Penal (Precedente). O privilégio contido no § 1º, do art. 121, do CP, não se confunde com a atenuante genérica do art. 65, III, *a*, do mesmo diploma legal" (STJ, HC 47.448/MS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-12-2005).

"A jurisprudência dos Tribunais Superiores, incluidamente do Excelso Supremo Tribunal Federal, é firme na compreensão de que as circunstâncias privilegiadoras, de natureza subjetiva, e as qualificadoras, de natureza objetiva, podem concorrer no mesmo fato-homicídio, à falta de contradição lógica" (STJ, HC 28.623/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27-9-2005).

"Art. 121, § 1º, do Código Penal. Tendo o v. acórdão que anulou a decisão do Conselho de Sentença, demonstrado exaustivamente que a tese de homicídio privilegiado em razão de violenta emoção está em completa dissonância com o conjunto probatório, merece a decisão dos jurados ser anulada para que o paciente se submeta a novo julgamento. Entender em sentido contrário, como quer o impetrante, ensejaria necessariamente, no presente caso, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, procedimento vedado em sede de *habeas corpus* (Precedentes)" (STJ, HC 33.189/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 2-9-2004).

"Em sede de homicídio tentado, na hipótese em que se conjugam as circunstâncias de se tratar de homicídio privilegiado e sob a forma de tentativa branca, é razoável a redução da pena no seu percentual máximo" (STJ, REsp 117.253/DF, Rel. Min. Vicente Leal, j. 11-4-2000).

c) *Homicídio qualificado*

"Homicídio qualificado-privilegiado. Compatibilidade entre qualificadora inserta no art. 121, § 2º, inciso IV, com a forma privilegiada. Possibilidade. Não há incompatibilidade, em tese, na coexistência de qualificadora objetiva (*v. g.* § 2º, inciso IV) com a forma privilegiada do homicídio, ainda que seja a referente à violenta emoção (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). Assim, a resposta afirmativa ao quesito atinente a forma privilegiada do crime de homicídio não implica a prejudicialidade do quesito que indagaria aos jurados acerca da qualificadora inserta no art. 121, § 2º, inciso IV, do CP (recurso que dificultou a defesa da vítima)" (STJ, REsp 922.932/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13-12-2007).

"Crime de homicídio qualificado. Apelo defensivo buscando o reconhecimento do homicídio privilegiado. Inaplicabilidade ao caso concreto, já que fartamente demonstrado nos autos o emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que se encontrava dormindo no sofá de sua residência, à noite, quando foi alvejada por golpes de foice perpetrados pelo apelante, que foram a causa eficiente de sua morte" (TJRJ, Apelação 2007.050.01014, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 26-6-2007).

"Qualificadoras. Se nos autos há indícios a demonstrar que os delitos em tese foram cometidos em razão de 'xingamentos', não se há de excluir, nesta fase processual, a qualificadora do motivo fútil, pois sua caracterização dependerá da análise, do ponto de vista do *homo medius*, de ter sido, ou não, desproporcional a conduta do réu à motivação que lhe possam ter dado as vítimas. O motivo determinante de um crime não pode ser, ao mesmo tempo, fútil e torpe, porque essas circunstâncias, de natureza subjetiva, não podem coexistir, vale dizer, uma exclui a outra" (TJPR, RESE 170.158-4, Rel. Adalberto Jorge Xisto Pereira, j. 9-6-2005).

"Não constitui ilegalidade cada autor, coautor ou partícipe responder pelas suas

circunstâncias pessoais, dentre as quais situa-se a motivação do delito — o executor será responsabilizado por ter aceitado retirar a vida de outrem mediante o recebimento de uma contraprestação, já o autor intelectual será responsabilizado pela sua intenção ao ter dado causa à prática infracional, como é o caso dos autos: a paciente — acusada de ser a suposta mandante do homicídio — foi denunciada, também, com base no inciso I do § 2º do art. 121 não devido ao fato do crime ter sido perpetrado sob encomenda, mas porque foi torpe a sua motivação. As qualificadoras objetivas não se enquadram nas circunstâncias incomunicáveis, devendo, por isso, serem estendidas aos participantes do delito" (STJ, RHC 14.900/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-6-2004).

"A qualificadora inserta no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal reclama, para a sua caracterização, a preordenação do agente à traição, emboscada, dissimulação ou a outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, como modo de execução do delito. As circunstâncias qualificativas, como na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, 'estão enumeradas no § 2º do art. 121. Umas dizem com a intensidade do dolo, outras com o modo de ação ou com a natureza dos meios empregados; mas todas são especialmente destacadas pelo seu valor sintomático: são circunstâncias reveladoras de maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente'" (STJ, HC 30.339/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25-11-2003).

"Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalia delicti*). No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, *ex vi* do art. 30 do CP, incomunicável" (STJ, REsp 467.810/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20-11-2003).

"A crueldade de que trata o art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal está, desenganadamente, situada na natureza do meio utilizado pelo agente para a prática delituosa e, não, à forma como se perfaz o ilícito. Ademais, tal dispositivo, após citar hipóteses casuísticas tais como emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura, exige, alternativamente, para que incida, mediante fórmula genérica, que o agente se utilize de qualquer 'outro meio (...) cruel', reclamando, assim, potencialidade de causação de padecimento análogo aos das hipóteses expressamente elencadas. Trata-se, pois, de hipótese de interpretação analógica ou *intra legem*" (STJ, REsp 210.085/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21-2-2002).

d) *Homicídio culposo*

"Homicídio culposo. Acidente de trânsito. Falta de dever de cuidado não demonstrada. Conduta culposa não configurada. O crime de homicídio culposo exige, para a sua configuração, a descrição de fato que revele a existência de negligência, imprudência ou imperícia" (STJ, HC 74.781/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4-10-2007).

Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Culpa exclusiva da vítima. Absolvição. Se o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima, conforme bem delineado no v. acórdão vergastado, não há como se imputar ao condutor do automóvel o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), sendo, de rigor, portanto, sua absolvição" (STJ, REsp 873.353/AC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15-3-2007).

"Homicídio culposo. Imprudência médica. Agravamento pela inobservância de regra técnica da profissão. O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta. O julgador, contudo, não pode se utilizar da mesma circunstância fática para

reconhecê-las, sob pena de incorrer em vedado *bis in idem*. *Habeas corpus* concedido, de ofício, ao segundo recorrente para também afastar de sua condenação a causa de aumento de pena prevista no § 4º, do art. 121, do Código Penal, diante do reconhecimento do *bis in idem*" (STJ, REsp 606.170/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-10-2005).

"Homicídio culposo agravado pela omissão de socorro. Pedido de desconsideração da causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, para que se opere a extinção da punibilidade, em face da consequente prescrição da pretensão punitiva, contada pela pena concreta. Alegação de que, diante da morte imediata da vítima, não seria cabível a incidência da causa de aumento da pena, em razão de o agente não ter prestado socorro. Alegação improcedente. Ao paciente não cabe proceder à avaliação quanto à eventual ausência de utilidade de socorro" (STF, HC 84.380/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 5-4-2005).

"Homicídios culposos. Clínica pediátrica. UTI. Neonatal. Responsabilidade de diretores e médicos. Morte de recém-natos contaminados. Ausência de comportamento culposo. Ausência de nexo de causalidade. Correta a absolvição de todos os réus, pois não há como afirmar com segurança, com apoio no farto conjunto probatório, inclusive, na prova técnica, que esses na qualidade de garantidores da vida dos recém-nascidos, houvessem causado, com suposta omissão, a morte dos mesmos, pois não se pode afirmar, nem mesmo como provável que, se os réus tivessem procedido de forma diferente, adotando todas as cautelas que a perícia apurou pudessem ser adotadas, o resultado não se teria produzido" (TJRJ, Apelação 2004.050.02283, Rel. Marly Macedônio França, j. 15-3-2005).

"Operada a desclassificação de homicídio simples para homicídio culposo pelo Conselho de Sentença, e uma vez presentes os requisitos legais, deve ser concedida ao Ministério Público oportunidade para propor o *sursis* processual (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso)" (STJ, HC 44.160/PA, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20-10-2005).

"Homicídio culposo. Afogamento. Culpa presumida e responsabilidade penal objetiva. Inexistência. A responsabilidade penal é de caráter subjetivo, impedindo o brocardo *nullun crimen sine culpa* que se atribua prática de crime a presidente de clube social e esportivo pela morte, por afogamento, de menor que participava de festa privada de associada e mergulhou em piscina funda com outros colegas e com pessoas adultas por perto. Inobservância de eventual disposição regulamentar que não se traduz em causa, mas ocasião do evento lesivo" (STJ, RHC 11.397/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 11-9-2001).

"O fato dos responsáveis de uma empresa não treinarem adequadamente seus profissionais, bem como utilizarem-se de materiais — cabos de aço — em situação precária, sem a devida manutenção, além de não fornecerem os instrumentos adequados para o isolamento da área de trabalho, de forma a impedir o acesso de pessoas estranhas, denotam a existência de negligência e conduzem à previsibilidade do resultado. Observando-se sob esse prisma, decorre a relação, ainda que tênue, de causalidade entre o comportamento da empresa, através de seus responsáveis, ao não fornecer instrumento de trabalho em condições mínimas de segurança e o resultado morte da vítima" (STJ, RHC 9.389/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 4-4-2000).

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

— V. art. 31 do CP.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

— V. art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

Parágrafo único, I e II - Aumento de pena

Parágrafo único. A pena é duplicada:

I — se o crime é praticado por motivo egoístico;

II — se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

D O U T R I N A

Bem jurídico

O *bem jurídico* tutelado, indiscutivelmente, é a vida humana. Não existe o "direito de morrer" de que falava Ferri, na medida em que não há um direito sobre a própria vida, ou seja, um direito de dispor, validamente, sobre a própria vida. Em outros termos, a vida é um bem jurídico indisponível!

Direito à vida

O fundamento da participação em suicídio não é, como sustentava Carrara, "a inalienabilidade do direito à vida" (§ 49). A vida não é um bem que se aceite ou se recuse simplesmente. Só se pode renunciar o que se possui, e não o que se é. "O direito de viver — pontificava Hungria — não é um direito sobre a vida, mas à vida, no sentido de correlativo da obrigação de que os outros homens respeitem a nossa vida.

Atipicidade da tentativa

Afora a insensatez que seria criminalizar o *suicídio* em si, seria indefensável uma pena contra um cadáver (*mors omnia solvit*); sob o ponto de vista preventivo, seria absolutamente inócua a "coação psicológica" contra quem não se intimida, sequer, com a superveniência imediata da própria morte.

Ofensa a bens morais e éticos

O suicídio ofende interesses morais e éticos do Estado e só não é punível pela inocuidade de tal proposição. A ausência, porém, de tipificação criminal dessa conduta não lhe afasta a ilicitude, uma vez que a supressão de um bem jurídico indisponível caracteriza sempre um ato ilícito. Essa ilicitude legitima a *coação* exercida para impedi-lo (art. 146, § 3º, II, do CP).

Natureza jurídica da morte e das lesões corporais de natureza grave

É equivocada a orientação doutrinária que sustenta tratar-se de condição objetiva de punibilidade do crime de participação em suicídio. Como a morte e as lesões corporais graves integram a definição legal do crime de *participação em suicídio* devem, por conseguinte, ser abrangidas pelo dolo. Não são *condição objetiva de punibilidade*, mas a própria essência da *instigação* e do *mandado*. Se o crime não se consuma, o instigador ou mandante não é responsável. Trata-se no caso, portanto, do resultado naturalístico do crime.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo

O *sujeito ativo* do crime de participação em suicídio pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma condição particular, pois se trata dos chamados *crimes comuns*. É indispensável, no entanto, que o sujeito ativo seja capaz de *induzir, instigar* ou *auxiliar* a colocação em prática da vontade de alguém de suicidar-se.

Exclusão da vítima

Não se admite, como *sujeito ativo*, à evidência, a própria vítima, pois não é crime uma pessoa matar-se. Essa conduta, isoladamente, constitui um indiferente penal. *Típica* é a conduta de *participar* — moral ou materialmente — do suicídio de outrem.

Coautoria e participação

Assim, se alguém *induz* outrem a suicidar-se, aquele será *autor* do crime; se, no entanto, duas pessoas, de comum acordo, praticarem essa mesma atividade, serão *coautoras*; se, porém, alguém induzir outrem a *instigar* uma terceira pessoa a suicidar-se, o "indutor" será *partícipe* (teve uma atividade meramente acessória) e o "instigador" será autor da *participação em suicídio*, pois realizou a atividade tipificada.

Sujeito passivo

Sujeito passivo será a pessoa *induzida, instigada* ou *auxiliada.* Pode ser qualquer ser humano vivo, capaz de entender o significado de sua ação e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Como, nesse crime, a vítima se autoexecuta, é indispensável essa *capacidade* de discernimento, caso contrário, estaremos diante de um homicídio praticado mediante *autoria mediata*.

Vítima determinada

É indispensável que a atividade humana se destine a participar do suicídio de uma pessoa determinada, não configurando o crime em exame quando visar um número indeterminado de pessoas, como, por exemplo, a publicação de uma obra literária recomendando, como alternativa honrosa de vida, o suicídio, ainda que leve a esse desiderato um sem-número de pessoas.

Suicídio e homicídio: coação

Se a vítima for forçada a suicidar-se ou não tiver condições de oferecer resistência alguma, haverá homicídio e não participação em suicídio.

Tipo objetivo

A conduta típica consiste em *induzir* (suscitar, fazer surgir uma ideia inexistente), *instigar* (animar, estimular, reforçar uma ideia existente) ou *auxiliar* (ajudar materialmente) alguém a suicidar-se. Induzir, instigar e auxiliar, que teoricamente representariam mera atividade de partícipe, neste tipo, constituem o núcleo do tipo penal. Assim, quem realizar qualquer dessas ações em relação ao sujeito ativo não será partícipe, mas autor do crime. Por isso, é um equívoco falar em *participação* quando se trata de um único sujeito ativo. Nada impede que alguém desempenhe a atividade de partícipe, instigando, induzindo ou auxiliando o sujeito ativo a realizar uma das condutas descritas no tipo. Mas, nesta hipótese, não estará desenvolvendo sua ação diretamente relacionada à vítima, mas sim em relação ao autor material do fato.

Alguém: conteúdo e significado

Alguém significa outro ser humano, além do sujeito ativo. O suicídio em si mesmo não é crime. Matar-se é atípico. Ainda que as várias condutas sejam praticadas, o sujeito ativo praticará um único crime (conteúdo variado).

Tipo de conteúdo variado

Trata-se de um tipo penal de conteúdo variado, isto é, ainda que o agente pratique, cumulativamente, todas as condutas descritas nos verbos nucleares, em relação à mesma vítima, praticará um mesmo crime.

Suicídio: induzimento

Induzir significa suscitar o surgimento de uma ideia; tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém uma ideia até então inexistente. Por meio da *indução* o indutor anula a vontade de quem, finalmente, acaba por suicidar-se; logo, a intervenção daquele é que decide o resultado final, por isso a conduta do indutor é mais *censurável* do que a conduta do instigador, que veremos adiante.

Suicídio: instigação

Instigar, por sua vez, significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. Ocorre a *instigação* quando o instigador atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. O instigador limita-se a provocar a resolução de vontade da indigitada vítima, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato. Tanto no induzimento quanto na instigação é a própria vítima que se autoexecuta.

Eficácia do meio persuasivo

Não é suficiente *criar* uma situação tentadora para a vítima, o que poderia configurar cumplicidade. A "contribuição" deve dirigir-se a um fato determinado, assim como a um "candidato" ou "candidatos" determinados ao suicídio.

Suicídio: auxílio

Prestar auxílio representa, ao contrário das duas modalidades anteriores, uma "participação" ou contribuição material do sujeito ativo, que pode ser exteriorizada por meio de um comportamento, de um auxílio material.

Desejo de suicidar-se

Um aspecto muito peculiar se deve destacar em todas as modalidades de conduta tipificada relativas à participação em suicídio: objetivam a morte de alguém que "tem o desejo de suicidar-se", ressalvada a primeira hipótese, na qual o sujeito ativo *induz* a vítima — que, como já afirmamos, não tinha a resolução de suicidar-se.

Forma omissiva

Nada impede que a *prestação de auxílio* também ocorra sob a forma de *omissão,* quando o sujeito ativo tem o *dever jurídico de evitar o suicídio,*

como seria o caso, por exemplo, do carcereiro que deixa, propositalmente, o preso com a cinta, para facilitar-lhe o enforcamento, sabendo dessa intenção do suicida.

Eficácia causal da participação

Por derradeiro, qualquer que seja a forma ou espécie de "participação", moral ou material, é indispensável a presença de dois requisitos: *eficácia causal* e *consciência de "participar"* na ação voluntária de outrem de suicidar-se. É insuficiente a exteriorização da vontade de "participar". Não tem relevância a "participação" se o "suicídio" não for, pelo menos, tentado.

O partícipe no suicídio

Nada impede que *alguém* desempenhe a atividade de *partícipe*, instigando, induzindo ou auxiliando o *sujeito ativo* a realizar uma das condutas descritas no tipo. Mas, nesta hipótese, não estará desenvolvendo sua ação diretamente relacionada à vítima, mas sim em relação ao autor material do fato que o executará.

"Alguém": significado

Alguém, expressão utilizada no tipo penal, significa outro ser humano, além do sujeito ativo. O *suicídio,* em si mesmo considerado, não é crime. Matar-se é uma conduta atípica.

Crime de ação múltipla

Ainda que as várias condutas — induzir, instigar e auxiliar — sejam todas praticadas, o sujeito ativo praticará um único crime, uma vez que este tipo penal é daqueles classificados pela doutrina como *de conteúdo variado* ou *de ação múltipla.*

"Prestação de auxílio" mediante omissão

A forma omissiva somente será possível se houver o *dever jurídico de impedir o suicídio*. Para que se admita a *prestação de auxílio* ao suicídio mediante omissão, é indispensável, contudo, a existência do *dever jurídico de evitar* que alguém coloque em prática o ato de suicidar-se.

Orientação contrária: equivocada

Equivoca-se, a nosso juízo, a orientação que não admite o *auxílio ao suicídio* sob a modalidade *omissiva*. Deixar de impedir a ocorrência de um evento que se tem o dever jurídico de evitar é, com certeza, uma forma de *prestar auxílio*.

Tipo subjetivo: adequação típica

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, e consiste na vontade livre e consciente de *provocar* a morte da vítima através do *suicídio* ou, no mínimo, assunção do risco de levá-la a esse desiderato.

Abrangência do dolo

A vontade do agente deve abranger a ação, o resultado e o nexo causal: vontade e consciência do fato, vontade de alcançar o resultado morte, não mediante ação própria, mas pela autoexecução. O agente deve, em outros termos, ter consciência e vontade de levar a vítima ao suicídio.

Dolo e intenção da vítima

Ao dolo do agente deve corresponder a intenção da vítima de suicidar-se. Não haverá crime se, por exemplo, a vítima estivesse zombando de alguém que acreditava em sua insinuação e, por erro, vem a falecer. Solução diversa deveria ser dada se a morte fosse condição objetiva da punibilidade.

Dolo eventual

Nada impede que o dolo orientador da conduta do agente configure-se em sua forma eventual. A doutrina procura citar alguns exemplos: o pai que expulsa de casa a "filha desonrada", havendo fortes razões para acreditar que ela se suicidará; marido que sevicia a esposa, conhecendo a intenção desta de vir a suicidar-se, reitera as agressões.

Dolo eventual: consciência e vontade

A *consciência* e a *vontade* também devem estar presentes no *dolo eventual*, para configurar determinada *relação de vontade* entre o resultado e o agente, que é exatamente o elemento que distingue o dolo da culpa. É fundamental, enfim, que o agente represente a possibilidade de levar a vítima ao suicídio e anua à sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo.

Inexistência da figura culposa

Quando o agente, por culpa, leva alguém a suicidar-se tampouco responderá por homicídio culposo, e o fundamento dessa premissa é irretorquível: se a cooperação voluntária à morte do suicida não constitui homicídio doloso, como poderá constituir homicídio culposo a cooperação imprudente ao suicídio? Se o mesmo ato não constitui homicídio quando praticado dolosamente, como poderá sê-lo quando é praticado culposamente?

Atipicidade da participação culposa

Normativamente não se confundem os atos destinados à *causação* direta do homicídio e aqueles destinados a levar alguém a suicidar-se. Ante a ausência de previsão da modalidade culposa da *participação em suicídio*, a provocação culposa deste constitui conduta atípica.

Consumação e tentativa

Consuma-se com a morte da vítima. Consuma-se o crime quando o tipo está inteiramente realizado, isto é, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal. Sem a supressão da vida da vítima não se pode falar em *suicídio consumado*.

Admissibilidade da tentativa

Como crime material que é, em tese, admitiria a tentativa. No entanto, trata-se de uma *figura complexa*, que prevê no próprio tipo a sua forma tentada, que poderíamos chamar de *tentativa qualificada*, na medida em que é punida se decorrer lesão de natureza grave. Em síntese, não admite *tentativa branca* (sem a lesão grave). Somente a *tentativa cruenta*, com lesão grave, é punível.

Lesões corporais graves

A produção de lesões corporais graves não consuma o tipo penal descrito no preceito primário, que a ela não se refere. Aliás, *lesões corporais de natureza grave*, como caracterizadoras da *tentativa perfeita*, aparecem somente no preceito secundário.

Natureza material desta infração

Ao contrário do que afirmava Hungria, mero *induzimento, instigação* ou *auxílio* não consumam o crime de *participação em suicídio*, a menos que se tratasse de crime formal, mas os crimes que deixam vestígios são definidos como crimes materiais por excelência, e este não é diferente.

Tentativa qualificada

Como crime material que é, em tese, admitiria a tentativa. No entanto, trata-se de *figura complexa*, que prevê no próprio tipo a sua forma tentada, que poderíamos chamar de *tentativa qualificada*, na medida em que é punida se decorrer *lesão de natureza grave*.

Lesão corporal de natureza grave

A *lesão corporal de natureza grave* como consequência da *participação*

de alguém que livre e conscientemente queria o resultado morte, provocado pela própria vítima, é a comprovação mais contundente de que, a despeito do dolo do agente, o resultado ficou aquém do pretendido (qual seja, a morte), e isso não é outra coisa senão *tentativa*.

Tentativa punível

O *preceito secundário* deixa muito claro que existe, normativamente, a possibilidade de o *suicídio* apresentar-se sob duas formas: *consumada* e *tentada.* Ora, ao cominar-lhe a pena de dois a seis anos de reclusão, "se o suicídio se consuma", está admitindo a possibilidade de essa conduta ficar na forma tentada e que, igualmente, deverá ser sancionada, embora com outros limites.

Punibilidade da tentativa

O CP destaca que é punível "se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave". Como negar-lhe a possibilidade de tentativa ou, então, negar-lhe a punibilidade, diante de tanta clareza? Podemos questionar a espécie de tentativa, sua natureza, os limites de sua punibilidade, mas não podemos afirmar que ela é impossível ou, então, o que é pior, que ela é impunível!

Participação em suicídio: crime complexo

Precisa-se ter presente que a *participação em suicídio* constitui um "crime complexo", ou melhor, um crime cujo "processo executório é complexo", uma vez que a sua realização exige a participação voluntária tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo, e, para a sua *consumação*, é indispensável que a atividade dos dois sujeitos — ativo e passivo — seja eficaz. Este crime é plurissubjetivo.

Impunibilidade da tentativa branca

Em síntese, a *participação em suicídio*, nos termos do nosso Código Penal, não admite *tentativa branca* (sem a lesão grave). Somente a *tentativa cruenta*, com lesão grave, é punível.

Classificação doutrinária

A participação em suicídio é crime comum, comissivo, excepcionalmente omissivo (auxílio), de dano, material, instantâneo, doloso, de conteúdo variado e plurissubsistente.

Formas qualificadas

Na verdade são figuras majoradas, que não se confundem com

qualificadas. Três são as hipóteses: a) *motivo egoístico* (é a vantagem pessoal, que constitui o elemento subjetivo do tipo); b) *vítima menor* (o menor, para ser vítima de suicídio, precisa dispor já de certo discernimento, caso contrário o crime será homicídio); c) *capacidade de resistência diminuída* (enfermidade, embriaguez etc.).

Causas de aumento de pena

A ação tipificada no dispositivo pode tornar-se mais valiosa quer em razão do motivo que a impulsiona quer em razão das condições pessoais da vítima. Nesses casos, a pena é duplicada. O parágrafo único do art. 122 elenca três dessas hipóteses, as quais passamos a examinar.

Motivo egoístico

Quando o egoísmo for o móvel da ação, esta será consideravelmente mais *desvaliosa*, justificando-se a maior punição ante o alto grau de insensibilidade revelado pelo agente. Essa obstinação pela busca de vantagem pessoal, a qualquer preço, impõe a necessidade da proporcional elevação da sanção penal correspondente.

Vítima menor: capacidade

Para que o menor possa ser vítima de suicídio precisa dispor de certa capacidade de discernimento. Como nesse crime a vítima se autoexecuta, é indispensável essa capacidade; caso contrário, estaremos diante de um *homicídio* praticado por *autoria mediata*.

Menoridade: limite de idade

A nosso juízo, a majorante *sub examen* só é aplicável a menor com idade entre quatorze e dezoito anos. A menoridade penal cessa aos dezoito anos (art. 27). Para menor de quatorze anos, de quem o Código Penal considera o *consentimento inválido* e contra quem, quando vítima, *presume a violência*, eventual induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio *tipificará o crime de homicídio*.

Formas qualificadas

Na verdade são figuras majoradas, que não se confundem com qualificadas. Três são as hipóteses: a) *motivo egoístico* (é a vantagem pessoal, que constitui o elemento subjetivo do tipo); b) *vítima menor* (o menor, para ser vítima de suicídio, precisa dispor já de certo discernimento, caso contrário o crime será homicídio); c) *capacidade de resistência diminuída* (enfermidade, embriaguez etc.).

Questões especiais

Greve de fome: dever médico

O médico, na hipótese de greve de fome de prisioneiros, *tem o dever* de velar pela saúde e, por extensão, pela vida dos grevistas. Há determinado momento em que a não intervenção, com alimentação, permitirá que o grevista sofra lesões irreversíveis. Nesse momento, a intervenção médica estará protegida pelo disposto no art. 146, § 3º, do CP.

Médico como garantidor

Ademais, o médico está na posição de *garantidor* e, pelo nosso direito, conjugando-se a previsão do dispositivo que acabamos de citar com a prescrição do art. 13, responderá pela morte do grevista, na forma *omissiva imprópria*, embora sejam muito raras mortes de prisioneiros em razão de greve de fome.

Testemunhas de Jeová

A *transfusão* determinada pelo médico, quando não houver outra forma de salvar o paciente, está, igualmente, amparada pelo disposto no art. 146, § 3º, do CP. Eventual violação da *liberdade de consciência* ou da *liberdade religiosa* cede ante um *bem jurídico superior* que é a vida, na inevitável *relação de proporcionalidade* entre os bens jurídicos tutelados.

Vítima incapaz: familiares respondem

Quando os familiares ou pessoas encarregadas de menores ou incapazes negarem a assistência médica — mesmo por motivos religiosos —, quer ocultando a gravidade da situação, quer não apresentando o menor ou incapaz em um centro médico especializado, se sobrevier a morte, responderão por homicídio na forma *omissiva imprópria*.

“Suicídio a dois”

O chamado “suicídio a dois” pode apresentar alguma dificuldade, na medida em que a punibilidade está diretamente relacionada à atividade desenvolvida por cada um dos participantes e o resultado produzido.

Duelo americano ou roleta russa

Define-se como roleta russa. A solução indica a responsabilidade do sobrevivente pela “participação em suicídio”, pois, com essa prática, no mínimo, instigou a vítima ao suicídio. Se, no entanto, algum dos contendores for coagido a participar da “aposta”, sobrevivendo o *coator,* este responderá por homicídio doloso.

Pacto de morte ou "suicídio a dois"

Há o "pacto de morte" quando duas pessoas combinam, por qualquer razão, o duplo suicídio. Nessa hipótese, o sobrevivente responderá por homicídio, quando tiver praticado o ato executório. Se somente houver *induzido, instigado ou auxiliado* seu parceiro, responderá pelo suicídio. Se nenhum morrer, aquele que realizou atividade executória contra o parceiro responderá por tentativa de homicídio, e aquele que ficou somente na "contribuição" responderá pela tentativa qualificada de suicídio, se houver pelo menos lesão corporal grave.

Pena cominada

A pena é de reclusão, de dois a seis anos, para o crime consumado; e de um a três anos, se resultar somente lesão corporal grave. Nas formas majoradas, do parágrafo único, a pena é duplicada.

Ação penal

A *ação penal* é pública incondicionada. Como toda ação pública, admite ação penal *privada subsidiária*, nos termos da Constituição Federal, desde que haja inércia do Ministério Público.

Note bem: haverá homicídio se a vítima for forçada a suicidar-se ou não tiver condições de oferecer resistência alguma. Este crime não pode ser omissivo.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A peça vestibular ao imputar ao acusado a prática do delito tipificado no art. 122 do Código Penal, é certo, aponta uma das formas do crime em questão: induzimento. Impõe-se, então, invocar a autoridade científica de quem a tem, inconcussa: o mestre Nélson Hungria: 'Três são as formas do crime em questão: o induzimento, a instigação e o auxílio. Quase nenhuma é a diferença entre induzir e instigar. Induzir significa persuadir ou levar alguém a praticar algum ato. Instigar, além desse mesmo significado, encerra também o de acoroçoar um desígnio. O induzimento pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outrem, enquanto a instigação pode ter um caráter secundário ou acessório, ou de adesão e estímulo a um propósito já concebido, para afastar qualquer hesitação ou perplexidade' (*in Comentários ao Código Penal*, Vol. V, Forense, 1981, p. 232) '... Também induzimento a suicídio são os maus tratos reiteradamente infligidos a alguém, vindo este a matar-se de desespero, uma vez que haja o dolo, direto ou eventual, específico do crime, isto é, a intenção ou aceitação do risco de que a vítima se suicide' (obra cit., p. 234). A sentença de pronúncia, como é sabido, é mero juízo de admissibilidade. Resulta daí que, além da materialidade, reclama somente indícios suficientes de autoria. Tais indícios, por sua vez, não precisam ser concludentes e unívocos, como para o efeito da condenação. O critério deve ser o *in dubio pro societate*. O acusado, na espécie, nega a autoria. Não é menos

verdade, contudo, que o conjunto probatório, nesta fase de cognição parcial, indica a existência de outra versão para o acontecimento. Assim, ante a prova colhida, impunha-se a pronúncia" (TJRS, RESE 70008851933, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 30-11-2006).

"Instigação ao suicídio. Agente que, reiteradamente, seviciava a esposa, a qual, após várias advertências, culminou por se matar. Indícios suficientes nos autos de inquérito sobre a materialidade e autoria do delito. Dolo eventual admissível na hipótese. Recurso ministerial provido. Demonstrando os autos de inquérito cabalmente a materialidade do crime, dando sérios indícios da sua autoria, o recebimento da denúncia é medida que se impõe. É perfeitamente admissível a hipótese de dolo eventual no crime de instigação ao suicídio, quando ocorrente devido às sevícias reiteradas sofridas pela vítima, que, há muito, ameaçava matar-se" (TJSC, RESE 99.018927-9, Rel. Maurílio Moreira Leite, j. 13-6-2000).

Infanticídio

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena — detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

— V. art. 30 do CP.

D O U T R I N A

Bem jurídico

O bem jurídico do crime de infanticídio, a exemplo do homicídio, é a *vida humana*. Protege-se aqui a vida do *nascente* e do *recém-nascido*. Modernamente, não se distingue mais entre *vida biológica* e vida autônoma ou *extrauterina*. É indiferente a existência de capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica.

Vida biológica e extrauterina

Assim, a *vida extrauterina* autônoma do *neonato* deixou de ser condição indispensável do infanticídio, sendo suficiente a *vida biológica*, que pode ser comprovada pelos batimentos cardíacos, pela circulação sanguínea ou qualquer outro critério admitido pela ciência médica.

Sujeito ativo

Somente a mãe pode ser *sujeito ativo* do crime de infanticídio, e desde que se encontre *sob a influência* do estado puerperal. Trata-se de *crime próprio*, que não pode ser praticado por qualquer um.

Sujeito passivo

Sujeito passivo, segundo expressão literal do art. 123, é "o próprio filho", vocábulo que abrange não só o *recém-nascido* mas também o *nascente*, diante da elementar contemplada no próprio dispositivo, *durante o parto* ou *logo após*. *Neonato* é o recém-nascido, e *nascente* é aquele que está nascendo. O feto sem vida não pode ser sujeito passivo.

Tipo objetivo

A conduta típica consiste em matar o próprio filho, durante o parto ou logo após. Necessário, no entanto, que a mãe esteja *sob a influência* do estado puerperal. O puerpério, elemento fisiopsicológico, é um estado febril comum às parturientes, que pode variar de intensidade de uma para outra mulher, podendo influir na sua capacidade de discernimento. O infanticídio é, a rigor, modalidade especial de homicídio privilegiado.

Fundamento do infanticídio: critério psicológico

É fundamental a *perturbação psíquica* que o estado puerperal *pode provocar* na parturiente. É exatamente essa perturbação decorrente do puerpério que transforma a morte do próprio filho em um *delictum*

exceptum.

Estado puerperal

O *estado puerperal* existe sempre, durante ou logo após o parto, mas nem sempre produz as *perturbações emocionais* que podem levar a mãe a matar o próprio filho.

Influência do estado puerperal

Não significa que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique constatado que esta realmente sobreveio em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio.

Nexo causal

É indispensável uma *relação de causalidade* entre o estado puerperal e a ação delituosa praticada; esta tem de ser consequência da influência daquele, que nem sempre produz perturbações psíquicas na mulher.

Efeitos do estado puerperal

Podem apresentar-se quatro hipóteses: a) *o puerpério não produz nenhuma alteração na mulher;* b) *acarreta-lhe perturbações psicossomáticas que são a causa da violência contra o próprio filho;* c) *provoca-lhe doença mental;* d) *produz-lhe perturbação da saúde mental diminuindo-lhe a capacidade de entendimento ou de determinação*. Na primeira hipótese, haverá *homicídio*; na segunda, *infanticídio*; na terceira, a parturiente é *isenta de pena* em razão de sua inimputabilidade (art. 26, *caput*, do CP); na quarta, terá *redução de pena*, em razão de sua semi-imputabilidade.

Concomitância dos elementos normativos

A *influência do estado puerperal* deve conjugar-se com outro elemento normativo, este de natureza temporal, qual seja, *durante o parto ou logo após*. A presença de qualquer dos dois elementos, isoladamente, é insuficiente para tipificar o *delictum exceptum*.

Durante ou logo após o parto

Expressões como essas, “logo após”, “logo depois” e similares, são usuais em nosso ordenamento jurídico. Tourinho Filho, comentando o “flagrante impróprio” e o “flagrante presumido”, representados pelas expressões “logo após” e “logo depois”, respectivamente, afirma que o

legislador quis estabelecer “uma relação de imediatidade”, embora não de absoluta imediatidade, porque senão a hipótese seria outra.

Elementares normativas: avaliação conjunta

Por fim, nenhuma das elementares — nem a *personalíssima* nem a *temporal* — pode ser avaliada isoladamente. Ambas devem ser *analisadas* individualmente, é evidente, mas devem ser *avaliadas* conjuntamente. A elementar *logo após o parto* só alcançará seu verdadeiro sentido se estiver subordinada à elementar anterior — *sob a influência do estado puerperal*.

Crime próprio privilegiado

Trata-se, com efeito, de *crime próprio* (mãe e sob influência do estado puerperal) e *privilegiado*, pois o verbo núcleo do tipo é o mesmo do homicídio (art. 121), mas a pena cominada é bem reduzida, para a mesma ação de matar.

Particularidades do infanticídio

Podem-se destacar as seguintes que o distinguem do *homicídio* convencional: a) *qualidade ou condição dos sujeitos ativo e passivo da ação delituosa;* b) *influência biopsíquica ou fisiopsicológica do estado puerperal;* c) *circunstância temporal contida no tipo:* durante o parto ou logo após.

Comunicabilidade da influência do estado puerperal

Ninguém discute o fato de que a “influência do estado puerperal” constitui uma *elementar típica* do infanticídio. Como elementar do tipo, ela se comunica, e o terceiro que contribuir com a parturiente na morte de seu filho, nas condições descritas no art. 123, concorrerá para a prática do crime de *infanticídio* e não de homicídio, como sugeria Hungria.

Desvio subjetivo de condutas

Desvio subjetivo de condutas, que representa grande inovação, consagrada legislativamente pela reforma penal de 1984 (art. 29, § 2º, do CP): “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Intensidade da influência do estado puerperal

A *influência do estado puerperal* pode exercer diversas funções e produzir diferentes efeitos, dependendo do contexto em que se encontra. Assim, por exemplo, será *elementar do tipo* quando apenas *influenciar* a

conduta de matar o próprio filho; quando, porém, sua *intensidade* for suficiente para *perturbar-lhe a saúde mental* a ponto de reduzir-lhe a capacidade de discernimento e determinação; ou, ainda, poderá *excluir a imputabilidade*, se atingir o nível de doença mental.

Estado puerperal: condição pessoal ou elementar do tipo

O *estado puerperal*, na hipótese de simples *partícipe*, será mera condição pessoal, que é incomunicável; será *elementar do tipo* (aí comunicável) somente quando a própria mãe for autora (ou coautora) da morte do próprio filho.

Aborto e infanticídio

Temporalmente ficou, igualmente, bem delimitado o momento fronteiriço entre *aborto* e *infanticídio*: antes de iniciado o parto, a ocisão do feto é aborto; após aquele ter começado, o crime é infanticídio, desde que seja praticado sob a influência do puerpério, logicamente.

Tipo subjetivo: adequação típica

O *dolo* — direto ou eventual — é o elemento subjetivo do tipo, e consiste na vontade livre e consciente de matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, ou, no mínimo, na assunção do risco de matá-lo, ou, em outros termos, a mãe deve querer diretamente a morte do próprio filho ou assumir o risco de produzi-la.

Abrangência do dolo

A *vontade* e a *consciência* devem abranger a *ação* da mãe puérpera, os *meios* utilizados na execução (comissivos ou omissivos), a *relação causal* e o *resultado* morte do filho. A tipificação deste crime só admite a modalidade dolosa, como destacava Heleno Fragoso: “Exige o dolo, porém, na forma de vontade viciada pelas perturbações resultantes da influência do estado puerperal”.

Desnecessidade de especial fim de agir

Nosso Código Penal não exige o *elemento subjetivo especial* do tipo, isto é, o *especial fim de agir*. Esse *elemento subjetivo especial* é indispensável naquelas legislações que adotam o *critério subjetivo*, pois a conduta de matar o próprio filho deve ser praticada com o *fim de ocultar desonra própria*.

Dolo eventual especial

A *consciência* e a *vontade* também devem estar presentes no *dolo*

eventual, para configurar aquela *relação volitiva* mínima entre o agente e o resultado, sendo insuficiente a simples ciência da probabilidade do resultado. E essa *relação* assume transcendental importância neste tipo penal, que não admite a modalidade culposa, pois constitui o grande elemento diferenciador entre dolo e culpa, como já afirmamos.

Fundamento ético do infanticídio

Objetivamente considerada, a *ação* de matar o próprio filho é, em tese, *mais desvaliosa* que matar um estranho. Embora a "influência do estado puerperal" não constitua elemento estrutural do dolo, não se pode negar que a sua presença minimiza a intensidade deste. É exatamente essa *circunstância subjetiva especial* da puérpera que torna *menos desvaliosa* a ação de matar o próprio filho, comparando-se com a mesma ação de matar alguém.

Consumação e tentativa

Consuma-se o infanticídio com a morte do *filho nascente* ou *recém-nascido* levada a efeito pela própria mãe. Mas para que o crime possa existir é indispensável a existência do sujeito passivo, que só pode ser alguém *nascente* ou *recém-nascido*.

Expulsão extemporânea de feto inviável

Não se trata de infanticídio por faltar-lhe uma *elementar normativa*, qual seja, *durante ou logo após o parto*. Essa expulsão extemporânea não se confunde com *parto*, mesmo prematuro, e a *expulsão* não foi de alguém nascente, mas somente de um *feto inviável*, sem maturidade suficiente para ter e manter vida extrauterina. Em linguagem comum dir-se-ia que estamos diante de um *aborto*. No entanto, não se configura nenhuma das modalidades do *crime de aborto*, uma vez que a expulsão do feto deu-se espontaneamente.

Nascente sem condições de viver

Convém, no entanto, lembrar que não mais se exige *vida extrauterina*, sendo suficiente a *vida biológica*. Logo, um recém-nascido inviável pode ser *sujeito passivo* do crime de infanticídio. A lei não exige a capacidade de continuação de vida extrauterina; basta estar vivo.

Tentativa: crime material

Como crime material que é, o crime de infanticídio admite a tentativa, e esta se aperfeiçoa quando, apesar da ação finalista do sujeito ativo, a morte

do filho não sobrevém por circunstâncias estranhas à vontade daquele. Iniciada a ação de matar, esta pode ser interrompida por alguém que impede sua consumação.

Crime impossível

Haverá *crime impossível* quando a mãe, supondo-a viva, pratica o fato com a criança já morta. Não existirá crime, igualmente, quando a criança nasce morta e a mãe, com auxílio de alguém, procura desfazer-se do cadáver abandonando-o em lugar ermo.

Classificação doutrinária

Crime próprio, de dano, material, comissivo ou omissivo, instantâneo, doloso.

Forma culposa

Não há previsão da modalidade culposa. Se eventualmente decorrer a morte, proveniente de culpa, o agente deverá ser punido por homicídio culposo. Para aprofundar-se sobre o nosso entendimento, *vide* nosso *Manual de Direito Penal*; Parte Especial, v. 2, desta mesma Editora.

Pena

A *pena* é a detenção de dois a seis anos, para o crime consumado. Não há previsão de qualificadoras, majorantes ou minorantes especiais nem modalidade culposa. A ação penal é pública incondicionada.

Ação penal

Como toda ação penal pública, admite *ação privada subsidiária*, nos termos da Constituição Federal, desde que haja inércia do Ministério Público.

***Note bem*:** antes do início do parto o crime será de aborto. Se não houver a influência do estado puerperal ou o requisito temporal não existir (durante ou logo após o parto), o crime será de homicídio. É indispensável a *prova pericial* de *vida extrauterina*. Atualmente não há uma exigência absoluta de prova médico-pericial do estado puerperal. Em que pese a divergência doutrinária, é possível o concurso de pessoas, nos termos do art. 30 do CP.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Crime de homicídio triplamente qualificado. Sentença de pronúncia. Alegação da recorrente no sentido de que o bebê já estaria morto quando foi jogado no rio, sem

respaldo na conclusão do Auto de Exame Cadavérico, que atestou como causa da morte asfixia por afogamento. Desclassificação para o crime de infanticídio. Impossibilidade. Laudo psiquiátrico forense atestando a capacidade da recorrente de entendimento e determinação de conduta à época dos fatos, bem como a ausência de estado puerperal" (TJRJ, RESE 2007.051.00161, Rel. Marco Aurelio Bellizze, j. 13-11-2007).

"Pronúncia. Infanticídio. Efeito de estado puerperal. Absolvição sumária. Incabível. Após a fase de formação da culpa, correta a decisão do juiz que pronuncia a ré, pelo crime de infanticídio, eis que existem fortes indícios de que sob os efeitos do estado puerperal matou o recém-nascido. Não afastada a responsabilidade para efeitos de pronúncia. Cabe ao Júri o exame do mérito" (TJRS, RESE 70019987700, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 16-8-2007).

"Tribunal do Júri. Infanticídio atenuado pela confissão espontânea. Veredicto de condenação pelo Tribunal Popular. Soberania. Apelo Ministerial que hostiliza a dosimetria da pena imposta à apelada. Pena de 2 (dois) anos de detenção no regime aberto bem aplicada. *Sursis* devidamente concedido. Circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal bem observadas. Em se tratando de ré primária, de bons antecedentes, sem que sua conduta represente perigo à coletividade, justificada a aplicação da pena-base no patamar mínimo legal e assim aquietando-se" (TJRJ, Apelação 2005.050.04591, Rel. Roberto Cortês, j. 27-10-2005).

"Pronúncia no crime do art. 123 do CP. Possibilidade. Estado puerperal. Comprovação. Dispensabilidade do laudo pericial. Em tema de infanticídio é dispensável a perícia médica para constatação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto" (TJMG, RESE 1.0000.00.242953-8/000(1), Rel. Herculano Rodrigues, j. 20-9-2001).

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

— V. art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil

mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

— V. art. 26, *caput*, do CP.

Forma qualificada

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.

— V. art. 19 do CP.

Lenocínio

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

— V. art. 24 do CP.

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.

D O U T R I N A

1 Figuras típicas de aborto

O CP de 1940 tipifica três figuras: *aborto provocado (124); aborto sofrido (125); aborto consentido (126).* Na primeira hipótese, a própria mulher assume a responsabilidade pelo abortamento; na segunda, repudia a interrupção do ciclo natural da gravidez, ou seja, o aborto ocorre sem o seu consentimento; e, finalmente, na terceira, embora a gestante não o

provoque, *consente* que terceiro realize o aborto.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido* é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção — *feto ou embrião* — não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto for provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.

Aborto e homicídio: distinção

Apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao *objeto* da proteção legal e outra em relação ao *estágio da vida* que se protege: relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua *formação embrionária*; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a *concepção* até momentos antes do início do parto.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo no *autoaborto* e no *aborto consentido* (art. 124) é a própria mulher gestante. Somente ela própria pode provocar em si mesma o aborto ou consentir que alguém lho provoque, tratando-se, portanto, de *crime de mão própria*. No *aborto provocado por terceiro*, com ou sem consentimento da gestante, *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo, no *autoaborto* e no *aborto consentido (art. 124)*, é o feto ou, genericamente falando, o *produto da concepção*, que engloba óvulo, embrião e feto (há divergência doutrinária). Feto, segundo Manzini, é, pelo menos, uma pessoa em formação. Nessa espécie de *aborto*, concordamos com Heleno Fragoso, a gestante não é ao mesmo tempo sujeito ativo e sujeito passivo, não havendo crime na autolesão. Ela é somente sujeito ativo do crime.

3.3 Dupla subjetividade passiva

A gestante é *sujeito passivo* no *aborto provocado por terceiro*, sem seu consentimento. Nessa espécie de aborto, há *dupla subjetividade passiva*: o feto e a gestante.

Crime contra gestante: subsunção

No crime de aborto não se aplica a agravante genérica do art. 61, II, *h* (crime contra gestante), pois fica subsumida no tipo central.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Aborto "é a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina". A conduta típica, no *autoaborto*, consiste em provocar o aborto em si mesma, isto é, interromper a sua própria gestação, ou consentir que outrem lho provoque. O *aborto sem consentimento* da gestante (art. 125) recebe punição mais grave e pode assumir duas formas: sem consentimento real ou ausência de consentimento presumido (menor de 14 anos, alienada ou débil mental). *Aborto com consentimento* (art. 126) constitui exceção à teoria monística adotada pelo nosso Código. Quem provocar aborto com consentimento da gestante não será coautor do crime capitulado no art. 124, mas responderá pelo delito previsto no art. 126. A segunda figura do art. 124 encerra dois crimes: um para a gestante que consente (art. 124), outro para o sujeito que provoca o aborto (art. 126). Em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o aborto consentido não se aplica o disposto no *caput* do art. 29 do CP.

Definição de aborto — 1

A destruição da vida até o *início do parto* configura o *aborto*, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto, a supressão da vida *constitui* homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o *infanticídio*, que é uma figura privilegiada do homicídio (art. 122).

Definição de aborto — 2

Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a *concepção* e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

Configuração do aborto

Para se configurar o crime de *aborto* é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de *gestação*, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois somente com a ocorrência desta o crime se consuma.

Pressuposto e relação causal

O crime de aborto pressupõe gravidez em curso, e é indispensável que o feto esteja vivo. A *morte do feto* tem de ser resultado direto das manobras abortivas. A partir do início do parto, o crime será homicídio ou infanticídio.

5 Espécies de aborto criminoso

5.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

O art. 124 tipifica duas condutas: com a primeira, ela mesma *provoca* o abortamento; com a segunda, *consente* que terceiro lho provoque. Trata-se, nas duas modalidades, de *crime de mão própria*, isto é, que somente a gestante pode realizar.

Participação em sentido estrito

Como qualquer *crime de mão própria*, admite a *participação*, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o autoaborto como a consentir que terceiro lho provoque.

Coautoria: impossibilidade

Contudo, se o terceiro for além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do crime do art. 126.

Provocar ou consentir o aborto

A conduta típica, com efeito, no *autoaborto*, consiste em *provocar o aborto* em si mesma, isto é, interromper a sua própria gestação; mas a gestante pode praticar o mesmo crime por meio de outra conduta, qual seja, a de *consentir* que outrem lhe provoque o aborto. Nesta segunda figura, *consentir* no aborto, exigem-se dois elementos: a) consentimento da gestante; b) execução do aborto por terceiro.

Provocar e consentir: ação múltipla

A mulher que *consente* no aborto incidirá nas mesmas penas do *autoaborto*, isto é, como se tivesse provocado o *aborto em si mesma*, nos termos do art. 124 do CP. A mulher que *consente* no próprio aborto e, na sequência, auxilia decisivamente nas manobras abortivas pratica um só crime, pois *provocar aborto em si mesma* ou *consentir* que outrem lho provoque é *crime de ação múltipla* ou de conteúdo variado.

Aborto "consentido" e teoria monística da ação

A segunda figura do art. 124 — *consentir que lhe provoquem o aborto* — encerra dois crimes: um para a gestante que *consente* (art. 124), outro para o sujeito que provoca o aborto (art. 126). Em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o crime de aborto consentido não se aplica o disposto no *caput* do art. 29 do CP.

Exceção à teoria monística

Quem provoca o aborto, com o *consentimento da gestante*, pratica o crime do art. 126 do mesmo estatuto e não o do art. 124. Assim, por exemplo, o agente que leva a amásia à casa da parteira, contrata e paga os seus serviços é autor do crime tipificado no art. 126, enquanto a amásia, que consentiu, incorre no art. 124. Enfim, o *aborto consentido* não admite coautoria entre o terceiro e a gestante.

5.2 Aborto provocado sem consentimento da gestante

O *aborto sem consentimento* da gestante (art. 125) — aborto sofrido — recebe punição mais grave e pode assumir duas formas: *sem consentimento real* ou ausência de *consentimento presumido* (menor de 14 anos, alienada ou débil mental).

Consentimento: funções dogmáticas

A ausência de *consentimento* constitui *elementar negativa do tipo*. Logo, se houver consentimento da gestante, afastará essa adequação típica; logicamente, em se tratando de aborto, o eventual consentimento não elimina simplesmente a tipicidade, mas apenas a desloca para outro dispositivo legal, pelas peculiaridades do próprio crime de aborto, que pode ser com ou sem consentimento.

Aborto provocado e constrangimento ilegal

O *agente que provoca* aborto sem consentimento da gestante não responde pelo crime de *constrangimento ilegal*, uma vez que esse

constrangimento integra a definição desse crime de aborto, cuja sanção é consideravelmente superior em razão exatamente dessa contrariedade da gestante.

Dissenso presumido

Para *provocar aborto sem consentimento* da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça; basta a *simulação* ou mesmo a *dissimulação*, ardil ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela está sendo praticado o aborto.

5.3 Aborto provocado com consentimento da gestante

Quem provocar aborto *com consentimento da gestante* não será coautor do crime capitulado no art. 124, a despeito do preceito do art. 29 do CP, mas responderá pelo delito previsto no art. 126.

Fundamento da exceção ao monismo

Essa exceção à teoria monística, no crime de *aborto consensual*, fundamenta-se no *desnível do grau de reprovabilidade* que a conduta da gestante que *consente* no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido. A censura da conduta da gestante que consente é consideravelmente inferior à conduta do terceiro que realiza as manobras abortivas consentidas.

Desvalor: ação e omissão

O *desvalor do consentimento* da gestante é menor que o *desvalor da ação abortiva* do terceiro que, concretamente, age. *Consentir* merece determinado grau de censura, ao passo que *executar* a conduta consentida, definida como crime de aborto, recebe uma *censurabilidade* bem mais elevada, pois implica a comissão do aborto criminalizado: a conduta da primeira assemelha-se à *conivência*, embora não possa ser adjetivada de omissiva, enquanto à do segundo é *comissiva*.

Aborto e concurso necessário

Convém destacar que o *aborto consentido* (art. 124, 2ª figura) e o *aborto consensual* (art. 126) são crimes de *concurso necessário*, pois exigem a *participação* de duas pessoas: a gestante e o terceiro realizador do aborto, e, a despeito da necessária participação de duas pessoas, cada um responde, excepcionalmente, por um crime distinto.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* do crime de aborto é o *dolo*, que consiste na vontade livre e consciente de interromper a gravidez, matando o produto da concepção ou, no mínimo, *assumindo o risco* de matá-lo. Na primeira hipótese, configura o *dolo direto*; na segunda, o *dolo eventual*, embora este também possa decorrer da dúvida quanto ao estado de gravidez.

Matar mulher grávida: concurso

Matar mulher que sabe estar grávida configura também o crime de aborto, verificando-se, no mínimo, *dolo eventual; nessa hipótese, o agente responde, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e aborto*.

Desígnios autônomos: soma de penas

Se houver desígnios autônomos, isto é, a intenção de praticar os dois crimes, o concurso formal será *impróprio*, aplicando-se cumulativamente a pena dos dois crimes, caso contrário será *próprio* e o sistema de aplicação de penas será o da *exasperação.*

Lesão corporal gravíssima

Heleno Cláudio Fragoso sustentava que, "se o agente quis apenas praticar lesão corporal na mulher (cuja gravidez conhecia ou não podia desconhecer) e sobrevém o aborto em razão da violência, o crime será de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 3º, 2, V)".

Concurso de homicídio e aborto

No entanto, se, nas mesmas circunstâncias, o agente quis matar a gestante, conhecendo ou não podendo desconhecer a existência da gravidez, responde pelo crime de homicídio em concurso com o crime de aborto; o primeiro, com dolo direto; o segundo, com dolo eventual.

Aborto e lesão corporal gravíssima

Da mesma forma, quem desfere violento pontapé no ventre de mulher visivelmente grávida, acarretando-lhe a expulsão e a morte do feto, pratica o crime de *aborto provocado* e não o de *lesão corporal de natureza gravíssima*, previsto no art. 129, § 2º, V, do CP.

Aborto culposo: atipicidade

O aborto culposo é impunível, restando somente a eventual reparação de dano.

7 Consumação e tentativa

7.1 Consumação

Consuma-se o crime de aborto, em qualquer de suas formas, com a morte do feto ou embrião. Pouco importa que a morte ocorra no ventre materno ou fora dele. É irrelevante, ainda, que ocorra a expulsão do feto ou que este não seja expelido das entranhas maternas. Enfim, consuma-se o aborto com o perecimento do feto ou a destruição do óvulo.

Materialidade do aborto: gravidez em curso

Logo, a materialidade do *aborto* pressupõe a existência de um feto vivo, consequentemente, uma gravidez em curso. Assim, finda a gravidez, não se poderá praticar aborto, uma vez que a morte do feto tem de ser resultado das manobras abortivas ou da imaturidade do feto para viver fora do ventre materno, em decorrência dessas manobras.

Relação causal: ação abortiva e resultado

É indispensável comprovar que o feto ou embrião, isto é, o *ser em formação*, estava vivo quando a ação abortiva foi praticada, e que foi esta que lhe produziu a morte, ou seja, é necessária uma *relação de causa e efeito* entre a ação e o resultado produzido. Em outros termos, o emprego de meios abortivos, por si só, é insuficiente para concluir, com certeza, pela produção do crime de aborto.

Insuficiência da prova testemunhal

É indispensável que se prove que o aborto é consequência do meio abortivo utilizado. A prova testemunhal, por conseguinte, é insuficiente para comprovar essa relação.

Indispensabilidade da prova pericial

É necessária prova de que o feto estava vivo no momento da ação. Como crime material, além de suas particularidades especiais, a prova do aborto *exige o auto de exame de corpo de delito* disciplinado nos arts. 158 e seguintes do CPP.

Meios anticonceptivos: não abrangência

Desnecessário afirmar que os meios preventivos ou anticonceptivos não são abrangidos pelo conceito de aborto, que se estende desde o momento em que duas células germinais se unem constituindo o ovo até aquele em que se inicia o processo de parto.

7.2 Tentativa de aborto

O crime de aborto, como crime material, admite a figura da *tentativa*, desde que, a despeito da utilização, com eficácia e idoneidade, de meios ou manobras abortivas, não ocorra a interrupção da gravidez com a morte do feto, por causas alheias à vontade do agente.

7.3 Tentativa de autoaborto

Por política criminal sustenta-se a *impunibilidade da tentativa* do autoaborto, pois o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão. No entanto, nosso Código não consagra essa impunibilidade. E, ademais, a tentativa de autoaborto está mais para *desistência voluntária ou arrependimento eficaz* do que propriamente para tentativa punível.

Impunibilidade das lesões no autoaborto

As eventuais lesões que possam decorrer da *tentativa de autoaborto*, que poderiam constituir crime em si mesmas, são, como afirmamos, impuníveis. Por esses fundamentos, enfim, endossamos a não punibilidade da referida tentativa.

Tentativa de aborto e crime impossível

Há *crime impossível* nas manobras abortivas em mulher que não está grávida ou no caso de o feto já estar morto antes da prática dos atos abortivos, por absoluta *impropriedade do objeto*; ou, ainda, por *inadequação absoluta do meio*, quando for inteiramente inidôneo para produzir o resultado, como rezas, feitiçarias ou administração de substâncias absolutamente inócuas.

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Podem ocorrer, nas outras figuras de *aborto*, as hipóteses de *desistência voluntária* e *arrependimento eficaz*, mas, nesse caso, o agente responderá pelos atos praticados que, em si mesmos, constituírem crime, ressalvada, logicamente, como destacamos, a hipótese de *autoaborto*.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime de mão própria* (no autoaborto e no consentido), que somente a gestante pode praticar; crime comum, de dano, material, instantâneo e doloso.

9 Figuras “qualificadas” de aborto

O art. 127 prevê duas *causas especiais de aumento*: pela primeira — *lesão corporal de natureza grave* — a pena é elevada em um terço; pela segunda — *morte da gestante* — a pena é duplicada.

Inaplicabilidade no autoaborto

Somente a lesão corporal de natureza grave ou a morte da gestante “qualificam” o crime de aborto. As ditas “qualificadoras” aplicam-se ao *aborto praticado por terceiro* (arts. 125 e 126) e não ao aborto praticado pela própria gestante (art. 124). Aliás, nem teria sentido, pois não se pune a autolesão nem o ato de matar-se.

Majorantes na tentativa de aborto

É indiferente que o resultado “qualificador” — morte ou lesão — decorra do próprio aborto ou das manobras abortivas. Significa dizer que a majoração da pena pode ocorrer ainda e quando o aborto não se consume, sendo suficiente que o resultado majorador decorra das manobras abortivas.

Aborto e lesões corporais leves

Se em decorrência do aborto a vítima sofre lesões corporais leves, o agente responde somente pelo crime de aborto, sem a aplicação da majorante constante do art. 127, pois essa lesão integra o resultado natural da prática abortiva.

Aborto agravado: preterdoloso

Para que se configure o *crime qualificado pelo resultado*, é indispensável que o evento morte ou lesão grave decorra, pelo menos, de culpa (art. 19 do CP). No entanto, se o dolo do agente abranger os resultados lesão grave ou morte da gestante, excluirá a aplicação do art. 127, que prevê uma espécie *sui generis* de crime preterdoloso (dolo em relação ao aborto e culpa em relação ao resultado agravador). Nesse caso, o agente responderá pelos dois crimes, em concurso formal.

10 Excludentes especiais da ilicitude

10.1 Aborto necessário e aborto humanitário

O art. 128 do CP determina que: “Não se pune o aborto praticado por médico: I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — se a

gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

Exclusão da ilicitude

Quando o CP diz que "não se pune o aborto", está afirmando que o *aborto é lícito* naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame. Lembra, com propriedade, Damásio de Jesus que "haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse 'não se pune o médico', que não é o caso".

Excludente de culpabilidade: possibilidade

Como em qualquer crime, pode apresentar-se alguma excludente de culpabilidade, legal ou supralegal, quando, por exemplo, apresentar-se a gravidez e a necessidade ou possibilidade do aborto, mas faltar algum dos requisitos legalmente exigidos pela excludente especial, não havendo médico disponível.

10.2 Aborto necessário ou terapêutico

O *aborto necessário* também é conhecido como *terapêutico* e constitui autêntico *estado de necessidade,* justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

Requisitos do aborto necessário

São dois requisitos, simultâneos: a) *perigo de vida da gestante*; b) *inexistência de outro meio para salvá-la*. O requisito básico e fundamental é o *iminente perigo à vida da gestante*, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime.

Perigo de vida: desnecessidade de consentimento

Quando o *perigo de vida for iminente*, na falta de médico, outra pessoa poderá realizar a intervenção, fundamentada nos arts. 23, I, e 24. Na hipótese de *perigo de vida iminente*, é dispensável a *concordância da gestante* ou de seu representante legal (art. 146, § 3º, do CP), até porque, para o *aborto necessário*, ao contrário do aborto humanitário, o texto legal não faz essa exigência.

Aborto necessário: contra a vontade da gestante

O *aborto necessário* pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos

arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 3º (intervenção médicocirúrgica justificada por *iminente perigo de vida*). Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no *estrito cumprimento de dever legal* (art. 23, III, 1ª parte), pois, na condição de *garantidor*, não pode deixar perecer a vida da gestante.

Consentimento: aborto humanitário

Enfim, o *consentimento da gestante* ou de seu representante legal somente é exigível para o aborto humanitário, previsto no inciso II do art. 128.

Ausência de direito à vida: médico garantidor

É fundamental a *cobertura legal do expert*, garantindo a licitude de sua conduta profissional, mesmo contra a vontade da gestante, pois esta não tem o direito de sacrificar a própria vida em prol do nascituro, o que, no entanto, não impede que o faça ou, pelo menos, tente.

Aborto eugenésico: inexigibilidade de outra conduta

O CP não legitima o chamado *aborto eugenésico*, mesmo que seja provável que a criança nascerá com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustentamos que a gestante que provoca o *autoaborto* ou *consente que terceiro* lho pratique está amparada pela inexigibilidade de outra conduta, sem sombra de dúvida.

10.3 Aborto humanitário ou ético

O aborto humanitário, também denominado *ético* ou sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do *crime de estupro* e a gestante *consente* na sua realização. Pelo nosso Código Penal não há limitação temporal para a estuprada-grávida decidir-se pelo abortamento.

Requisitos do aborto humanitário

São necessários os seguintes requisitos: a) *gravidez resultante de estupro;* b) *prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal*. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal.

Formalização do consentimento

O consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando for o caso, deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia do próprio médico.

Atentado violento ao pudor

Doutrina e jurisprudência admitem, por analogia, o aborto sentimental quando a gravidez resulta de *atentado violento ao pudor*, que é tão indigno e repugnante quanto o crime de estupro. À semelhança de situações em que esses horrendos crimes ocorrem e das consequências pessoais e morais, seria profundamente injusto punir o médico pelo crime de aborto por puro prurido técnico-dogmático.

Prova do crime de estupro

A prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em direito admissíveis. É desnecessário *autorização judicial*, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual.

Cautela médica e erro de tipo

Acautelando-se sobre a veracidade da alegação, somente a gestante responderá criminalmente (art. 124, 2ª figura), se for comprovada a falsidade da afirmação. A boa-fé do médico caracteriza erro de tipo, excluindo o dolo, e, por consequência, afasta a tipicidade.

10.4 Extensão da excludente: violência ficta

A excludente em exame estende-se ao crime praticado com *violência ficta* (art. 224). A *permissão legal* limita-se a referir-se ao crime de estupro, sem adjetivá-lo. Interpretação restritiva, no caso, implica *criminalizar* uma conduta autorizada, uma espécie de interpretação extensiva *contra legis*, ou seja, *in malam partem*.

10.5 Aborto necessário ou humanitário praticados por enfermeira

O Código exclui a ilicitude por dois fundamentos distintos: um por *estado de necessidade* e outro por *razões sentimentais*; no *aborto necessário*, não havendo outro meio de salvar a vida da gestante, não só a enfermeira mas qualquer pessoa que lhe faça as vezes não responderá por crime algum.

Enfermeira e estado de necessidade

Em *estado de necessidade*, todas as condutas proibidas no Código Penal são excepcionalmente autorizadas, afastando-se a proibição. Assim, nesse caso, a enfermeira não responde pelo crime de aborto, mas com fundamento no art. 24 do CP e não no art. 128, I, uma vez que, não sendo médica, não

pode invocar essa *excludente especial*.

Enfermeira e inexigibilidade de outra conduta

Na hipótese de aborto proveniente de estupro, a conduta da enfermeira não está acobertada pela excludente especial da ilicitude, ante a ausência de uma condição especial — ser médico. Contudo, poderá configurar-se a *inexigibilidade de outra conduta*, que, se reconhecida, excluirá a culpabilidade. Somente se for afastada essa possibilidade a enfermeira deverá responder pelo crime.

Enfermeira auxilia médico: acessoriedade limitada

Ora, se o fato praticado pelo médico, que é o autor, for *lícito*, não há como punir o *partícipe*, e o fundamento da impunibilidade da conduta da enfermeira, enquanto partícipe, respalda-se na *teoria da acessoriedade limitada da participação*, a qual "exige que a conduta principal seja *típica e antijurídica*".

11 Ação penal e sanção penal

11.1 Ação penal

A *ação penal*, a exemplo de todos os crimes contra a vida, é pública incondicionada; nem podia ser diferente, pois esses crimes atacam o bem jurídico mais importante do ser humano, que é a vida, tanto uterina quanto extrauterina. Nesses crimes, as autoridades devem agir *ex officio*.

11.2 Sanção penal

No *autoaborto* (art. 124) a pena é de detenção, de um a três anos; *no aborto provocado por terceiro, sem consentimento* (art. 125), a pena é de reclusão, de três a dez anos; e no *aborto consensual* (art. 126) a pena é de reclusão, de um a quatro anos. Se a gestante for absolutamente incapaz, a pena do aborto consensual também será de três a dez anos. Nas ditas formas "qualificadas", as penas serão majoradas em um terço se a gestante sofrer lesão corporal grave, e duplicadas se lhe sobrevier a morte.

12 Questões especiais

Crime impossível

Assim, benzedeiras, rezas, despachos e similares não são idôneos para

provocar o aborto e caracterizam *crime impossível* por absoluta ineficácia do meio (art. 17 do CP).

Finalidade do aborto

A ação de *provocar* o aborto tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. Ela se exerce sobre a gestante ou também sobre o próprio feto ou embrião.

Aborto: provocado e espontâneo

Só há crime quando o aborto é *provocado*; se for *espontâneo*, não existe crime. Se os peritos não podem afirmar, por exemplo, que o aborto foi provocado, não há certeza da existência de crime, e, sem tal certeza, não se pode falar em aborto criminoso.

Especializantes dos tipos de aborto

O núcleo dos tipos é o verbo *provocar*, que significa causar, promover ou produzir o aborto. As elementares especializantes, como "em si mesma", "sem o consentimento da gestante" e "com o consentimento da gestante", determinarão a espécie de aborto, além da particular figura "consentir", que complementa o crime próprio ao lado do autoaborto.

Elementares do aborto

O crime de aborto exige as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo.

Crime impossível

Haverá crime impossível quando a mãe pratica o fato e o feto já está morto.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Suficiente demonstração do fato, pelo suporte fotográfico, auto de exame de corpo de delito, auto de necropsia, juntamente com os depoimentos colhidos no feito. *Autoria*. Não basta a possibilidade de que o réu tenha sido o autor ou participado do fato criminoso. É preciso que estejam presentes nos autos indicativos suficientes a respeito da autoria. Não incumbe ao réu demonstrar, com segurança, sua inocência. Ao contrário, cabe à acusação reunir elementos convincentes e seguros da autoria. Recurso defensivo provido, para despronunciar o réu" (TJRS, RESE 70020855904, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 31-10-2007).

"Aborto qualificado. Existindo quatro circunstâncias desfavoráveis, redimensiona-se a pena-base em patamar mais elevado, mantendo a redução pela atenuante da confissão espontânea em dois meses, e o acréscimo em dobro pela forma qualificada (resultando na morte da vítima), adequada e suficiente a pena para reprovar a conduta" (TJRS, Apelação

70012259693, Rel. Jaime Piterman, j. 19-7-2007).

“Aborto provocado por terceiro. Ré pronunciada pelo art. 126, c/c o art. 127, ambos do CP. Pedido de impronúncia. Impossibilidade. Existência de duas versões nos autos. No caso concreto, a recorrente nega a autoria delitiva. Por outro lado, existe outra versão para o acontecimento, noticiando a participação da recorrente na prática abortiva, com o consentimento da gestante, que culminou no resultado morte. Impõe-se a pronúncia da recorrente, eis que na fase de pronúncia, reconhecida a materialidade do delito, havendo dúvida quanto à participação ou não da acusada, impera o princípio do *in dubio pro societate*, cabendo ao Júri popular a análise da questão” (TJRS, RESE 70019903103, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 28-6-2007).

“ADPF — Adequação — Interrupção da gravidez — Feto anencéfalo — Política judiciária — Macroprocesso. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental — como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade —, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF — liminar — anencefalia — interrupção da gravidez — glosa penal — processos em curso — suspensão. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF — Liminar — Anencefalia — Interrupção da gravidez — Glosa penal — Afastamento — Mitigação. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia” (STF, ADPF-QO 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27-4-2005).

“Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto” (STJ, HC 32.159/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-2-2004).

“Provocado por terceiro, o crime de aborto (art. 125 do CP) é sempre cometido com violência decorrente da falta de consentimento da gestante” (STJ, HC 18.168/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 13-8-2002).

“Aborto. Ausência de prova da gravidez. Ação penal trancada. No delito capitulado no art. 124 do CP, para instauração da persecução penal, é imprescindível a prova de sua materialidade. O ônus incumbe ao órgão acusador, não sendo suficiente, para este mister, a simples confissão da acusada. Aborto, diz a medicina, é interrupção da gravidez e, portanto, fundamental, essencial, imprescindível o diagnóstico desta como meio de configuração da infração” (STJ, HC 11.515/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 7-11-2000).

Capítulo II - Das Lesões Corporais

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

— V. art. 27, § 2º, III, da Lei n. 11.105/2005.

— V. art. 88 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I — incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;

— V. art. 168, § 2º, do CPP.

II — perigo de vida;

III — debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV — aceleração de parto:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

— V. Lei n. 11.105/2005.

— V. art. 15, I, *b*, da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente).

— V. art. 27, § 1º, da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

— V. art. 233, § 1º, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

§ 2º Se resulta:

I — incapacidade permanente para o trabalho;

II — enfermidade incurável;

III — perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV — deformidade permanente;

V — aborto:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

— V. art. 233, § 2º, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

— V. Lei n. 11.105/2005.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

— V. art. 27, § 2º, da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

— V. art. 233, § 3º, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

— V. art. 27, § 2º, III e IV, da Lei n. 11.105/2005.

Diminuição de pena

§ 4º 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

§ 5º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa:

— V. arts. 59, IV, e 60, § 2º, do CP.

I — se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;

II — se as lesões são recíprocas.

Lesão corporal culposa

§ 6º Se a lesão é culposa:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aumento de pena

§ 7º Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

— § 7º com redação determinada pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

— V. arts. 301 a 310 do CPP.

§ 8º Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.

— § 8º com redação determinada pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

— V. arts. 107, IX, e 120 do CP.

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:

— § 9º acrescentado pela Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004.

Pena — detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

— Pena com redação determinada pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

§ 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).

— § 10 acrescentado pela Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004.

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

— § 11 acrescentado pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

D O U T R I N A

Alteração: a Lei n. 8.069/90 (ECA) deu nova redação aos §§ 7º e 8º. O art. 88 da Lei n. 9.099/95 transformou a ação penal dos crimes de lesões leves e culposas em pública condicionada à representação.

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* penalmente protegido é a integridade corporal e a saúde da pessoa humana, isto é, a incolumidade do indivíduo. A proteção legal abrange não só a integridade anatômica como também a normalidade fisiológica e psíquica. Esse bem jurídico protegido é de natureza *individual*, devendo preponderar assim, pelo menos teoricamente, o interesse particular perante o interesse do Estado.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

O *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma condição particular, pois se trata de crime comum, e o tipo penal não faz

qualquer referência relativa ao sujeito ativo.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa humana viva, com exceção das figuras qualificadas (§§ 1º, IV, e 2º, V). Nessas figuras, somente a *mulher grávida* pode figurar na condição de sujeito passivo do crime de lesões corporais. Eventuais danos produzidos em cadáver, à evidência, não se adequam à conduta descrita no art. 129. As restrições à autoria são aquelas próprias limitadas pela própria dogmática penal, que afastam a imputabilidade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica do crime de lesão corporal consiste em *ofender*, isto é, lesar, ferir a *integridade corporal* ou a *saúde de outrem. Ofensa à integridade corporal* compreende a alteração, anatômica ou funcional, interna ou externa, do corpo humano, como, por exemplo, equimoses, luxações, mutilações, fraturas etc.

Perturbação de ânimo ou aflição

Ofensa à saúde compreende a alteração de funções fisiológicas do organismo ou perturbação psíquica. A simples perturbação de ânimo ou aflição não é suficiente para caracterizar o crime de lesão corporal por ofensa a saúde. Mas configurará o crime qualquer alteração ao normal funcionamento do psiquismo, mesmo que seja de duração passageira.

Pluralidade de lesões: crime único

O crime de *lesão corporal* abrange qualquer dano à integridade física ou à saúde de outrem, sem *animus necandi*. No entanto, a pluralidade de lesões não altera a unidade do crime, representando somente o desdobramento em vários atos (crime plurissubsistente) de uma única ação.

Dor física e crise nervosa

A simples dor física ou crise nervosa, sem dano anatômico ou funcional, não configura lesão corporal, embora não seja necessária violência física para produzi-la. A dor, por si só, não caracteriza o crime de lesão corporal, em razão de sua elevada subjetividade torná-la praticamente indemonstrável.

Lesão corporal e transmissão de moléstia

Para transmitir moléstia por contágio, por exemplo, não é necessária a violência tradicional, e não deixa de ser uma forma de produzir lesões corporais, mesmo fora das hipóteses dos arts. 130 e 131 do CP.

Indisponibilidade relativa

A integridade física apresenta-se como *relativamente disponível*: as pequenas lesões podem ser livremente consentidas, como ocorre, v. g., com as perfurações do corpo para a colocação de adereços, antigamente limitados aos brincos de orelhas; a ação penal passou a ser condicionada à representação do ofendido.

Lesão corporal leve e princípio da insignificância

A lesão à integridade física ou à saúde deve ser, juridicamente, relevante. É indispensável que o dano à integridade física ou à saúde não seja *insignificante*. Pequenas contusões que não deixam vestígios externos no corpo da vítima, provocando apenas dor momentânea, não possuem dignidade penal, e estão aquém do mínimo necessário para justificar uma sanção criminal.

Insignificância e infração de menor potencial ofensivo

Insignificância não se confunde com *infração de menor potencial ofensivo*, e a previsão desta não impede nem elimina a existência ou reconhecimento daquela. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de *menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o *princípio de insignificância*.

Aferimento da insignificância

A *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, *pela extensão da lesão produzida*.

Consequência da insignificância

Concluindo, a *insignificância da ofensa* afasta a *tipicidade*. Mas essa insignificância só pode ser valorada por meio da *consideração global* da ordem jurídica, observando-se a proporcionalidade e, particularmente, a extensão da lesão sofrida pelo bem jurídico protegido.

Autolesão: impunível

Não constitui crime a ação do agente que ofende a sua própria integridade física ou saúde. A *autolesão* não tipifica o crime de lesão

corporal.

Autolesão e estelionato

Poderá constituir *elementar* de uma figura do crime de *estelionato*, quando, por exemplo, o agente lesa a própria integridade física ou saúde, com o fim de obter indenização ou valor de seguro (art. 171, § 2º, V). Nesse caso, a punição não é pela autolesão como entidade autônoma, mas como uma espécie de estelionato, que é crime contra o patrimônio e não contra a pessoa, como é o caso da lesão corporal.

Autolesão e crime militar

Se, por outro lado, com a autolesão, o agente pretende criar ou simular *incapacidade física* para ficar inabilitado para o serviço militar, deve responder pelo crime do art. 184 do CPM. Nessa hipótese, o CPM não está punindo, igualmente, a autolesão, mas o meio fraudulento utilizado contra o serviço militar.

Inimputável e terceiro autor mediato

Tratando-se de um *inimputável*, *menor, ébrio* ou por qualquer razão incapaz de entender ou de querer, que, por determinação de outrem, pratique em si mesmo uma lesão, quem o conduziu à autolesão responderá pelo crime, na condição de *autor mediato* (art. 20, § 2º, do CP).

Autoria mediata e autoferimento

Quando alguém agredido por outrem, para defender-se, acaba por se ferir. A *causa* do ferimento foi a ação do agressor, logo, deverá responder pelo resultado lesivo. O ato da vítima de ferir-se ao defender-se do ataque constitui uma *causa superveniente relativamente independente*, mas que *não produziu, por si só, o resultado.*

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* do crime de lesões corporais é representado pelo *dolo*, que consiste na vontade livre e consciente de ofender a integridade física ou a saúde de outrem. É insuficiente que a ação causal seja voluntária, pois no próprio *crime culposo*, em regra, a ação também é voluntária. É necessário, com efeito, o *animus laedendi*. Em certas figuras qualificadas há o preterdolo: a ofensa à integridade física é punida a título de dolo, e o resultado qualificador, a título de culpa.

Abrangência do dolo

O dolo deve abranger o fim proposto, os meios escolhidos e, inclusive, os efeitos colaterais necessários. Os elementos volitivos e intelectivos do dolo devem abarcar a ação (conduta), o resultado e o nexo causal, sob pena de o agente incorrer em erro de tipo.

Dolo eventual e preterdolo

Indiscutivelmente, o dolo pode ser direto ou eventual; particularmente, esta modalidade de infração penal é uma das poucas que admitem a possibilidade da terceira modalidade, qual seja, o *preterdolo*, em determinadas figuras qualificadas: a ofensa à integridade física é punida a título de dolo, e o resultado qualificador, a título de culpa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se com a lesão efetiva à integridade ou à saúde de outrem; consuma-se no exato momento em que se produz o dano resultante da conduta ativa ou omissiva. A pluralidade de lesões infligidas num único processo de atividade não altera a unidade do crime, que continua único.

Admissibilidade da tentativa

Como crime material que é, a *tentativa* é tecnicamente admissível, com exceção das formas culposa e preterdolosa, cuja impossibilidade decorre da natureza de ambas, aliás, dogmaticamente explicadas.

Tentativa: dificuldade probatória

Parte da doutrina tem dificuldade em admitir a viabilidade da tentativa do crime de lesões corporais. Confundem-se coisas diversas: a admissibilidade da tentativa com a dificuldade de prova de sua existência. A dificuldade probatória, em princípio, refoge do âmbito do Direito Penal para repousar no seio do Direito Processual Penal, onde deverá encontrar solução.

Vias de fato e tentativa de lesões corporais

Não há *tentativa de vias de fato* se o meio empregado pelo agente é capaz de causar dano à incolumidade física da vítima. Configura tentativa do crime de lesão corporal a ação do agente que traduz manifesto e inequívoco *animus laedendi*, e só não se concretiza por ter sido impedido por terceiro.

6 Classificação doutrinária

A lesão corporal é *crime comum*, podendo ser praticado por qualquer sujeito ativo, sem exigir nenhuma qualidade ou condição especial; crime *material* e de *dano*, que somente se consuma com a produção do resultado, isto é, com a lesão ao bem jurídico; *instantâneo* e pode apresentar-se sob as formas dolosa, culposa ou preterdolosa.

7 Lesão corporal leve ou simples

A definição de lesão corporal leve é formulada por exclusão, ou seja, configura-se quando não ocorre nenhum dos resultados previstos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 129. Lesão corporal leve, simples ou comum é a lesão tipificada em seu tipo fundamental, ou seja, a ofensa à integridade física ou à saúde de outrem, nos limites do *caput* do artigo mencionado.

Limites da lesão corporal

Lesão corporal não é apenas ofensa à integridade corpórea, mas também à saúde. A lesão à saúde abrange tanto a saúde do corpo como a mental. Se alguém, à custa de ameaças, provoca em outro um choque nervoso, convulsões ou outras alterações patológicas, pratica lesão corporal, que pode ser leve ou grave, dependendo de sua intensidade.

Lesão dolosa indireta

A lesão tipificada no *caput* do artigo é sempre dolosa, e para que se reconheça essa natureza é suficiente que a ação humana seja orientada pelo *animus laedendi*, mesmo que a produza de forma indireta. Assim, por exemplo, o agente desfere uma “porretada” na vítima, que, agilmente, desvia-se do golpe, mas resvala, perde o equilíbrio e cai, ferindo-se na queda.

Lesão corporal preterdolosa: previsão legal

O Código Penal em vigor não previu como figura distinta e autônoma a *lesão corporal preterdolosa*, ou seja, quando o resultado produzido é mais grave do que aquele efetivamente querido pelo sujeito ativo. A figura disciplinada no § 3º do art. 129 — *lesão corporal seguida de morte* — cuida somente do *homicídio preterdoloso*, que é coisa distinta. Para aprofundar-se, veja-se nosso *Manual de Direito Penal*, v. 2, Parte Especial.

8 Lesão corporal grave

O § 1º relaciona quatro hipóteses que, digamos, *qualificam* a *lesão corporal*, pois lhe atribui novos parâmetros, máximo e mínimo, de pena, que são de um a cinco anos de reclusão.

8.1 Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias

A incapacidade referida neste dispositivo relaciona-se ao aspecto *funcional* e não puramente econômico. Trata-se da *efetiva* impossibilidade de realização de sua *atividade ocupacional*, tradicional, regular, de natureza lícita. As *ocupações habituais* a que se refere o art. 129, § 1º, I, do CP não têm o sentido de trabalho diário, mas de ocupações do quotidiano do indivíduo, como, por exemplo, trabalho, lazer, recreação etc. Por elas não se devem entender somente as ocupações de natureza lucrativa.

Atividade habitual: menores e crianças

A lei tem em vista a atividade habitual do indivíduo *in concreto; é* indiferente que não seja economicamente apreciável. Esse destaque é relevante na medida em que crianças, menores ou bebês também podem ser sujeitos passivos dessa espécie de lesões corporais. Necessidade de comprovação pericial.

Ocupação habitual: pessoas idosas

O mesmo ocorre com pessoas idosas, que, embora não tenham mais atividade laboral, podem ficar privadas de suas caminhadas, ginástica etc. Essa incapacidade, especialmente para crianças e idosos, pode ser causada por meios físicos, psíquicos ou mentais.

Vergonha da vítima: não caracterizadora

A simples vergonha de aparecer em público, mesmo que decorrente de marcas ou cicatrizes deixadas pelas lesões, não caracteriza a qualificadora em exame.

Ocupações habituais: exclusão das ilícitas

A atividade habitual, que pode ter qualquer natureza, não pode, logicamente, ser ilícita, isto é, proibida por lei. Assim, o marginal que, ferido, não puder retomar a prática de crimes por mais de trinta dias não caracteriza a qualificadora em questão.

Atividades imorais: abrangência

Contudo, a exclusão de atividades ilícitas não abrange atividades imorais, evidentemente aquelas que não se revistam de ilegalidade, como, por exemplo, a *prostituição*, que pode ser imoral, mas não é, em si mesma, ilícita. No caso de eventual prostituta, por exemplo, que, ferida, não puder retomar suas atividades normais por mais de trinta dias, estará configurada a qualificadora.

Fundamento ético da proteção

O reconhecimento dessa qualificadora não significa proteger condutas imorais, tampouco agravar injustamente a situação do réu, mas tratar igualitariamente todo e qualquer cidadão que tenha sua integridade física violada, desde que não se refira à prática de condutas ilegais, o que não é o caso da prostituição.

Exame complementar: validade

Quando o exame pericial tiver a finalidade de determinar a gravidade da infração penal, o *exame complementar* deverá ser realizado logo que tenha decorrido o prazo de trinta dias a contar da data do fato. O prazo é material, por isso deve obedecer à regra do art. 10 do CP, incluindo-se o dia do começo. Esse exame é absolutamente necessário (art. 168, § 2º, do CPP).

Supressão por prova testemunhal

A impossibilidade de sua realização pode ser suprida por prova testemunhal (art. 168, § 3º). No entanto, é imprestável, como prova, a lacônica resposta “sim” ao quesito específico, desacompanhada de qualquer explicação fundamentadora, consoante reiterada jurisprudência.

Exame no prazo de trinta dias

O exame realizado antes do decurso do prazo de trinta dias é inidôneo, assim como aquele que vier a ser realizado muito tempo depois de sua expiração. Somente não perderá a validade se permanecerem as circunstâncias que permitam apurar a incapacidade da vítima.

8.2 Perigo de vida

Não se trata de mera *possibilidade*, mas de *probabilidade* concreta e efetiva de morte, quer como consequência da própria lesão, quer como resultado do *processo patológico* que esta originou. Os peritos devem diagnosticar e não simplesmente fazer prognóstico, uma vez que não se

trata de perigo presumido, mas concreto, efetivo, real.

Necessidade de comprovação pericial

O perigo deve ser pericialmente comprovado. O resultado morte deve ser provável e não meramente possível. Não basta a resposta laconicamente afirmativa da existência de perigo de vida; o laudo pericial deve descrever objetiva e fundamentadamente em que consiste o perigo de vida.

Efetividade do perigo de vida

Não é suficiente a idoneidade da lesão para criar a situação de perigo, mas é necessário que esta realmente se tenha verificado. A simples sede das lesões não justifica a presunção de perigo, que deve ser demonstrado, embora não se possa negar que o simples fato de a vítima apresentar *traumatismo craniano* e *comoção cerebral* seja suficiente para o reconhecimento do perigo de vida.

Ausência de dolo do perigo de vida

A probabilidade de morte da vítima não deve ser objeto do dolo do agente, caso contrário deveria responder por tentativa de homicídio e não por lesão corporal grave com risco de vida.

8.3 Debilidade permanente de membro, sentido ou função

Debilidade é a redução ou enfraquecimento da capacidade funcional da vítima. *Permanente*, por sua vez, é a debilidade de duração imprevisível, que não desaparece com o correr do tempo. Apesar do sentido etimológico do *permanente*, tem-se admitido que não é necessário que seja definitiva.

Permanente: não é perpétuo

Para o reconhecimento da gravidade da lesão por resultado *debilidade permanente*, não é necessário que seja perpétua e impassível de tratamento reeducativo ou ortopédico. Essa recuperação artificial já é, por si só, caracterizadora do *estado permanente* da debilidade acarretada pela lesão, é mais que suficiente para atestar a gravidade da lesão.

Membro, sentido ou função

Membros são partes do corpo que se prendem ao tronco, que podem ser superiores e inferiores: braços, mãos, pernas e pés; *sentido* é a faculdade de percepção, de constatação e, por extensão, de comunicação: visão, audição, olfato, paladar e tato; *função* é a atividade específica de cada órgão do corpo humano (ex.: respiratória, circulatória, digestiva, secretora,

locomotora, reprodutora e sensitiva).

8.4 Aceleração de parto

Aceleração de parto é a antecipação do nascimento do feto, com vida. A terminologia legal "aceleração de parto" deve ser entendida como *antecipação de parto*, pois somente se pode acelerar aquilo que está em andamento, e a previsão legal quis, na verdade, abranger não apenas o parto em movimento, mas todo o parto prematuro, ou seja, a expulsão precoce do produto da concepção.

Necessidade de nascer vivo

É indispensável que o feto esteja vivo, nasça com vida e continue a viver; caso contrário, se morrer, no útero ou fora dele, configura-se *aborto*, e a lesão corporal será qualificada como gravíssima (§ 2º, V).

Consciência da gravidez da vítima

É necessário que o agente tenha conhecimento da gravidez da vítima, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva. Consciente da gravidez, a aceleração do parto pode ser produto de culpa, uma vez que esta será no mínimo consciente. Agora, o desconhecimento da gravidez determina a desclassificação para lesões leves.

Natureza objetiva das qualificadoras

Todas as qualificadoras contidas no § 1º são de natureza objetiva. Significa dizer que, em havendo concurso de pessoas, elas se comunicam, desde que, logicamente, tenham sido abrangidas pelo dolo do participante.

9 Lesão gravíssima (§ 2º)

O Código Penal não utiliza o *nomen iuris lesão corporal gravíssima*, mas a doutrina e a jurisprudência o consagraram, para distingui-la da lesão corporal grave, disciplinada no parágrafo anterior. Nas *lesões gravíssimas*, a dimensão das consequências do crime são consideravelmente mais graves. Os efeitos da lesão, em regra, são irreparáveis.

9.1 Incapacidade permanente para o trabalho

Incapacidade permanente para o trabalho não se confunde com *incapacidade para as ocupações habituais*, do parágrafo anterior: naquela, a incapacidade é *temporária* para ocupações habituais da vítima; nesta, a

incapacidade é *permanente* e para o trabalho em geral, e não somente para a atividade específica que a vítima estava exercendo.

Extensão da incapacidade

A *incapacidade*, nesta espécie de lesões, não é para "as ocupações habituais da vítima", mas somente para o *trabalho*, isto é, para o desempenho de uma *atividade laboral*, profissional, lucrativa (art. 129, § 2º, I), ao contrário do que ocorre com as lesões graves (art. 129, § 1º). Essa impossibilidade pode ser física ou psíquica.

Desclassificação da incapacidade

Se ficar incapacitada para determinada *atividade específica*, mas puder exercer outra atividade laboral, não se configura a *lesão gravíssima*, ainda que a incapacidade específica seja permanente. Desclassifica-se a infração penal para lesão corporal grave.

Incapacidade irreversível

A incapacidade também não é *temporária*, mas definitiva. No entanto, não se exige que seja perpétua, bastando um prognóstico firme de *incapacidade irreversível*. A "incapacidade permanente" deve ser de duração incalculada. Com efeito, "permanente", na linguagem do Código, tem o sentido não "transitório" ou "temporário", isto é, significa durável, e não definitivo.

Vítima curada: irrelevância

É irrelevante que a vítima se apresente clinicamente curada: se a incapacidade, a despeito disso, restou comprovada, a lesão sofrida é qualificada como gravíssima.

9.2 Enfermidade incurável

Enfermidade, segundo os especialistas, é um processo patológico em curso. *Enfermidade incurável* é a doença cuja *curabilidade* não é conseguida no atual estágio da medicina, pressupondo um processo patológico que afeta a saúde em geral. A *incurabilidade* deve ser confirmada com dados da ciência atual, com um *juízo de probabilidade*.

Incurabilidade: prognóstico pericial

Incurável deve ser entendido em sentido relativo, sendo suficiente o *prognóstico pericial* para caracterizá-la, pois em termos de ciência médica nada é certo, tudo é provável, pode-se afirmar, num exagero de expressão.

Debilidade e enfermidade: distinção

Debilidade permanente é o estado consecutivo a uma lesão traumática, que limita duradouramente o uso, a extensão e a energia de uma função, sem comprometer o estado geral do organismo. A *enfermidade*, ao contrário, deve ser entendida como o estado que duradouramente altera e progressivamente agrava o teor de um organismo. Essa distinção, a nosso juízo, é a que melhor define as diferenças que as duas hipóteses encerram e permite a solução mais justa para cada caso concreto.

9.3 Perda ou inutilização de membro, sentido ou função

A semelhança deste dispositivo, que considera a "perda ou inutilização", com aquele do parágrafo anterior, que disciplina a *debilidade permanente* de membro, sentido ou função, é manifesta, recomendando-se redobrada cautela no seu exame. A *debilidade permanente* (§ 1º, III) caracteriza lesão grave, e a *perda ou inutilização* (§ 2º, III), por sua vez, configura lesão gravíssima.

Definição de perda

Há *perda* quando cessa o sentido ou função, ou quando o membro ou órgão é extraído ou amputado. Perda é a extirpação ou eliminação de órgão (membro, sentido ou função). A perda pode operar-se por meio de *mutilação* ou *amputação*: a primeira ocorre no momento da ação delituosa, seccionando o órgão; a segunda decorre de intervenção cirúrgica, com a finalidade de minorar as consequências.

Definição de inutilização

Há *inutilização* quando cessa ou se interrompe definitivamente a atividade do membro, sentido ou função; na *inutilização* não há a exclusão, mas a subsistência, embora inoperante. *Inutilização* de membro, sentido ou função não é outra coisa que a sua *perda funcional*; e *perda* é o perecimento físico, é a eliminação material do órgão. Na *inutilização* o membro permanece ligado ao corpo, mas inoperante em sua atividade própria ou função.

Debilidade e perda ou inutilização: distinção

Nem sempre é fácil distinguir *debilidade permanente* e *perda* ou *inutilização*. A perda de um olho (debilidade) não se confunde com a perda da visão (perda de sentido). Sobre as definições de membro, sentido ou função *vide* anotação anterior.

9.4 Deformidade permanente

A *deformidade* para caracterizar esta qualificadora precisa representar lesão estética de certa monta, capaz de produzir desgosto, desconforto a quem vê e vexame ou humilhação ao portador. Não é, por conseguinte, qualquer dano estético ou físico capaz de configurar a qualificadora.

Influência do sexo da vítima

Evidentemente que o sexo da vítima também contribui para o grau de exigência da deformidade, pois, inegavelmente, uma cicatriz na face de uma jovem mulher causa-lhe prejuízo superior, talvez intolerável, ao que sofreria, nas mesmas circunstâncias, um jovem varão.

Diversidade da sede da lesão

A deformidade não se limita ao rosto da vítima, mas a qualquer outra parte do corpo cujo defeito seja visível, como, por exemplo, lesão óssea em membros inferiores, que obriga a vítima a coxear, ou na coluna vertebral, tornando-a gibosa etc.

Dano físicoestético

Deformidade permanente implica a existência de dano estético considerável, decorrente de *defeito físico permanente*. É necessário que haja comprometimento permanente, definitivo, irrecuperável do aspecto físicoestético. A deformidade não perde o carácter de permanente quando pode ser dissimulada por meios artificiais, como, por exemplo, cirurgia plástica.

Necessidade de a decisão judicial optar

A decisão judicial precisa optar, reconhecendo expressamente se houve *debilidade* (§ 1º, III) ou *deformidade* permanente (§ 2º, IV). A *deformidade* que somente pode ser eliminada ou removida mediante cirurgia plástica constitui, comprovadamente, a qualificadora.

Extração de órgãos genitais: atipicidade

Não caracteriza a “perda de membro, sentido ou função” a cirurgia que extrai órgãos genitais externos de transexual, com a finalidade de curá-lo ou de reduzir seu sofrimento físico ou mental. Aliás, essa conduta é atípica. Falta-lhe o dolo de ofender a integridade física ou saúde de outrem.

9.5 Aborto

Trata-se de crime preterdoloso, ou seja, há dolo em relação à lesão corporal e culpa em relação ao aborto; este é provocado involuntariamente: o agente não o quer nem assume o risco de provocá-lo. Para que possa caracterizar a qualificadora da lesão corporal gravíssima não pode ter sido objeto de dolo do agente, pois, nesse caso, terá de responder pelos dois crimes, lesão corporal e aborto, em concurso formal impróprio, ou, ainda, por *aborto qualificado*, se a lesão em si mesma for grave.

Consciência da gravidez e erro de tipo

É necessário que o agente tenha conhecimento da gravidez, sem, contudo, querer o aborto. Se a ação do agente visar o aborto, o crime será o do art. 125. O desconhecimento da gravidez, porém, afasta a qualificadora, constituindo erro de tipo.

Lesão ou aborto: "animus agendi"

Não se deve confundir as figuras dos arts. 127, 1ª parte, e 129, § 2º, V, pois há uma inversão de situações: na primeira a lesão é querida, e o aborto não; na segunda, o aborto é que é o resultado desejado, enquanto a lesão não, nem mesmo eventualmente.

10 Lesão seguida de morte (§ 3º)

Também é conhecido como *homicídio preterdoloso*: dolo nas lesões, culpa na morte. Se o resultado morte for imprevisível ou decorrente de caso fortuito, o sujeito responderá somente pelas lesões corporais. Se houver dolo eventual quanto ao resultado mais grave, o crime será de homicídio.

Elemento subjetivo

Preterdolo: *dolo* no antecedente e *culpa* no consequente. Se o resultado não foi objeto do querer do agente, mas situando-se na esfera da previsibilidade, o crime é preterdoloso (art. 129, § 3º) e não homicídio. Se a ação não foi orientada pelo ânimo de lesar, mas executada com imprudência, configura-se homicídio culposo.

Competência

Apesar do evento morte, a competência é do juiz singular. Note-se que a figura típica não se encontra no capítulo "dos crimes contra a vida", que são da competência do Tribunal do Júri, mas está localizada no capítulo das lesões corporais.

11 Lesões majoradas

A pena pode ser aumentada em um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º. *Vide* as anotações daquele dispositivo.

12 Figuras privilegiadas

As formas privilegiadas são as seguintes: a) *impelido por motivo de relevante valor social;* b) *impelido por motivo de relevante valor moral;* c) *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.*

Dominado pela emoção

A *intensidade da emoção* deve ser de tal ordem que o sujeito seja *dominado* por ela; a reação tem de ser *imediata*, e a provocação tem de ser *injusta*. Se a emoção for menor, apenas *influenciando* a prática do crime, ou não for *logo em seguida*, não constituirá a *privilegiadora*, mas a atenuante genérica do art. 65, III, *c*, última parte.

Injusta provocação da vítima

Em se tratando de lesão corporal, de homicídio ou lesão corporal seguida de morte, a *privilegiadora da violenta emoção* incide somente se o crime é cometido logo em seguida à injusta provocação (emoção-choque) e quando a violência da emoção *domina* o agente.

Sob a influência da emoção

A atenuante genérica do art. 65, III, *c*, do CP não exige a emoção-choque, mas somente a emoção-estado, que identifica a *influência* de violenta emoção.

Lesão recíproca: substituição por multa

Estando presente qualquer das minorantes relacionadas no § 4º, ou se as lesões forem recíprocas (§ 5º), a pena de detenção poderá ser substituída por multa. Essa previsão legal, que teve extraordinária importância no passado, perdeu seu destaque a partir das modernas reformas penais e particularmente com a Lei n. 9.714/98, que ampliou a aplicação da *multa substitutiva.*

13 Formas privilegiadas (§§ 4º e 5º)

As formas *privilegiadas* são as seguintes:

13.1 Diminuição de pena (§ 4º)

a) *Impelido* por motivo de *relevante* valor social; b) *impelido* por motivo de *relevante* valor moral; c) *sob o domínio* de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima: a intensidade da emoção deve ser de tal ordem que o sujeito seja dominado por ela; a reação tem de ser *imediata*, e a provocação tem de ser *injusta*. Se a emoção for menor, apenas *influenciando* a prática do crime, ou não for *logo em seguida*, não constituirá a *privilegiadora*, mas a atenuante genérica do art. 65, III, *c*, última parte. Presente qualquer das condições *privilegiadoras*, que, na verdade, são minorantes, a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço. *Vide* demais anotações do art. 121, § 1º.

13.2 Substituição de pena (§ 5º)

a) Presente qualquer das minorantes relacionadas no § 4º, ou b) se as lesões forem recíprocas, a pena de detenção poderá ser substituída por multa.

14 Lesão corporal culposa

A lesão corporal será culposa, desde que presentes os seguintes requisitos: *comportamento humano voluntário; descumprimento do dever de cuidado objetivo; previsibilidade objetiva do resultado; lesão corporal involuntária.*

Graduação da culpa

O Código Penal, ao contrário do Código Civil, não faz a graduação da culpa. A lesão culposa não recebe, consequentemente, a qualificação de grave e gravíssima, como a lesão dolosa. A graduação da culpa deverá ser objeto da dosimetria da pena.

Consequências do crime e lesão culposa

Não havendo a tipificação da lesão culposa, em modalidades *grave* e *gravíssima*, as *consequências do crime* devem ser valoradas na análise das circunstâncias judiciais (art. 59), no momento da dosagem da pena. Não há nenhuma previsão legal que afaste essa possibilidade.

Consideração das consequências do crime

Apesar de ser crime culposo, o *desvalor do resultado* é muito maior em

uma *lesão grave* ou *gravíssima* do que em uma *lesão leve*. Não se pode ignorar que tanto uma lesão corporal leve quanto uma lesão corporal com resultados graves ou gravíssimos, na modalidade culposa, sofrerá a mesma tipificação e receberá exatamente a mesma sanção.

Consequências no crime culposo

Quem, culposamente, provoca leves escoriações em alguém está sujeito às mesmas penas de quem, nas mesmas circunstâncias, deixa a vítima tetraplégica; por isso, é completamente equivocado sustentar que as "consequências do crime" são irrelevantes, além da inexistência de amparo legal para esse entendimento.

15 Isenção de pena ou perdão judicial

O § 8º do art. 129, que disciplina o crime de lesões corporais, prescreve que, em se tratando de *lesão culposa*, aplica-se o "perdão judicial", exatamente nos mesmos termos em que está previsto para o homicídio culposo. Com efeito, a previsão do § 5º do art. 121 refere-se à hipótese em que o agente é punido diretamente pelo próprio fato que praticou, em razão das gravosas consequências produzidas, que o atingem profundamente. A *gravidade das consequências* deve ser aferida em função da pessoa do agente, não se admitindo aqui critérios objetivos. As consequências de que se cogita não se limitam aos danos morais, podendo constituir danos materiais. Quando as consequências atingem o agente, via indireta, exige-se entre este e a vítima *vínculo afetivo* de importância significativa.

Doutrina e jurisprudência têm procurado definir essa possibilidade de deixar de aplicar a pena em algumas hipóteses expressamente previstas em lei. O entendimento dominante prefere denominar *perdão judicial*, que é o instituto mediante o qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de certas circunstâncias expressamente determinadas (exs.: arts. 121, § 5º, 129, § 8º, 140, § 1º, I e II, 180, § 5º, 1ª parte, 240, § 4º, I e II, 242, parágrafo único, e 249, § 2º).

15.1 Natureza jurídica do perdão judicial

Ao analisar o contexto probatório, se o juiz reconhecer que os requisitos exigidos estão preenchidos, não poderá deixar de conceder o perdão judicial por mero capricho ou qualquer razão desvinculada do referido instituto. Embora as opiniões dominantes concebam o *perdão judicial* como mero

benefício ou favor do juiz, entendemos que se trata de *um direito público subjetivo de liberdade* do indivíduo, a partir do momento em que preenche os requisitos legais. Como dizia Frederico Marques, os benefícios são também direitos, pois o campo do *status libertatis* se vê ampliado por eles, de modo que, satisfeitos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los. Ademais, é inconcebível que uma causa extintiva de punibilidade fique relegada ao *puro arbítrio judicial*. Deverá, contudo, ser negado quando o réu não preencher os requisitos exigidos pela lei.

16 Concurso de crimes

Quando praticada contra vítima de estupro ou atentado violento ao pudor, a lesão leve é considerada elemento da violência caracterizadora do crime sexual, e não infração autônoma.

17 Majorantes da lesão corporal (§ 7º)

Vide as anotações do art. 121, § 4º. São as mesmas hipóteses previstas para o homicídio.

18 Violência doméstica (§ 9º): adequação típica

A novel figura recebeu a seguinte tipificação: "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". A Lei n. 10.886/2004 acrescentou o § 9º ao art. 129, trazendo uma nova figura penal típica, a violência doméstica, que se caracteriza quando o agente da lesão corporal mantém alguma relação de parentesco ou de convivência com a vítima, nos termos descritos pela norma penal incriminadora, e se prevalece das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Convém destacar que referida tipificação não foi criada ou elaborada pela Lei Maria da Penha, que se limitou a alterar a respectiva sanção penal da disposição que já existia desde 2004 (Lei n. 10.886/2004), mantendo, por sua vez, intacto o preceito primário. A discriminadora Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, abusou na definição das espécies e quantidade de "violência doméstica e familiar". Dentre outras, classificou as seguintes: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência

patrimonial e violência moral (art. 7º).

No entanto, a despeito de toda essa elástica previsão, que tem natureza puramente programática, em seara criminal, o novo diploma legal não trouxe nenhum acréscimo à definição da violência física, que preferimos denominar "lesões corporais domésticas", ressalvada a cominação sancionatória que recebeu novos limites, mínimo e máximo, cujas considerações serão acrescidas ao final deste capítulo.

18.1 Fundamentos político-sociais da neocriminalização

Ninguém desconhece que a criação desse *tipo penal especial* é produto da grande atuação dos movimentos feministas, que, é bom que se diga, por justiça, receberam apoio de inúmeros segmentos da sociedade, sem qualquer ranço social, ideológico ou político. Procurou-se, por outro lado, minimizar o *drama da violência doméstica* que assola o País, fazendo diariamente milhares de vítimas, em sua imensa maioria constituídas por mulheres e crianças. Acreditam os movimentos engajados na luta que a instituição dos Juizados Especiais Criminais contribuiu para o aumento desse flagelo que atinge especialmente as camadas sociais desprivilegiadas (o que não quer dizer que esse tipo de violência não exista nas classes mais altas).

18.2 Equivocada manutenção da natureza da ação penal

Mais que a obrigatoriedade da aplicação de *penas não privativas de liberdade*, estamos convencidos de que a alteração da *natureza da ação penal* nos crimes de *lesões corporais*, condicionando-a à *representação criminal* do ofendido ou de seu representante legal (art. 88 da Lei n. 9.099/95), dificulta a punição dos autores desse tipo de infração, o qual, normalmente, no recesso dos lares, é praticado contra mulheres e crianças. Condicionar a punibilidade dessa espécie de "violência doméstica" à *representação da vítima* significa, ainda que indiretamente, dificultar-lhe o alcance da tutela penal, na medida em que, quando não por outras razões, pela simples *coabitação com o agressor* (normalmente mais forte, quase sempre temido ou respeitado), a vítima não tem coragem nem independência suficientes para manifestar livremente sua vontade de requerer/autorizar a coerção estatal.

Por isso, a nosso juízo, mais que tipificar novas figuras penais e/ou majorar as sanções cominadas, é indispensável alterar, mediante previsão

legal, a natureza da ação penal, ou seja, excepcionar as *lesões corporais leves* quando praticadas nas condições descritas no novo dispositivo: a ação penal deve ser *pública incondicionada*! Lamentamos que o legislador contemporâneo não se tenha dado conta dessa necessidade, tampouco da utilidade político-criminal de tal orientação. Ademais, a despeito do *nomen iuris* imponente da nova figura típica, continuava circunscrito ao espaço da definição de *infração de menor potencial ofensivo* (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001); mas, nesse particular, foi alterada pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que elevou a pena cominada para três anos de detenção.

18.3 Violência doméstica: gravidade da ofensa

Não é, por certo, a agravação da sanção cominada, aleatoriamente ou não, que torna a infração penal mais ou menos grave, como podem interpretar alguns, mas, certamente, a sua gravidade está diretamente relacionada com os efeitos, resultados ou, mais especificamente, os danos que causa ou pode causar ao bem jurídico ofendido. Em outros termos, é a lesividade ou o potencial lesivo que traz em seu bojo que autoriza o reconhecimento da real gravidade de uma infração penal. Aliás, os próprios limites, mínimo e máximo, que foram sensivelmente alterados, também autorizam interpretá-la como lesão leve, pois, a despeito da elevação exagerada do limite máximo, trouxe, ao mesmo tempo, seu limite mínimo para três meses de detenção, o mesmo do *caput* do art. 129.

No entanto, nessa infração penal *sui generis* dois fatores aleatórios são os verdadeiros definidores se não da gravidade da conduta incriminada, pelo menos da sanção cominada. São eles: *(*a*) de um lado, os sujeitos passivos da conduta incriminada; (*b*) de outro lado, o vínculo decorrente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*.

18.4 Violência doméstica: bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido por essa figura típica, não se limita à integridade corporal e à saúde da pessoa humana (incolumidade e normalidade fisiológica e psíquica), mas abrange também, fundamentalmente, a harmonia, a solidariedade, o respeito e a dignidade que orientam e fundamentam a célula familiar. Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha (*Direito penal*, p. 51) afirma: “está clara a preocupação do legislador em proteger não apenas a incolumidade física individual da vítima (homem ou

mulher), como também tutelar a tranquilidade e harmonia dentro do âmbito familiar. Manifesta o agente, nesses casos, clara insensibilidade moral, violando sentimentos de estima, solidariedade e apoio mútuo que deve nutrir para com parentes próximos ou pessoas com quem convive (ou já conviveu)".

18.5 Violência doméstica: impropriedade técnica

Esse *novo tipo penal*, aparentemente simples, apresenta mais complexidade, dogmaticamente falando, do que se pode imaginar, a começar pelo *nomen iuris* "*violência doméstica*", distinto das demais figuras contidas no mesmo art. 129, que se referem, todas, a *lesões corporais*, de uma ou outra gravidade, mas sempre lesões corporais. No entanto, o *preceito primário* contido no novo § 9º refere-se à "lesão praticada", e não à "violência praticada". Há, inegavelmente, um descompasso entre o *nomen iuris* e a descrição da conduta no preceito primário. Em nosso entendimento, essa opção do legislador apresenta certa *impropriedade técnica*, que, embora não seja inédita, não deixa de ser inadequada, na medida em que se presta a equívocos e divergências interpretativas, especialmente quando se tem claro, ao contrário do que imaginava a velha doutrina, que o termo "violência" não é sinônimo de "lesão corporal". Na verdade, "violência" tem significado mais abrangente do que "lesão corporal", como demonstraremos adiante, em tópico específico.

18.6 Lesão corporal e "vias de fato": distinção

Considerando que a conduta tipificada limita-se a criminalizar a *lesão*, que outra coisa não é senão a *lesão corporal leve*, eventuais *vias de fato*, por si sós, não configuram essa infração penal. *Vias de fato*, segundo doutrina e jurisprudência, caracterizam-se pela prática de atos agressivos, sem *animus vulnerandi*, dos quais não resultem danos corporais. Aliás, é exatamente a inexistência de lesões corporais, aliada à ausência de *animus laedendi*, que caracteriza a ofensa como *vias de fato*. Em outros termos, pode-se considerar *vias de fato* a ação violenta contra alguém com a intenção de causar-lhe um mal físico, sem, contudo, feri-lo. Em síntese, para as pretensões da Lei Maria da Penha, que discrimina o tratamento dispensado à mulher, "vias de fato" efetivamente pode representar uma *violência* (aliás, é uma violência não apenas contra a mulher), mas não

tipifica o crime de *violência doméstica*, nos termos em que esta foi insculpida no § 9º do art. 129 do Código Penal, sob pena de se violentar o princípio da tipicidade estrita. Esse aspecto somente poderá ser resolvido *de lege ferenda*.

18.7 Violência doméstica: deficiência e insuficiência da tipificação

Essa não abrangência das "vias de fato" na criminalização das *lesões corporais domésticas* coloca em destaque a deficiência e a insuficiência desse novo tipo penal, que, para atender às aspirações dos movimentos sociais referidos, mereceria outra redação, mais abrangente, mais técnica e menos excludente. Para atingir esse desiderato, seria recomendável que ao lado do verbo nuclear fosse incluída a locução "violência" ou mesmo "violência doméstica", exatamente pela extensão de seu significado.

A descrição típica, que tem o objetivo declarado de coibir a *violência praticada no interior dos lares*, não é clara quanto ao local em que tal infração pode ser praticada. Seu conteúdo descritivo permite a interpretação segundo a qual, havendo a *relação* normativa exigida pelo tipo penal entre *sujeito ativo* e *sujeito passivo*, eventual *lesão leve* praticada pode ser definida como "violência doméstica". Mas as coisas não são tão simples. Com efeito, afora o *nomen iuris* "violência doméstica", explícito no tipo penal, e a *relação exaustiva* das pessoas que podem ser *sujeito passivo* desse crime, deve-se destacar que o crime pode ser praticado "prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade", elementar normativa que tem aplicação suplementar. Essa confusa redação autoriza, em outros termos, a admitir como *sujeito passivo* dessa infração não apenas aqueles elencados expressamente no tipo penal, mas também outros, desde que haja *prevalecimento*, por parte do agente, das relações mencionadas na descrição típica.

18.8 Relativa importância do local da violência doméstica

Assim, acreditamos que, pela descrição típica, a *lesão* praticada contra *ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido*, pode ser praticada *em qualquer local*, e não apenas nos limites territoriais da "morada da família": comprovando-se essa *relação* com o sujeito passivo, eventual *crime de lesão corporal leve* encontrará adequação típica no § 9º, e não no *caput* do art. 129, como

ocorria até o advento da Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, desde que, segundo os termos legais, "prevaleça-se" da situação doméstica. Nesse sentido, vale a pena destacar o magistério de Rogério Sanches Cunha (*Direito penal*: parte especial, 1. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 3, p. 52), que adverte: "... *prevalecer* tem o sentido de *levar vantagem, aproveitar-se da condição (ou situação)*, pensamos que a hipótese necessariamente pressupõe que o agente se valha da vantagem doméstica, de coabitação ou de hospitalidade em relação à vítima, merecendo interpretação restritiva".

Nessa linha, cabem ainda mais distinções: 1) o crime contra os *sujeitos passivos* expressos no dispositivo legal, como já afirmamos, pode ser praticado em qualquer lugar; 2) em relação àqueles contra os quais só pode ser praticado com "prevalecimento das relações", pode ocorrer somente, em tese, nos limites territoriais em que existam as relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Será, pois, nesses locais que o *sujeito ativo* poderá *abusar* de tais *relações* e, consequentemente, em que os *sujeitos passivos* poderão sentir-se inferiorizados.

18.9 Prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação etc.

Afora o elenco de *sujeitos passivos* contido no § 9º, dita "violência doméstica" pode ser praticada *contra outros sujeitos passivos*, desde que *se prevaleça das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*. A locução "ou ainda prevalecendo-se" quer significar que a mesma conduta proibida pode tipificar-se quando for praticada contra "outros sujeitos", além daqueles expressamente mencionados, apenas com o acréscimo da elementar "prevalecendo-se das relações". Significa ainda, *a contrario sensu*, que a mesma conduta, para adequar-se ao tipo penal em exame, não exige a presença desse *elemento normativo*, qual seja *prevalecer-se* de "relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade", quando a vítima for uma daquelas mencionadas expressamente no texto legal.

Somente para reforçar, em relação aos sujeitos passivos expressamente elencados no dispositivo, o *prevalecimento das relações* está implícito, não precisando ser *provado*. Por outro lado, cabe mais um registro: embora a criminalização da "violência doméstica" tenha resultado, merecidamente, do trabalho dos movimentos feministas, a verdade é que *as mulheres e filhos*, geralmente *vítimas, também podem ser sujeitos ativos desse crime*.

18.10 Violência doméstica e relação empregatícia

"Relações domésticas" não se confundem com a "relação empregatícia", que existe entre patrões e trabalhadores domésticos. Nada impede, entretanto, que entre eles também possam existir relações domésticas e até mesmo relações de coabitação ou hospitalidade, como ocorre, por exemplo, com os crimes tão em moda praticados por babás, no recesso do lar de seus empregadores. Na verdade, somente em cada caso concreto é que se poderá examinar a existência ou não dessas modalidades de relação, sejam domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

18.11 Violência e lesão corporal: distinção

Qual é o real *sentido*, quais os limites de *abrangência* do vocábulo "violência" que o legislador utiliza tão frequentemente no Código Penal, às vezes adjetivado, às vezes não? Algumas vezes o utiliza acompanhado da locução "grave ameaça", outras o limita, para abranger somente a "violência física", como forma de excluir a que se convencionou chamar de *violência moral* (a grave ameaça); por vezes, ainda, o faz acompanhar da locução "vias de fato", como na definição da *injúria real* (art. 140, § 2º), quando esta consiste em "violência ou vias de fato". Enfim, percebe-se que pode haver grande distinção entre os significados técnico-jurídicos de *violência* e *lesão corporal*, na medida em que a *violência* não consiste necessariamente em "lesão corporal", tampouco somente em "vias de fato".

Não se discute em doutrina que a *grave ameaça* constitui uma espécie do gênero *violência*. No entanto, a exemplo do que ocorre na injúria real — praticada com violência —, pode-se sustentar que a "violência" mencionada no *nomen iuris* — violência doméstica — não abrange a violência moral, isto é, a grave ameaça (*vis compulsiva*), pois, quando o legislador deseja integrá-la ao tipo incriminador, o faz expressamente. Na verdade, sempre que o Código Penal emprega a expressão "violência" sem a alternativa "ou grave ameaça" está excluindo a denominada "violência moral", limitando-se a adotar a violência física, ou seja, aquela que é empregada sobre o corpo da vítima.

18.12 Contra pessoa portadora de deficiência

Por fim, o § 11 acrescenta uma *majorante específica*, quando a denominada *violência doméstica*, isto é, aquela praticada nas condições

definidas no § 9º, ora em exame, tiver como destinatário "pessoa portadora de deficiência". Trata-se de uma *causa de aumento aberta*, na medida em que não define natureza, espécie ou extensão da deficiência. A despeito dessa inadequada previsão, não nos parece que se possa utilizar o "conceito de pessoa portadora de deficiência" contido nos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. No particular, discordamos do entendimento de Rogério Sanches, que invoca exatamente o subsídio do referido decreto. Nossa discordância, com a *venia* devida, reside no fato de tratar-se de um decreto regulamentador de uma lei que não exige regulamentação, pelo menos não foi expressa nesse sentido. Admitir-se a majoração de penas por decreto presidencial implica ferir o princípio da reserva legal.

A meu juízo, a aplicação dessa majorante exige a comprovação médico-legal da existência efetiva da "deficiência" da vítima, além da necessidade de o autor da violência ter conhecimento de que se trata de pessoa portadora de deficiência, sob pena de consagrar-se a odiosa responsabilidade penal objetiva, como reconhece Rogério Sanches Cunha (*Direito penal*, p. 53).

18.13 Natureza da ação penal no crime de "violência doméstica"

De que é crime de ação pública não resta a menor dúvida, mas será condicionada ou incondicionada? Afinal, de que crime estamos tratando? Violência doméstica ou lesão corporal leve? Se admitirmos que se trata somente de um *tipo especial de lesão corporal leve*, evidentemente que a ação penal será pública condicionada, nos termos do art. 88 da Lei n. 9.099/95. Contudo, se sustentarmos que a *violência doméstica* é um crime autônomo, distinto do crime de lesão corporal, inegavelmente *a ação penal será pública incondicionada*. Provavelmente, haverá essas duas correntes.

Na linha de toda a nossa exposição, fica muito claro que para nós, tecnicamente, o conteúdo do § 9º descreve um tipo especial do crime de *lesão corporal leve*, e, por isso, a ação penal, necessariamente, só pode ser *pública condicionada à representação do ofendido*. Dogmaticamente, essa é a alternativa correta. No entanto, por questões de *política criminal* e considerando as razões que levaram à criminalização da chamada "violência doméstica", admitimos ser razoável sustentar que se trata de crime de *ação pública incondicionada*, sob pena de continuar tudo igual ao que era antes da vigência da Lei n. 10.886/2004, dificultando, se não inviabilizando, a punição desse tipo de "violência". Acreditamos que a

jurisprudência, acertadamente, adotará essa orientação.

19 Causa de aumento de pena (§ 10)

Aproveitou o legislador de 2004 para criar a majorante de um terço para os casos dos §§ 1º a 3º do mesmo artigo, se as circunstâncias forem as mesmas (§ 10). Com efeito, se da violência doméstica resultar lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou seguida de morte, a pena prevista nos §§ 1º, 2º ou 3º, conforme o caso, aumenta-se de um terço.

19.1 Pessoa portadora de deficiência: majoração de pena

Prosseguindo em sua sanha exasperadora, o legislador aproveita para nova majorante (elevação em um terço), quando a *lesão corporal doméstica* for cometida "contra pessoa portadora de deficiência" (§ 11), acrescida pela Lei n. 11.340/2006. Resta em aberto, ainda, a definição da espécie ou dos limites da locução "portadora de deficiência", que deve, a nosso juízo, circunscrever-se à *deficiência física, mental e psíquica*, devidamente comprovada nos autos, não se aplicando a previsão do Decreto n. 3.298/99.

20 Pena e ação penal

Na *lesão leve* a pena é de detenção, de três meses a um ano; na *grave*, reclusão, de um a cinco anos; na *gravíssima*, reclusão, de dois a oito anos; na *seguida de morte*, reclusão, de quatro a doze anos. Na forma *culposa*, a pena será de detenção, de dois meses a um ano. Há ainda a possibilidade da aplicação de minorantes (§§ 4º e 5º) e majorantes (§ 7º).

Os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, com o advento do art. 88 da Lei n. 9.099/99, são de ação penal pública condicionada. A lei nova é mais benéfica, uma vez que subordina o exercício da pretensão punitiva do Estado à representação do ofendido. Deve, pois, retroagir, pouco importando esteja ou não o processo com a instrução criminal iniciada. Para as demais espécies de lesões corporais, a ação penal continua sendo pública incondicionada.

A Lei n. 10.886/2004, ao incluir um tipo especial de lesão corporal leve, com o *nomen iuris* de "violência doméstica", cominou-lhe a pena de detenção, de seis meses a um ano — superior, portanto, àquela prevista no *caput* do art. 129, que é de três meses a um ano de detenção. Novamente, volta-se a elevar a sanção dessa infração penal, agora, nitidamente, com a

finalidade de afastá-la da competência dos juizados especiais. Sendo fixada entre três meses e três anos de detenção, exclui, pelos próprios critérios eleitos pelo legislador, a competência dos Juizados Especiais Criminais, sendo desnecessária a equivocada previsão do art. 41, que determina a não aplicação da Lei n. 9.099/95, de duvidosa constitucionalidade (art. 98, I, da CF).

21 Questões especiais

Confronto com outras figuras típicas

Se não ocorrer a efetiva lesão corporal (dano), pode configurar-se a contravenção de vias de fato (art. 21 da LCP). Quanto à lesão corporal e homicídio culposos, decorrentes de serviços de alta periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente, *vide* art. 65, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90 (CDC).

Previsão do ECA

A Lei n. 8.069/90 (ECA) criou uma majorante para o homicídio doloso e lesão corporal dolosa, praticados contra criança, nas hipóteses dos §§ 4º do art. 121 e 7º do art. 129. As causas de aumento (§ 7º) devem constar, implícita ou explicitamente, da denúncia.

Manipulação genética

Ver Lei n. 11.105/2005.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

a) *Lesão corporal leve*

"Lesão corporal leve. Infração de menor potencial ofensivo. Aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95" (STJ, HC 69.444/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-5-2007).

"O delito de lesão corporal leve é autônomo frente ao crime de resistência, ao teor do § 2º, do art. 329, do Código Penal. Segundo art. 88, da Lei n. 9.099/95, para o crime descrito no art. 129, *caput*, do Código Penal, é necessário a representação do ofendido" (STJ, HC 36.175/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24-5-2005).

"Art. 129 do CP. Lesão corporal leve. Representação. Excesso de formalismo. Desnecessidade. Suprimento da condição de procedibilidade. Vítima que comparece perante a autoridade policial para noticiar a ocorrência dos fatos. Exame de corpo de delito. Não realização. Falta de demonstração de lesão. Caracterização. Contravenção. Vias de fato" (STJ, Apn 290/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-3-2005).

b) *Lesão corporal grave*

“Lesões corporais graves. Dosimetria. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Se o paciente foi condenado pela prática de lesões corporais de natureza grave, delito cometido com violência à pessoa, resta afastado o pleito de concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes” (STJ, HC 74.359/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 17-5-2007).

“No delito de lesão corporal grave, em que a violência não é meio, mas, sim, constitutiva do próprio ilícito, não é possível a substituição da pena prisional por restritiva de direitos” (STJ, EDcl no AgRg no REsp 478.277/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-5-2006).

“Tendo em vista os fatos narrados na denúncia, bem como os elementos que compõem os autos, deve-se operar a desclassificação do delito de lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, III, do CP) para o de lesão corporal grave (art. 129, § 1º, III, do CP), em razão da superveniência de debilidade permanente de sentido (perda da visão do olho direito). Operada, nesta via, a desclassificação do delito, mostra-se viável a proposta de suspensão condicional do processo, na forma do art. 89 da Lei n. 9.099/95” (STJ, HC 44.116/PB, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-2-2006).

“Lesão corporal grave. Constatada mediante laudo pericial a debilidade permanente da função mastigatória em razão da perda de canino superior esquerdo, é irrelevante, para fins de tipificação penal, a possibilidade de restauração mediante tratamento odontológico, pois, para o reconhecimento da gravidade da lesão, não é preciso que ela seja perpétua e impassível de tratamento” (STJ, REsp 609.059/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 26-4-2005).

c) *Lesão corporal gravíssima*

“Lesão corporal gravíssima. Perda do baço por intervenção cirúrgica necessária. O interrogando jogou contra a vítima um pedaço de pau” (TJRS, Apelação 70020460044, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 15-8-2007).

“Lesão corporal gravíssima (ocorrência). Pena privativa de liberdade (regime de cumprimento). Condenado (não reincidente). Pena inferior a 4 (quatro) anos (imposição). Elementos favoráveis (existência). Regime legal aberto (aplicação). Em se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos imposta a réu não reincidente e havendo critérios favoráveis ao condenado reconhecidos pela sentença, não é possível, como na espécie, escapar ao estabelecimento do cumprimento da pena em regime menos rigoroso” (STJ, HC 52.876/RN, Rel. Min. Nilson Naves, 19-9-2006).

“Quando da fixação da pena-base, a sentença valorou, de um lado, a periculosidade; de outro, a grave deformidade na face de uma jovem mulher de 26 (vinte e seis) anos de idade. Visto que, no caso, a deformidade permanente foi a qualificadora da lesão corporal, por isso a ré se houve como incursa na pena de reclusão prescrita no aludido art. 129, § 2º, não poderia tal ponto (ou o que tem a ver com ele), em razão disso, servir de elemento para a fixação da pena-base. Em outras palavras, a resultante deformidade não poderia, ao mesmo tempo, qualificar o crime (§ 2º) e integrar as circunstâncias judiciais (art. 59)” (STJ, HC 35.896/DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 25-6-2004).

“Lesão corporal gravíssima — Dosimetria da pena – Incidência das qualificadoras atreladas à lesão corporal de natureza grave. É inviável que as qualificadoras atreladas à lesão corporal de natureza grave sejam levadas em conta para majorar a pena do paciente, condenado pelo crime de lesão corporal gravíssima (conforme doutrinariamente se define o tipo do art. 129, § 2º, do CP), tendo em vista o princípio da consunção” (STJ, HC 30.332/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 1-4-2004).

d) *Lesão corporal seguida de morte*

“Agente que golpeia a vítima com faca na região ventral e frontal, levando-a a morte, a

pretexto de revidar agressão, realiza por certo, em tese, crime de homicídio, autorizando sua pronúncia, e não delito de lesão corporal seguida de morte" (TJRS, RESE 70022688246, Rel. Vladimir Giacomuzzi, j. 6-3-2008).

"Está claramente comprovado que as agressões do acusado causaram a morte da vítima, consubstanciando o delito do artigo 129, § 3º, do CP. Importante ressaltar que o dolo do agente se limita a causar as lesões corporais, sendo a morte uma consequência que agrava o resultado" (TJRS, Apelação 70020153292 , Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 30-8-2007).

"Condenado o réu por lesão corporal seguida de morte, é irrefutável estar caracterizada a violência, apta a impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme reza o inciso I, do art. 44, do Código Penal" (STJ, AgRg no REsp 478.277/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 20-10-2005).

e) *Lesão corporal culposa*

"Art. 303 do Código Brasileiro de Trânsito. Lesão corporal culposa. A prova demonstra que o evento ocorreu por culpa do condutor do veículo Astra, que já tendo passado pela via secundária (desvio), engatou marcha-à-ré para converter no acesso secundário, sem certificar-se da presença de outros veículos, provocando a colisão" (TJRS, Apelação 71001579937, Rel. Angela Maria Silveira, j. 17-3-2008).

"Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, com majorante. Rejeitada a preliminar da suspensão condicional do processo em razão do não preenchimento dos requisitos subjetivos do art. 77, inciso II, do CP, combinado com art. 89 da Lei n. 9.099/95. Acusado assumiu a direção do veículo após ingestão de bebida alcoólica, sem habilitação necessária, efetuando manobra arriscada de conversão, em velocidade incompatível para uma pista de chão batido, vindo a perder o controle do veículo, deixando de prestar socorro à vítima mesmo tendo sido alertado pelo seu companheiro, que chegou a pular a janela do carro em movimento para vir a socorrer a vítima" (TJRS, Apelação 70012889176, Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 29-1-2008).

"Lei n. 9.099/95. Lesão corporal culposa. Decadência do direito de representação evidenciada. Extinção da punibilidade" (STJ, RHC 11.688/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, 4-12-2001).

f) *Violência doméstica*

"Lesão corporal leve. Violência doméstica. A violência doméstica constitutiva do crime de lesão corporal descrito no art. 129, § 9º, do Código Penal impede a incidência da agravante geral prevista no art. 61, II, letra *f,* do mesmo diploma legal. A pena detentiva de oito meses imposta ao condenado em razão do cometimento do crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal pode ser subsituída por restritivas de direito indicadas no art. 44 da lei penal fundamental quando atendidas as exigências legais e recomendável a operação à vista dos fins e objetivos da sanção criminal indicados no *caput* do art. 59" (TJRS, Apelação 70022258974, Rel. Vladimir Giacomuzzi, j. 6-3-2008).

"Violência doméstica. Lesão corporal leve. Art. 129, § 9º, do CPB. Retratação tácita da representação. Extinção da punibilidade. O não comparecimento da ofendida na audiência preliminar demonstra falta de interesse na possível punição do agressor, constituindo retratação tácita da representação, o que também foi revelado pela conduta posterior, quando declarou em juízo sobre a pacificação dos conflitos familiares" (TJRS, Recurso Crime 71001522838, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 17-12-2007).

"Lesão corporal leve. Violência doméstica. Art. 129, § 9º, do CPB. A violência intrínseca ao tipo penal não afasta a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito" (TJRS, Recurso Crime 71001520162, Rel. Nara Leonor Castro Garcia,

j. 17-12-2007).

Capítulo III - Da Periclitação da Vida e da Saúde

Perigo de contágio venéreo

Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Somente se procede mediante representação.

— V. art. 100, § 1º, do CP.

— V. art. 24 do CPP.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido é a *incolumidade física e a saúde da pessoa humana*. A existência, harmonia e prosperidade da coletividade estão condicionadas à saúde, segurança e bem-estar de cada um de seus membros, e, por isso, são objeto do interesse público.

Alguns autores, como Magalhães Noronha, incluem "a vida" como bem jurídico tutelado. Não nos parece correta essa orientação, na medida em que nem sequer há previsão para punição se sobrevier a morte da vítima, em decorrência do *efetivo contágio*. Para aprofundar, ver nosso *Manual*, v. 2.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, desde que sejam portadores de moléstia venérea. Estar contaminado ou portar moléstia venérea é uma *condição particular* exigida por este tipo penal. A ausência dessa "condição" torna atípica a conduta do agente, ainda que aja com dolo

de expor o ofendido à contaminação.

Cônjuge e prostituta

O próprio *cônjuge* (masculino ou feminino) pode ser sujeito ativo em relação ao seu consorte. Nem o matrimônio nem o exercício da prostituição constituem excludentes ou dirimentes da responsabilidade penal pela exposição *a contágio de moléstia venérea*.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo também pode ser qualquer ser vivo, nascido de mulher, sem qualquer condição particular. A exemplo do que afirmamos em relação ao sujeito ativo, também cônjuge e prostituta podem ser sujeitos passivos da exposição a moléstia venérea.

Irrelevância do consentimento da vítima

Trata-se de *interesse público* e, portanto, *indisponível*. O eventual *consentimento* do ofendido não afasta o interesse público em impedir a progressão dessas moléstias, que podem adquirir dimensões preocupantes ou, quem sabe, até atingir o nível de epidemia.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A *ação* consiste em *expor* (colocar em perigo) a contágio de moléstia venérea de que *sabe* ou *devia saber* ser portador. O perigo deve ser direto e iminente, isto é, concreto, demonstrado e não presumido. A possibilidade incerta ou remota é irrelevante. É suficiente a *exposição ao perigo*, sendo desnecessário o *dano*, que, se ocorrer, constituirá, em tese, somente o exaurimento do crime.

Meio de execução

O *meio* de exposição a contágio venéreo é somente através de *relações sexuais* ou *qualquer outro ato libidinoso*. Na definição deste crime, o legislador utiliza a expressão “relações sexuais”, ao contrário da *praxis* adotada na definição dos *crimes contra os costumes* (arts. 213 a 217 do CP), na qual emprega sempre a expressão “conjunção carnal”. À evidência que *relações sexuais* têm abrangência superior àquela compreendida pela expressão *conjunção carnal*.

Relações sexuais: abrangência

O vocábulo *relações sexuais*, além da dita *cópula vagínica*, abrange

também as “relações sexuais *anormais*, tais como o coito anal ou oral, o uso de instrumentos roliços ou dos dedos para a penetração no órgão sexual feminino, ou a cópula vestibular, em que não há penetração”. “Relações sexuais”, ademais, englobaria também as *relações homossexuais* (tidas como *atos libidinosos diversos da conjunção carnal)*, tão disseminadas na atualidade.

Atipicidade de outros meios

Não há crime de *perigo de contágio venéreo* se o perigo provier de qualquer outra ação física, como, por exemplo, ingestão de alimentos, aperto de mão, amamentação, uso de utensílios domésticos etc., pois a descrição típica, ao limitar expressamente às relações sexuais e atos libidinosos, exclui qualquer outra forma de contágio.

Contato pessoal entre os sujeitos

É indispensável a existência de *contato pessoal* entre os sujeitos ativo e passivo, ante a exigência da lei de que a *exposição de alguém a contágio venéreo se produza através de relações sexuais ou qualquer outro ato libidinoso*; aliás, é impossível manter “relações sexuais” ou praticar qualquer “ato libidinoso” sem contato pessoal. Nosso Código Penal *ainda* não pune essas condutas “virtuais”.

Desclassificação: moléstia grave

Se a moléstia venérea for grave, mas o ato não for libidinoso, ou se o ato for libidinoso, mas a moléstia não for venérea, tipificará o crime do art. 131 e não deste.

3.1 Tipo penal aberto e norma penal em branco

A definição de *moléstia venérea* compete à medicina. Assim, são admitidas como *moléstias venéreas*, para efeitos penais, somente aquelas que o Ministério da Saúde catalogar como tais, e esse rol deve variar ao longo do tempo, acompanhando não só a evolução dos costumes, mas, particularmente, os avanços da própria ciência médica.

AIDS: não é moléstia venérea

A *AIDS*, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente, mas nunca o crime de perigo de contágio venéreo.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Este tipo penal contém três figuras distintas: a) o agente sabe que está contaminado; b) não sabe, mas deveria saber que está contaminado; c) sabe que está contaminado e tem a intenção de transmitir a moléstia (§ 1º). Dessa distinção se origina a diversidade de elemento subjetivo: 1ª) (de que sabe) *dolo de perigo*, direto ou eventual; 2ª) (deve saber) *dolo eventual de perigo*: aqui a culpa é equiparada ao dolo eventual, para fins de reprovação.

Dosimetria penal: sabe e deve saber

Na dosimetria da pena, deve-se levar em consideração a distinção de grau de censura que merece quem "sabe" daquele que "deve saber"; (se é intenção... transmitir) *dolo de dano direto*, na figura do § 1º, mais o elemento subjetivo do tipo representado pelo *fim especial* de transmitir a moléstia. Enfim, dolo de perigo nas hipóteses do *caput*, e de dano na hipótese do § 1º.

Uso de preservativo: exclusão do dolo

Se o agente contaminado procura evitar a transmissão da moléstia, usando preservativos, por exemplo, estará, com certeza, afastando o dolo. Com esse comportamento, se sobrevier eventual contaminação, em tese, não deverá responder sequer por lesão corporal culposa, pois tomou os cuidados objetivos requeridos, nas circunstâncias.

"Deve saber": presunção

A expressão "deve saber", como elementar típica, é pura *presunção*, incompatível com o Direito Penal da culpabilidade. Não se admitem *presunções irracionais*, iníquas e absurdas, pois não se pode ignorar a hipótese, sempre possível, de não se ter ou não se poder adquirir essa consciência.

"Deve saber": responsabilidade objetiva

A admissão da elementar "deve saber" como identificadora de *dolo eventual* impede que se demonstre *in concreto* a impossibilidade de o agente *ter* ou *adquirir o conhecimento* do seu estado de contagiado, na medida em que tal conhecimento é *presumido*. E essa *presunção legal* não é outra coisa que *autêntica responsabilidade objetiva*: presumir o dolo onde este não existe!

4.1 Espécies de dolo: direto e eventual

Este tipo penal contém três figuras distintas: a) o agente *sabe* que está contaminado; b) não sabe, mas *devia saber* que está contaminado; c) sabe que está contaminado e *tem a intenção de transmitir a moléstia* (§ 1º). Diversidade de *elementos subjetivos*: 1ª) (de que sabe) *dolo de perigo*, direto ou eventual; 2ª) (deve saber) *dolo eventual de perigo* (alguns sustentam até a existência de culpa, que é inconcebível); 3ª) (se é intenção... transmitir) *dolo de dano direto*, na figura do § 1º, mais o *fim especial* de transmitir a moléstia.

Dolo de dano e dolo de perigo

Dolo de perigo, nas hipóteses do *caput*, e *de dano*, na hipótese do § 1º. Vamos examinar essas questões à luz da nossa interpretação.

"Sabe": dolo direto e eventual

Quando o agente "sabe" que está contaminado, isto é, quando tem *consciência* de que é portador de moléstia venérea, podem ocorrer as duas espécies de dolo — *direto* e *eventual*. O dolo será sempre de perigo, e consistirá na vontade livre e consciente de criar a situação de perigo de contágio venéreo (dolo direto) ou na aceitação do risco de criá-la (dolo eventual).

"Sabe": dolo direto

Age, nessa hipótese, com *dolo direto*, pois a *vontade* do agente é dirigida à realização do fato típico. Não quer transmitir a moléstia venérea, mas tem plena *consciência* e vontade de expor a vítima a perigo de contagiar-se. O objeto do dolo direto é o *fim proposto* (satisfação da libido), os *meios escolhidos* (práticas libidinosas) e os *efeitos colaterais* ou *secundários* (exposição a contágio de moléstia venérea) representados como necessários à realização do fim pretendido.

"Sabe": dolo eventual

Mas, mesmo na hipótese em que "sabe" que está contaminado, o agente pode agir com *dolo eventual*. Quando, por exemplo, o agente "sabe" que é portador de moléstia venérea, *prevê* a possibilidade de dar-se o contágio, mas não tem certeza de que a moléstia é contagiosa. Na *dúvida sobre a natureza contagiosa*, em vez de abster-se, mantém contato sexual com a vítima e a expõe a perigo. Quando o agente não tem certeza de algum elemento típico não deve agir; se, no entanto, apesar da dúvida, age, assume o risco, não da produção do resultado, mas da *aceitação da possibilidade* de

sua verificação.

"Sabe": não se confunde com dolo

A elementar "sabe" não se confunde com dolo, pois este se compõe de dois elementos — *intelectivo* (consciência ou previsão) e *volitivo* (vontade) —, e a ausência de qualquer deles é suficiente para impedir a configuração dolosa, tanto na forma direta quanto na eventual.

4.2 Dolo eventual — "deve saber" que está contaminado

O agente percebe alguns sinais de doença venérea, mas não tem certeza de sua infecção e, quiçá, contaminação; no entanto, mantém relação sexual sem tomar qualquer precaução, expondo alguém a perigo. Na verdade, "devia saber", havia a possibilidade de ter essa consciência de seu estado, esse *elemento normativo* está presente, mas assume o risco de criar uma situação de perigo para terceiro, de criar uma situação de ameaça concreta de transmissão da moléstia. Nesse caso, na *dúvida sobre a possibilidade de estar contaminado*, não podia agir, expondo alguém a perigo concreto.

"Deve saber": impossibilidade de dolo direto

O *dolo eventual* pode configurar-se diante de qualquer das duas elementares — "sabe" e "deve saber"; o dolo direto é que não é admissível na hipótese do "deve saber".

5 Qualificadora e elemento subjetivo especial do tipo

Na hipótese do § 1º do art. 130, o agente quer transmitir a moléstia venérea, mantém a relação sexual com essa finalidade; a intenção de transmitir constitui o móvel da ação. Se, no entanto, o agente praticar a relação sexual, sabendo que está contaminado, tem consciência do risco que expõe a companheira, isto é, age com dolo eventual quanto ao contágio efetivo, responderá pelo art. 130, *caput*, e não pelo § 1º.

Intenção do agente: dupla função

A previsão do § 1º, "se é intenção do agente transmitir a moléstia", exerce aqui dupla função dogmática: qualifica o crime (tipo derivado) e constitui *elemento subjetivo especial* do injusto.

Impunibilidade da forma culposa

Não vemos nenhuma possibilidade de punir a modalidade do *crime culposo*, em razão do princípio de sua *excepcionalidade*, e, por isso mesmo,

seria paradoxal admitir sua equiparação com o dolo.

6 Consumação e tentativa

O crime de perigo de contágio venéreo *consuma-se* com a prática de *atos de libidinagem* (conjunção carnal ou não), capazes de transmitir a moléstia venérea, independentemente do contágio, que poderá ou não ocorrer. *Atos de libidinagem* podem ser representados pelas *relações sexuais* ou outros *atos libidinosos* diversos daquelas.

Efetiva contaminação: exaurimento

A *efetiva contaminação* do ofendido constituirá simples *exaurimento* do crime de perigo de contágio venéreo, que, para alguns, *tipificaria crime de dano*, que poderia ser, eventualmente, lesão corporal dolosa ou culposa, conforme o caso. Contudo, como o *dolo é de perigo*, presume-se que o agente não tenha querido transmitir a moléstia.

Lesões culposas: absorção

Lesões corporais culposas fica afastada em razão de sua sanção ser menor que a do crime de perigo, além da falta de previsão legal.

Admissibilidade da tentativa

Admite a *tentativa*, a despeito de tratar-se de crime de simples perigo. Como crime formal, compõe-se de ação e resultado, embora tenha sua execução antecipada, consumando-se com a prática da conduta nuclear típica. Frequentemente apresenta um *iter criminis*, que pode ser objeto de fracionamento. Haverá tentativa, por exemplo, quando o agente, pretendendo manter relação sexual com a vítima, não consegue.

7 Crime impossível

Quando o ofendido já for contagiado ou portador da mesma moléstia, não haverá crime, configurando-se *crime impossível* (art. 17 do CP), por *absoluta impropriedade do objeto*. Em outros termos, não se pode expor a perigo de contaminação, ou mesmo contaminar, quem já está contaminado. Haverá, igualmente, *crime impossível* se o sujeito ativo supuser, erroneamente, que está contaminado.

8 Classificação doutrinária

O perigo de contágio venéreo é crime *comum*, pois não exige nenhuma qualidade especial de qualquer dos sujeitos, ativo ou passivo; é *formal*, consuma-se com a simples realização de conduta típica, independentemente da produção de qualquer resultado; *instantâneo*, *comissivo* e *plurissubsistente*. A conduta descrita no *caput* do artigo é crime de *perigo*, e a descrita no § 1º é de *dano*.

Formas qualificadas: o § 1º constitui uma forma qualificada, *sui generis*, do delito, representada pelo *especial fim* de transmitir a moléstia, recebendo pena agravada. Na forma simples o dolo é de perigo; na *qualificada*, é de dano.

9 Formas qualificadas

O § 1º do art. 130 define uma forma qualificada, *sui generis*, do crime de perigo de contágio venéreo, representada pelo *especial fim* de transmitir a moléstia. Nesse parágrafo, o legislador utiliza uma *técnica sui generis*, porque emprega o *especial fim de agir* não como simples elemento subjetivo do tipo, mas como elemento identificador e especializante do tipo derivado (qualificado).

Lesão grave ou gravíssima: absorção

A "intenção" é de *transmitir a moléstia*, e não simplesmente *expor a perigo*! Assim, se sobrevier o dano, isto é, se o ofendido for contaminado, de forma grave ou não, o sujeito passivo responderá exatamente pelo previsto: há a previsão de dano, o *elemento subjetivo* é de dano e a *agravação* da sanção existe exatamente em razão dessa finalidade, que acaba sendo atingida. Eventual lesão corporal grave ou gravíssima é absorvida.

Concurso formal

O crime de *perigo de contágio venéreo* poderá apresentar-se sob a forma de *concurso formal* com os crimes *contra os costumes* (estupro, atentado violento ao pudor, atentado ao pudor mediante fraude, corrupção etc.), quando o autor desses crimes souber ou puder saber que está contaminado por moléstia venérea.

Concurso formal impróprio

A prática de qualquer dos crimes sexuais (contra os costumes), com a *intenção de transmitir a moléstia*, continuará configurando *concurso*

formal, mas, nesse caso, o concurso será *formal impróprio*, somando-se as penas como no *concurso material, por tratar-se de desígnios autônomos.*

Forma culposa: "deve saber"

Não admite modalidade culposa. Embora a expressão "deve saber", segundo a velha doutrina, encerre uma configuração de culpa, nesta hipótese ela é equiparada ao dolo, recebendo, abstratamente, a mesma pena.

10 Pena e ação penal

10.1 Pena

Alternativa, na figura do *caput*, de detenção de três meses a um ano, ou multa. *Cumulativa*, na figura do § 1º, de reclusão de um a quatro anos, e multa.

Na dosimetria da pena, deve-se levar em consideração a distinção do *grau de censura* que merece quem "sabe" daquele que "deve saber".

10.2 Ação penal

O crime de perigo de contágio venéreo é de *ação pública condicionada* à representação, da vítima ou de seu representante legal. A representação do ofendido constitui somente uma *condição de procedibilidade*, também denominada pressuposto processual. O fundamento da *condicionabilidade* da ação penal reside na natureza da infração penal e que pode trazer danos nefastos ao ofendido, seja no seio familiar seja no social.

11 Questões especiais

Pode este crime ocorrer, inclusive, entre marido e mulher. Pode haver concurso formal, com os crimes contra os costumes. Pode haver crime impossível (se a vítima já estiver contaminada, ou se o sujeito ativo supuser, erroneamente, que está contaminado). A definição de moléstia grave compete à medicina. A *AIDS*, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Delito de perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP). O fato, além de monstruoso, revela a personalidade doentia do acusado, pois mesmo sabendo ser este portador de doença sexualmente transmissível, manteve relações libidinosas com a vítima. Condenação imposta, sem manifestação de inconformidade do Ministério Público quanto à pena. Lapso prescricional transcorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença. Extinção da punibilidade, de ofício" (TJRS, Apelação 70009054917, Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 12-8-2004).

"Não procede a alegação de que a vítima pretendia infectar o Apelante com o vírus HIV, se não restou demonstrada a combinação para a prática do ato sexual e a sua ocorrência; remanesce caracterizado o concurso de agentes, ainda que não premeditado o assalto, diante da participação dos menores nas agressões físicas à vítima, dela também subtraindo seus bens" (TJDF, Apelação 19990110461092, Rel. Joazil M. Gardes, j. 1º-6-2000).

"Perigo de contágio venéreo – Descaracterização – Apelante inculto e simplório – Desconhecimento de que estava contaminado por doença venérea – Necessidade – Não configuração – Absolvição determinada" (TJSP, Apelação 218.517-3, Rel. Hélio Freitas, j. 19-8-1997).

Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido* é a incolumidade física e a saúde da pessoa humana. Apresenta particularidade relativamente ao *meio* através do qual o bem jurídico pode ser atingido: *contágio de moléstia grave*.

Perigo de contágio e lesões corporais

Trata-se de *lex specialis* em relação à proteção contida no art. 129, pois as condutas tipificadas como *crimes de contágio de moléstias* (venéreas ou graves) são *crimes de perigo*, e poderiam enfrentar dificuldades práticas se permanecessem englobadas na generalidade do art. 129. Por isso, mesmo para antes do dano, pune-se a simples *exposição a perigo*, que não é mais que a probabilidade de dano.

Vida: não abrangência

A "vida" não integra o bem jurídico protegido pelo art. 131, como alguns

autores chegam a sustentar. Tanto é verdade que, se sobrevier a morte da vítima, eventual punição por esse dano deslocará a tipificação da conduta para outro dispositivo, que poderá ser o 121 ou o 129, § 3º, em clara demonstração de que a vida não está protegida por este artigo legal, pelo menos *imediatamente*.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, desde que esteja contaminado por moléstia grave e contagiosa. A exemplo da exigência do artigo anterior, estar contaminado de moléstia grave é uma *condição particular* exigida pelo tipo penal (a diferença é que para aquele tipo importa somente a *moléstia venérea*; para este, é indiferente a natureza da moléstia, desde que seja grave).

Sujeito não contaminado

A falta desta "condição" torna atípica a conduta, mesmo que haja a intenção de transmitir moléstia grave, podendo, inclusive, caracterizar *crime impossível*, por ineficácia absoluta do meio (art. 17).

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa, desde que não esteja contaminada por igual moléstia. O *cônjuge* e a *prostituta* também podem ser sujeitos passivos do perigo de contágio de moléstia grave, desde que estejam presentes os elementos subjetivos (o dolo e o especial fim de agir).

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica punível é *praticar*, isto é, realizar ato capaz de transmitir *moléstia grave*. A transmissão pode ocorrer através de qualquer ato (inclusive libidinoso, desde que a moléstia grave não seja venérea), desde que capaz de produzir o contágio. O ato praticado precisa ter *idoneidade* para a transmissão e a *moléstia* além de *grave* deve ser *contagiosa*.

Meio de execução: forma livre

O agente pode utilizar-se de qualquer *meio idôneo* para a prática do

crime de *perigo de contágio de moléstia grave*, pois o texto legal não faz qualquer restrição, ao contrário do *perigo de contágio venéreo*, que só pode ocorrer através de *relações sexuais ou qualquer ato libidinoso (art. 130)*.

Meios diretos

Os *meios* com idoneidade para produzir o *contágio de moléstia grave*, ao contrário da previsão do artigo anterior (que exige o contato pessoal), podem ser diretos ou indiretos. *Meios diretos* decorrem do contato físico do agente com a vítima, como beijo, aperto de mão, troca de roupa, amamentação etc.

Meios indiretos

Meios indiretos decorrem da utilização de objetos, utensílios, alimentos, bebidas ou qualquer outro instrumento que o sujeito passivo pode utilizar para a transmissão da *moléstia grave* que porta. Enfim, neste crime, ao contrário do perigo de contágio venéreo, é desnecessário o contato pessoal.

Objetos ou meios contaminados: atipicidade

E se os objetos ou coisas que o agente utilizar, com o fim de transmitir moléstia grave, estiverem infectados por micróbios ou germes dos quais não é portador? Responderá pelo crime descrito no art. 131? Certamente não, pois falta a elementar típica "de que está contaminado". Poderá, eventualmente, configurar o crime do art. 132 ou, se o contágio se concretizar, quem sabe, o crime de lesão corporal, dependendo das circunstâncias.

Fim especial: transmissão da moléstia

A conduta tem de ter a *finalidade* de transmitir a moléstia. Assim, por exemplo, se a ama-seca amamentar a criança, *desconhecendo* que está contaminada ou então ignorando que a moléstia grave que porta é *contagiosa*, não responderá por este crime. Se, contudo, sobrevier lesão corporal ou a morte da criança e ficar comprovada a existência de culpa, a ama-seca responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, conforme o caso.

Transmissão por criança

Se, ao contrário, a *criança* transmitir a moléstia grave à ama-seca, os pais da criança não responderão por este crime; se houver dolo dos pais, responderão por perigo para a vida ou a saúde de outrem, lesão corporal, tentativa de homicídio ou homicídio, conforme o caso concreto e a natureza

do dolo que orientou suas condutas.

Moléstia grave e contagiosa

O texto legal refere-se à transmissão de "moléstia grave", sem definir ou exemplificar o que deve ser entendido por *moléstia grave*, que, à evidência, deve ser *contagiosa*, isto é, transmissível. Mas essa omissão do legislador não implica *norma penal em branco*. Não será, com efeito, o regulamento da ONU ou do Ministério da Justiça que determinará a *gravidade* ou *contagiosidade* de uma ou outra moléstia.

Tipo anormal: elementos normativo e subjetivo

O fato de determinada *moléstia grave* não constar de regulamentos oficiais não lhe retirará, por certo, a idoneidade para tipificar este crime. Ser *grave* e *contagiosa* decorre da essência da moléstia e não de eventuais escalas oficiais. Trata-se, em verdade, daqueles crimes denominados *tipos anormais*, em razão da presença de elementos normativos ou subjetivos; neste caso, ambos estão presentes: a *finalidade de transmitir* a moléstia (elemento subjetivo) e *moléstia grave* (elemento normativo).

Moléstia grave não contagiosa: definição médica

Moléstia grave é somente um *elemento normativo*, que exige, para a sua compreensão, uma *atividade valorativa*, pois implica um *juízo de valor*, sendo insuficiente uma atividade meramente cognitiva. Por isso, a definição do que é moléstia grave cabe à medicina, pois se trata de um conceito médico. A moléstia grave, por fim, não contagiosa não é objeto de preocupação do art. 131.

Ato de libidinagem

O perigo de contágio de *moléstia grave* está tipificado no art. 131; contudo, se forem venéreas as moléstias e o *meio* do perigo de contágio for *ato de libidinagem* (relação sexual ou outro ato libidinoso), tipificará o crime descrito no art. 130. No entanto, se, a despeito de serem venéreas as moléstias graves, o *meio de transmissão* for qualquer outro, poderá tipificar o crime deste art. 131.

Perigo concreto

O perigo de contágio de moléstia grave deve ser *concreto*, logo, precisa ser efetivamente comprovado. A gravidade da moléstia, bem como a sua contagiosidade e a relação de causalidade entre a conduta do agente e o perigo concreto de contágio, tem de ser pericialmente comprovado. São

moléstias graves e contagiosas, dentre outras, AIDS, varíola, tuberculose, cólera, lepra, tifo, independentemente de constarem de Regulamento do Ministério da Saúde.

Moléstia grave e moléstia venérea

A *moléstia grave* pode, inclusive, ser transmitida através de ato libidinoso e, desde que não seja venérea, tipificará o crime do art. 131; se, ao contrário, for venérea, tipificará o crime do art. 130. Da mesma forma, se a *moléstia grave for venérea*, mas o ato não for libidinoso, a sua transmissão poderá tipificar o crime deste art. 131. Em outros termos, se a moléstia venérea for grave, mas o ato não for libidinoso, ou se o ato for libidinoso, mas a moléstia grave não for venérea, tipificará o crime do art. 131 e não deste.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O dolo direto e o elemento subjetivo do tipo constituído pelo *fim especial* de transmitir a moléstia. Por isso, diante do fim específico, não há dolo de perigo, mas de dano.

Tipo subjetivo: adequação típica

Estamos diante de um *crime de perigo* com dolo de dano, que só se caracteriza quando o agente pratica a ação e *quer* transmitir a moléstia. Em outros termos, o *tipo subjetivo* do crime de *perigo de contágio de moléstia grave* compõe-se do (a) *dolo direto* — que é o elemento subjetivo geral do tipo — e do (b) *elemento subjetivo especial do injusto* — representado pelo *especial fim de agir*, que é a *intenção* de transmitir a moléstia grave.

4.1 Dolo geral — elemento subjetivo geral

O *dolo*, como *elemento subjetivo geral*, requer sempre a presença de dois elementos constitutivos, quais sejam, o *elemento cognitivo* — consciência — e o *elemento volitivo* — vontade.

Consciência e vontade

A *consciência*, como elemento do dolo, deve ser *atual*. Assim, o agente deve ter não apenas consciência de que está contaminado ou de que sua moléstia grave é contagiosa, mas deve ter também consciência da ação que pretende praticar, das consequências desta e dos meios que pretende utilizar. Além do *elemento intelectual*, é indispensável o *elemento volitivo: a*

vontade deve, igualmente, abranger a *ação* (praticar ato idôneo) ou, se for o caso, a omissão, o *resultado* (transmissão da moléstia), os *meios* (diretos ou indiretos) e o *nexo causal* (relação de causa e efeito).

Especial fim de agir

O *tipo subjetivo* exige o *especial fim* de agir. Esse *fim* específico impede que se admita a possibilidade de *dolo eventual*. Logo, o dolo do crime de contágio de moléstia grave só pode ser direto.

Dolo eventual: inadmissibilidade

O *dolo eventual* é incompatível com *especial fim* de agir. Por isso, a mesma conduta que, objetivamente, assemelha-se à descrição típica não se aperfeiçoa pela ausência ou imperfeição da *tipicidade subjetiva*, se não houver o *especial fim* de agir.

Dolo eventual: outra tipificação

O dolo eventual poderá tipificar tentativa de lesão corporal ou o crime consumado de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132 do CP). E, se ocorrer a *transmissão efetiva* da moléstia grave, o crime poderá ser de lesão corporal dolosa ou lesão corporal seguida de morte, de acordo com o resultado que produzir.

Complexidade subjetiva: especial fim de agir

Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizar, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor. Assim, o agente pode agir dolosamente, isto é, *praticar atos idôneos para transmitir a moléstia grave a outrem*, sabendo que está contaminado, mas se faltar o *especial fim* — de transmitir a moléstia — o crime não se configura. O *dolo direto* existe, mas a falta do elemento subjetivo especial não o especificou e reduziu o tipo penal subjetivo, desfigurando-o.

Crimes de intenção

Crimes de intenção requerem um *agir com ânimo*, finalidade ou *intenção adicional* de obter um resultado ulterior, distintos da realização do tipo penal. Trata-se, portanto, de uma finalidade ou ânimo que vai além da realização do tipo. As *intenções especiais* integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente.

5 Consumação e tentativa

O crime de perigo de contágio de moléstia grave *consuma-se* com a prática do ato idôneo para transmitir a moléstia, sendo indiferente a ocorrência efetiva da transmissão, que poderá ou não ocorrer. Este crime pode *consumar-se* inclusive por meio de atos de libidinagem, desde que a moléstia grave não seja venérea, como também pode consumar-se com o risco de contágio de moléstia venérea grave, desde que os meios não constituam atos de libidinagem.

Consumação e exaurimento

A *efetiva contaminação* do ofendido constituirá simples *exaurimento* do crime de perigo de contágio de moléstia grave. Contudo, embora o crime seja de perigo, o *dolo é de dano.* Ademais, é indispensável a intenção de contagiar a vítima; a ausência desse *especial fim* afasta a adequação típica relativa ao art. 131.

Tentativa admissível

Este crime admite, em tese, a forma tentada. Trata-se de crime formal, compondo-se de ação e resultado; é conhecido como crime de "execução antecipada", consumando-se com a simples prática da ação descrita no tipo penal. Contudo, frequentemente, apresenta um *iter criminis* que pode ser objeto de fracionamento, e esse fracionamento é que caracteriza a possibilidade de ocorrência de tentativa.

Crime impossível

Haverá crime impossível se o sujeito passivo estiver contaminado pela mesma moléstia (art. 17). Em outros termos, não se pode expor a perigo de contaminação, ou mesmo contaminar, quem já está contaminado.

Se o meio utilizado for completamente inidôneo para produzir o contágio, haverá crime impossível; haverá, igualmente, crime impossível se o agente supuser, erroneamente, que está contaminado de moléstia grave e praticar ato com a finalidade de transmiti-la. Essa suposição equivocada será absolutamente insuficiente para tipificar o crime.

Erro de tipo e erro de proibição

Se o agente supõe que em relação a seu cônjuge não há a proibição de transmitir o contágio da moléstia grave, incorre em *erro de proibição*. Trata-se, no entanto, de erro inescusável e, nesse caso, serviria somente para reduzir-lhe a pena (art. 21, 2ª parte). Quando, por exemplo, o agente

sabe que está contaminado, tem consciência de que é portador de determinada moléstia, mas não sabe que se tratava de moléstia "grave". O desconhecimento dessa elementar — grave — pode configurar erro de tipo.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo com dolo de dano, formal, doloso, comum, comissivo e instantâneo. Como crime *formal*, tem sua consumação antecipada, não exigindo a produção do resultado, que, sobrevindo, o exaurirá. É crime de *perigo* porque a simples prática da conduta expondo a perigo o bem jurídico tutelado já configurará o tipo penal, e com dolo de dano porque exige a finalidade de transmitir a moléstia grave, que, potencialmente, produzirá um dano. Só admite a forma *dolosa* e não admite o *dolo eventual* em razão do especial fim de transmitir a moléstia. É *comum* porque não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito passivo, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa contaminada.

Crime comissivo e omissivo

O verbo núcleo "praticar" exige atividade, o que caracteriza um tipo comissivo, embora, excepcionalmente, possa receber a forma *omissiva*, quando, por exemplo, a mãe contaminada por moléstia grave e contagiosa permite que o filho a toque, com a intenção de transmitir-lhe a moléstia.

7 Questões especiais

7.1 Lesão corporal gravíssima

Como já afirmamos, eventual contaminação da vítima integra o próprio tipo do art. 131. Somente se se configurar *lesão corporal gravíssima* o agente responderá exclusivamente por ela (art. 129, § 2º). Logo, entendemos que a própria *lesão corporal grave* (art. 129, § 1º) é abrangida pelo *exaurimento do crime*, em que pese o máximo da pena ser pouco acima do máximo da pena do crime previsto no art. 131.

7.2 Morte da vítima: preterdolo

O *dolo* que orienta a conduta do agente objetiva a *transmitir a moléstia grave*. Pois é exatamente o *elemento subjetivo* que nos permite identificar e classificar a conduta do agente. Nessa descrição típica do art. 131, o legislador já sopesou o *desvalor do resultado*, que, provavelmente, deve

atingir a integridade e a saúde do ofendido. Convém destacar que a superveniência da morte da vítima, com o mesmo dolo, não é atribuída ao agente a título de dolo, mas tão somente a título de preterdolo. Assim, seria incoerente atribuir aquela lesão a título de dolo.

7.3 Elemento subjetivo e resultado

Se sobrevier a morte da vítima, em razão da contaminação, o agente responderá por *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º). Se a intenção for matar a vítima, poderá configurar *homicídio doloso* (tentado ou consumado). Se o sujeito ativo agir com dolo *eventual*, ou seja, assumir o risco de produzir o contágio de moléstia grave, não responderá pelo crime, que exige dolo direto. Contudo, se produzir lesão corporal responderá por ela. Se, no entanto, agir com culpa na transmissão de moléstia grave, responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, de acordo com o resultado que produzir.

7.4 Concurso formal: contágio e epidemia

Se, por fim, com sua ação, der causa ao surgimento de uma *epidemia*, responderá pelo crime dos arts. 131 e 267, § 2º (modalidade culposa), em concurso formal.

7.5 Desclassificação: dificuldade

Dificilmente será possível a desclassificação para o crime de perigo de contágio venéreo, porque a ação penal do delito do art. 130 do CP é *pública condicionada à representação* (§ 2º), que, normalmente, não terá sido satisfeita antes do prazo decadencial.

8 Pena e ação penal

A *pena é cumulativa*, de um a quatro anos de reclusão e multa. A ação penal é pública incondicionada.

Forma culposa

Não admite a modalidade culposa. Assim, responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, se houver contágio efetivo, decorrente de culpa.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"O fato de já existir uma decisão judicial em sede de ação de indenização por danos morais proposta na seara cível não prejudica a instauração de regular inquérito policial para a apuração de eventual crime de perigo de contágio de moléstia grave praticado pelo indiciado, tendo em vista a independência, via de regra, entre as instâncias civil e penal" (STJ, RHC 12.468/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 10-9-2002).

"Tentativa de homicídio. Portador de vírus da AIDS. Desclassificação. Art. 131 do Código Penal. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio" (STJ, HC 9.378/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-10-1999).

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

— Parágrafo único acrescentado pela Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998.

— V. arts. 21, 28 a 31, 34 e 38 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

DOUTRINA

***Alteração*:** o parágrafo único do art. 132 foi acrescentado pela Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998, que procura, de certa forma, resgatar as origens históricas que fundamentaram o surgimento deste dispositivo legal.

1 Crime subsidiário

É um crime essencialmente *subsidiário*, que só se tipifica "se o fato não constitui crime mais grave". Não o informa o *animus necandi* ou o *animus laedendi*, mas apenas a consciência e vontade de expor a vítima a grave perigo.

Crime residual

O *caráter subsidiário* desta infração, entendido como *residualidade*, vai muito além da previsão expressa, pois, obedecendo-se ao *princípio da tipicidade*, estará presente sempre que a conduta humana adequar-se a qualquer outra descrição típica, independentemente da gravidade da sanção cominada (arts. 130 e 136).

Princípio da especialidade

Nas hipóteses dos crimes de *perigo de contágio venéreo* (art. 130), com igual punição, e *maus-tratos* (art. 136), com punição inferior, a previsão do art. 132 é afastada pelo *princípio da especialidade*, segundo o qual a norma especial afasta a norma geral.

Pessoa determinada e crime de perigo comum

O perigo concreto, que constitui seu elemento objetivo, é limitado a determinada pessoa, não se confundindo, portanto, o crime em questão com os de perigo comum ou contra a incolumidade pública.

2 Bem jurídico tutelado

A vida e a saúde da pessoa humana, ou, em termos mais abrangentes, a *incolumidade pessoal* constitui o objeto da tutela penal, isto é, a vida e a integridade fisiopsíquica são os *bens jurídicos* protegidos. A prescrição do art. 132 incrimina a *exposição a perigo* não só da vida mas também da saúde de outrem.

2.1 Vida e saúde: crime de perigo

A importância desses bens jurídicos — vida e saúde — justifica a preocupação do legislador, que proíbe simples condutas que visem colocá-los em perigo; a ordem jurídica não espera que o dano se produza para protegê-los (crime de dano), sendo suficiente a criação de uma situação concreta de perigo a esses bens para receber a reprovação penal.

3 Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* e *sujeito passivo* deste crime, desde que seja determinada. Não se exige qualquer condição ou atributo especial dos sujeitos, e não se faz necessária, igualmente, nenhuma relação de subordinação, dependência ou assistência.

3.1 Requisitos especiais: ausência

Por isso, naqueles casos em que o tipo penal exige *requisitos especiais* do sujeito para a legitimação criminal do agente, a ausência de qualquer deles poderá, subsidiariamente, levar à tipificação do crime descrito no art. 132. Trata-se, com efeito, de *crime comum*.

3.2 Inexistência de relação jurídica

É indiferente a inexistência de uma especial relação jurídica entre um e outro; assim, é desnecessário um vínculo obrigacional entre sujeito ativo e sujeito passivo, ao contrário do que ocorre com os crimes previstos nos arts. 133, 134 e 136. Nestes crimes, o *sujeito ativo* é determinado expressamente, o que não ocorre com a infração prevista no art. 132.

3.3 Dever de enfrentar o perigo: atividades especiais

Determinadas pessoas, no exercício de determinadas atividades, funções ou profissões, não podem, em tese, apresentar-se como *sujeito passivo* do crime do art. 132. Não há crime quando o periclitante tem o dever legal de enfrentar o perigo, como no caso dos *bombeiros*, dos *policiais* etc. Não há o crime quando se trata de perigo *inerente* a certas profissões ou atividades, como a dos *enfermeiros*, a dos *amansadores de animais*, a dos *toureiros* etc.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Expor (colocar em perigo) a vida ou a saúde de alguém. O perigo deve ser *direto* (em relação a pessoa determinada) e *iminente* (prestes a acontecer), isto é, concreto, efetivo, presente, imediato, demonstrado e não presumido. É desnecessário o dano, sendo suficiente a exposição a perigo. O perigo deve ser individual; se ocorrer *perigo comum*, isto é, extensivo a um número indeterminado de pessoas, o crime poderá ser “contra a incolumidade pública”.

4.1 Perigo futuro e incerto

O *perigo* remoto e incerto, longínquo ou presumido não constitui o “perigo” contemplado no art. 132. A possibilidade futura, incerta ou remota é insuficiente para configurar perigo concreto, direto e determinado requerido por este tipo penal.

4.2 Perigo intolerável

O perigo, convém destacar, deve apresentar-se, necessariamente, como uma *anormalidade*, como uma ação desaprovada pela moral jurídica e pela moral social, representando, em outros termos, o perigo não tolerável.

4.3 Desnecessidade de dano

É desnecessário o dano, sendo suficiente a exposição a perigo; a ação física cria a situação de perigo, mas não objetiva o dano, embora este não lhe seja desconhecido; se, no entanto, o objetivasse o crime, seria de dano, e a sua não ocorrência configuraria uma figura *tentada*.

4.4 Concurso de crimes: possibilidade

Se, com uma única ação, o agente criar situação de perigo a várias pessoas perfeitamente determinadas e individualizadas, haverá *concurso formal de crimes*. Se, porém, com mais de uma conduta, criar situação de perigo a mais de uma pessoa, devidamente individualizadas, haverá *concurso material de crimes*.

4.5 Concurso com outros crimes: possibilidade

Discordamos das afirmações simplistas de que este crime não admite concurso de crimes em razão da sua natureza *subsidiária*, pois são temas completamente distintos. O concurso de crimes é inadmissível, com efeito, entre a norma subsidiária e a norma principal; afora essa circunstância, não vemos nenhum impedimento político-dogmático.

4.6 Consentimento da vítima: irrelevância

É indiferente, para a configuração do crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem, o eventual *consentimento da vítima*, em razão da *indisponibilidade* dos bens jurídicos protegidos; igualmente, irrelevante é o motivo impulsionador da ação.

4.7 Perigo para a vida ou para a saúde

Expor a perigo a saúde de alguém é colocar em risco as suas funções vitais. Essa exposição a perigo da saúde admitirá, certamente, certa graduação, de tal sorte que o risco à saúde, em grau mais intenso, pode aproximar-se do risco de eliminação da própria vida.

4.8 Vida ou saúde: dosimetria penal

Essa distinção, com certeza, será somente uma questão de intensidade, de graduação do risco criado, e, ante a equiparação legal, deve ser objeto de valoração somente no momento da dosimetria penal, pois, inquestionavelmente, a conduta que expõe a perigo a vida de alguém apresenta um *desvalor do resultado* muito superior àquela que põe em perigo a saúde.

4.9 Crimes de abandono e maus-tratos

No *abandono de incapaz* há a infração de um *dever ou relação jurídica* particular de *cuidado*, *guarda*, *vigilância* ou *autoridade*, pressupondo-se que a vítima seja *incapaz de defender-se* do perigo decorrente do abandono; no crime de *abandono de recém-nascido*, além da limitação e identificação de quem pode ser sujeito (ativo e passivo), é indispensável o *fim especial* de "ocultar desonra própria"; no crime de *maus-tratos* há uma particular relação jurídica (de autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, ensino, tratamento ou custódia).

4.10 Perigo de vida e crimes de perigo comum

O *perigo* produzido pela conduta do agente deve *expor* pessoa certa e determinada, o que não impede que mais de uma pessoa possa ser exposta ao perigo, desde que perfeitamente individualizadas. Se, no entanto, o perigo recair sobre um número indeterminado de pessoas, o crime poderá ser de *perigo comum*, desde que adequado a um dos tipos descritos nos arts. 250 a 259 do Código Penal.

4.11 Subsidiariedade

É crime subsidiário, ficando subsumido por crime mais grave. Se a vítima vier a morrer, em decorrência desta ação, o crime será homicídio culposo (art. 121, § 3º); se chegar a sofrer lesão culposa, o crime continuará sendo o deste artigo, cuja pena é mais grave do que a daquele.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* é representado pela consciência e vontade do perigo criado com a ação ou omissão, sendo definido como *dolo de perigo*,

que poderá ser direto ou eventual. O agente deve querer, conscientemente, o estado de perigo ou, no mínimo, admiti-lo, assumindo o risco de produzi-lo.

5.1 Elemento subjetivo: não inclui dolo de dano

O *elemento subjetivo* deste tipo penal, como crime de perigo, limita-se à *consciência* e *vontade* de expor a vítima a grave e iminente perigo, estando absolutamente excluído o *dolo de dano*, ou seja, eventual *animus necandi* ou *animus laedendi* caracterizará outro tipo penal e não este.

5.2 Dolo de dano: crime de dano

Se o agente pretender, por exemplo, atingir a vida ou a saúde de alguém, com sua ação, estar-se-á diante de uma tentativa de homicídio ou tentativa de lesão corporal, respectivamente. A diferença está na natureza do dolo: nesses casos, o dolo será de dano.

5.3 Dolo eventual: admissibilidade

O *dolo eventual* também pode configurar-se. O *risco* de criar com a ação ou omissão está presente na *consciência* do agente, que, apesar disso, realiza a conduta e acaba colocando efetivamente em perigo a vida ou a saúde de outrem. Determinado agente, por exemplo, pode praticar certa ação que pode criar uma situação de perigo, devidamente previsto. Apesar de não querê-lo, não se abstém, ou, na linguagem do Código Penal, age “assumindo o risco de produzi-lo”.

6 Exclusão do crime

Não se configura o crime de *perigo para a vida ou a saúde de outrem* quando o sujeito passivo tem o *dever legal* de enfrentar o perigo, como é o caso dos bombeiros, policiais etc. No entanto, essa exclusão não é absoluta, pois, na hipótese em que o perigo extrapolar os limites os riscos inerentes às atividades, poderá, eventualmente, existir uma figura delituosa.

6.1 Atividades perigosas: limites

Mesmo nessas atividades perigosas, há um limite que se pode exigir do cidadão, pois a ordem jurídica não pode pretender atos heroicos do ser humano. Quando o indivíduo, em qualquer dessas atividades, é exposto a perigo que ultrapassa os limites razoáveis ou desproporcionais às suas

forças, pode ser reconhecido como sujeito passivo do crime de perigo para a vida e a saúde de outrem.

6.2 Dever e poder agir

O *poder agir* é um pressuposto básico de todo comportamento humano. É necessário que, além do dever, haja também a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco pessoal.

7 Consumação e tentativa

7.1 Consumação

Consuma-se o crime de *perigo para a vida ou a saúde de outrem* com o surgimento efetivo do perigo. Se sobrevier a morte da vítima, o agente responderá por homicídio culposo, em razão da *subsidiariedade* do crime de perigo. Sobrevindo *lesão corporal*, o agente não responderá pela modalidade culposa, cuja sanção penal é inferior, desde que tenha sido demonstrado a existência do dolo de perigo.

Na condução de veículo

No entanto, se a exposição a perigo ocorrer na condução de veículo automotor, sobrevindo a lesão corporal, o agente responderá por lesão corporal culposa (sanção mais grave), ou se se tratar de lesão corporal majorada, nos termos do art. 129, § 7º, do CP.

7.2 Tentativa: admissibilidade

Eventualmente pode ocorrer tentativa, embora de difícil configuração. Apesar da dificuldade para demonstrar a sua ocorrência, é possível, teoricamente, a tentativa, apesar de tratar-se de crime de perigo.

Tentativa de lesão e crime de perigo

O crime de *exposição a perigo* (da vida ou da saúde) e o crime que objetiva lesar a saúde ou a integridade física são orientados por elementos subjetivos distintos: a *tentativa de lesão* é orientada pelo dolo de dano (*animus laedendi*), e no crime de *exposição a perigo* (da vida ou da saúde) o dolo é de perigo.

Tentativa "branca"

Nos casos de "tentativa branca" e crime de exposição a perigo (vida ou

saúde), o grande traço distintivo limita-se ao *elemento subjetivo*: quem, por exemplo, percebe, a determinada distância, alguém disparando um tiro contra outrem, errando o alvo, deverá ficar em uma dúvida atroz: afinal, estará diante de uma tentativa de homicídio, tentativa de lesões corporais ou de uma hipótese do art. 132? Os aspectos objetivos são exatamente iguais: arma, disparo, eficácia da arma, risco da vítima etc. A única diferença residirá exatamente no *elemento subjetivo*.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum*, não exigindo nenhuma qualidade ou condição especial dos sujeitos, ativo ou passivo; é *formal*, consumando-se com a simples realização da conduta típica, independentemente da produção de qualquer resultado, pois se trata de crime de perigo. É crime de *perigo concreto*, que não se presume, exigindo a sua comprovação. É crime *doloso*, de ação livre, *instantâneo*, *comissivo* ou *omissivo*, *simples* e *essencialmente subsidiário*.

9 Forma culposa

Não há previsão de modalidade culposa. Mas, se sobrevier o dano, efetivamente, responderá o agente, conforme o caso, por lesão corporal culposa (somente se for aquela prevista no Código de Trânsito Brasileiro) ou homicídio culposo.

10 Lesão corporal seguida de morte

É inadmissível, residualmente, a "lesão corporal seguida de morte", pela absoluta ausência do *dolo de dano*, que seria indispensável no "crime precedente" (lesão corporal). Por isso, a eventual morte da vítima, embora precedida de enfermidade decorrente da conduta do agente, não tem o condão de qualificar, como resultado mais grave, a conduta antecedente do agente.

11 Figura majorada

Embora se trate de simples *majorante*, seu conteúdo contém determinadas *elementares* que lhe dão características de *um novo tipo penal* — derivado. Assim, só se configurará essa majorante se o "transporte de

pessoas” destinar-se à “prestação de serviços em *estabelecimentos* de qualquer natureza”. Referido *estabelecimento* pode ser *comercial, industrial, agrícola* ou similar e, ainda, público ou privado. Convém destacar que, se o “transporte de pessoas” destinar-se à “prestação de serviços” em outros locais que não em “estabelecimentos”, como, por exemplo, em *propriedades rurais, sítios, lavouras* etc., não estará, tecnicamente, configurada a *elementar típica* “em estabelecimentos de qualquer natureza”.

11.1 Transporte de pessoas para estabelecimentos

Embora se trate de simples *majorante*, seu conteúdo contém determinadas *elementares* que lhe dão características de *um novo tipo penal* — derivado. Assim, só se configurará essa majorante se o “transporte de pessoas” destinar-se à “prestação de serviços em *estabelecimentos* de qualquer natureza”.

11.2 Estabelecimento de qualquer natureza

Referido *estabelecimento* pode ser *comercial, industrial, agrícola* ou similar e, ainda, público ou privado. Convém destacar que, se o “transporte de pessoas” destinar-se à “prestação de serviços” em outros locais, que não em “estabelecimentos”, como, por exemplo, em *propriedades rurais, sítios, lavouras* etc., não estará, tecnicamente, configurada a *elementar típica* “em estabelecimentos de qualquer natureza”.

11.3 Transportes com outra destinação

Se o “transporte de pessoas” tiver outra destinação que não prestar serviços em estabelecimentos, seja de lazer, seja com objetivos religiosos ou políticos (que frequentemente utilizam transportes inadequados), não se configurará a majorante em exame. A ausência de qualquer das *elementares* impede a realização do tipo penal.

12 Pena e ação penal

12.1 Pena

A pena é a detenção, de três meses a um ano, para a forma simples, e, para a *figura majorada*, haverá a elevação obrigatória de um sexto a um

terço. A faculdade do magistrado limita-se ao *quantum* de majoração, dentre os limites fixados, e não implica a possibilidade de deixar de aplicar a majoração a seu talante. Na dosimetria penal deve-se levar em consideração a distinção do grau de censura em razão do maior *desvalor do resultado* quando o perigo referir-se à vida ou de menor *desvalor* quando a saúde for o bem exposto.

12.2 Ação penal

O crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem é de ação penal *pública incondicionada*, não se exigindo qualquer formalidade ou manifestação da vítima ou de seu representante legal.

13 Questões especiais

Se a intenção é causar dano à pessoa, o crime será homicídio ou lesão dolosa. Confrontar com o art. 65 da Lei n. 8.078/90 (CDC) e com os arts. 242, 243 e 244 da Lei n. 8.069 (ECA).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Arts. 14 e 15 da Lei n. 10.826/2003. Em relação à configuração do delito (disparo de arma de fogo), trata a espécie de crime de perigo abstrato (a situação de perigo é presumida), diferenciando-se, assim, do tipo penal descrito no art. 132 do CP (‘Perigo para a vida ou saúde de outrem’). Magistério de Cezar Roberto Bitencourt e Gilberto Thums. As lições continuam atuais, bastando para tanto comparar a redação da lei em vigor e da norma anterior. O delito consuma-se, portanto, com o simples disparo de arma de fogo em lugar habitado ou suas adjacências, em via pública ou em direção a ela. Precedentes da Corte” (TJRS, Apelação 70016896417, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 31-1-2008).

“Descabe falar em ocorrência do delito inscrito no art. 132 do Código Penal, quando o perigo situa-se no plano abstrato, não ocorrendo qualquer ação que, concretamente, coloque em risco a integridade física ou a saúde de outrem” (STJ, Apn 290/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-3-2005).

“Crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem. Art. 132 do Código Penal. As circunstâncias descritas na denúncia, ocorrentes na empresa que o paciente dirige, apontam para a configuração da objetividade do crime, que é de perigo concreto. Não é necessário esperar que suceda início de acidente grave, para só, aí, ter como caracterizado o ilícito do art. 132, do CP” (STF, HC 80.721/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 10-4-2001).

Abandono de incapaz

Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

— V. arts. 13, § 2º, e 61, II, *f*, *g* e *i*, do CP.

— V. arts. 1.566, IV, 1.634, 1.741 e 1.774 do CC.

§ 1º Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

— V. art. 19 do CP.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

— V. art. 19 do CP.

Aumento de pena

§ 3º As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

— V. art. 61, II, *e*, do CP.

I — se o abandono ocorre em lugar ermo;

II — se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima;

III — se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

— Inciso III acrescentado pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

D O U T R I N A

1 Abandono: de incapaz e de recém-nascido

O atual Código Penal preferiu tratar o *abandono de incapaz* em duas figuras distintas: o *abandono de incapaz* (art. 133), que para muitos, seria uma espécie de tipo fundamental, e o *abandono do recém-nascido* (art. 134), que seria a figura privilegiada, praticada por motivo de honra.

Crimes de perigo e de dano

A figura descrita no *caput* do art. 133 é crime de perigo concreto, pois é o próprio núcleo típico — *abandonar* — que exige que o risco seja efetivo, real, concreto. As figuras *preterdolosas ou qualificadas pelo resultado*, no entanto, recepcionadas nos §§ 1º e 2º, são crimes de dano, para aqueles que sustentam a vigência desses parágrafos, mesmo depois da reforma penal de 1984.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido pela prescrição do art. 133 é a *segurança* da pessoa humana, o seu bem-estar pessoal, particularmente do *incapaz*, de proteger-se contra situações de perigo decorrentes de *abandono*.

2.1 Irrelevância do consentimento do ofendido

É irrelevante o consentimento do ofendido, em razão da incapacidade para consentir do sujeito passivo e da indisponibilidade dos bens jurídicos protegidos (a integridade física passou a bem jurídico relativamente disponível, a partir do advento da Lei n. 9.099/95).

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que tenha *especial* relação de *assistência* e proteção com a vítima, ou seja, desde que a vítima esteja sob seu *cuidado, guarda, vigilância ou autoridade*. Trata-se, por conseguinte, de *crime próprio*, que não pode ser praticado por quem não reúna essa circunstância especial.

Necessidade da relação de assistência

A ausência dessa *relação especial* entre os sujeitos deste crime afasta a sua adequação típica, podendo, eventualmente, configurar outra infração penal, como, por exemplo, omissão de socorro, abandono material, abandono intelectual, conforme o caso.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo pode ser *qualquer pessoa* que se encontre numa das relações antes referidas, e não somente o *menor*. Exige-se do sujeito passivo a presença simultânea de dois requisitos fundamentais: a) incapacidade; b) relação de assistência com o sujeito ativo.

Incapacidade de defender-se do abandono

É indispensável que o sujeito passivo, além da *incapacidade* de enfrentar os riscos decorrentes do abandono, encontre-se numa das condições especiais da *relação de assistência* referidas no *caput* do art. 133. É necessário que a vítima seja *incapaz de defender-se dos riscos decorrentes do abandono*.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Abandonar significa deixar desassistido, desamparado, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, que se encontre na especial relação de assistência já referida. Pune-se o abandono da própria pessoa e não o *abandono do dever* de assisti-la. É indiferente que o abandono seja temporário ou definitivo, desde que seja por espaço juridicamente relevante, isto é, capaz de colocar a vítima em risco.

4.1 Cuidado, guarda, vigilância e autoridade

"*Cuidado* significa a assistência a pessoas que, de regra, são capazes de valer a si mesmas, mas que, acidentalmente, venham a perder essa

capacidade... *Guarda* é a assistência a pessoas que não prescindem dela, e compreende necessariamente a *vigilância*. Esta importa zelo pela segurança pessoal, mas sem o rigor que caracteriza a *guarda*, a que pode ser alheia... *Autoridade* é a inerente ao vínculo de *poder* de uma pessoa sobre a outra, quer a *potestas* seja de Direito Público, quer de Direito Privado" (Hungria).

4.2 Abandono do dever e abandono da pessoa

Pune-se o abandono da própria pessoa e não o *abandono do dever* de assisti-la. No caso de *abandono*, o agente *viola o dever de assistência* que lhe incumbe; contudo, a *transgressão desse dever* é insuficiente para constituir o crime, porque se pune o abandono da própria pessoa e não simplesmente o *abandono do dever* de assisti-la.

4.3 Abandono temporário

É indiferente que o abandono seja temporário ou definitivo, desde que seja por espaço juridicamente relevante, isto é, capaz de colocar a vítima em risco.

Abandono de incapaz

O crime consiste em colocar em perigo, através de *abandono*, alguém incapaz, nas circunstâncias, de proteger-se dos riscos decorrentes do abandono e a quem o sujeito passivo encontra-se vinculado por deveres de assistência e proteção.

Insuficiência do simples abandono

O abandono, por si só, não realiza a figura típica, sendo indispensável que dele resulte um perigo concreto para a vida ou a saúde do abandonado. Trata-se, pois, de *perigo concreto*, que precisa ser comprovado. Assim, ainda que exista o abandono, se o perigo não se concretizar, quer pela intervenção imediata de terceiro, quer pela superação do abandonado, quer por qualquer outra razão, não se poderá falar em crime.

Ausência de risco: atipicidade

Não haverá o crime se, por exemplo, ao abandonar a vítima, o agente procura evitar o risco ficando na espreita, aguardando e observando que alguém lhe preste o devido e eficaz socorro. Igualmente, não se configurará o crime se as circunstâncias demonstrarem que o abandonado não está exposto a risco algum.

Incapacidade circunstancial e transitória

A *incapacidade* pode ser circunstancial e transitória e, por isso, pode abranger pessoas civilmente capazes que, no entanto, encontrem-se, eventualmente, impossibilitadas e incapazes de defender-se, por si sós, dos perigos à vida e à saúde decorrentes do abandono. Pode decorrer de determinada situação de fato que consista na falta de aptidão para a pessoa defender e cuidar de sua própria defesa.

Incapacidade fático-jurídica

A incapacidade, mais que fática, é jurídica, mais que anatômica, é físicopsíquica, mais que genética, é normativa. Em outros termos, somente a situação concreta, havendo a relação de assistência, poderá determinar se há ou não a *incapacidade de defesa* do sujeito passivo.

4.4 Incapazes de fato

Tão incapazes são as crianças e os loucos quanto, em determinadas condições, os velhos, os paralíticos, os cegos, os enfermos, os bêbedos, como qualquer pessoa que, por qualquer motivo, não possa defender-se do perigo a que fica exposta em razão do perigo.

4.5 Dever de assistência: pressuposto fático

O *dever de assistência* deve existir antes da prática da conduta delituosa, porque, mais que elementar do tipo, constitui seu verdadeiro *pressuposto fático*. Se não houver a violação de nenhum *dever especial* de zelar pela segurança, incolumidade ou defesa do incapaz, o "abandono" não se adequa ao tipo penal (art. 133).

4.6 Fontes da relação de dever

As fontes dessa *especial relação de dever* de assistência e proteção podem provir de *lei*, de *convenção* ou de *situação anterior* (lícita ou ilícita) criada pelo próprio agente. O dever pode decorrer de uma norma de Direito, de contrato, de particular aceitação do dever por parte do agente ou de pura situação de fato que o tenha colocado na obrigação de assistir a vítima.

4.7 Elementares do crime de abandono

Por fim, são *elementares* constitutivas do crime de abandono de incapaz: a) *o abandono*; b) *a violação do especial dever de assistência*; c) *a*

superveniência efetiva de perigo concreto à vida ou à saúde do abandonado; d) *a incapacidade de defender-se da situação de perigo;* e) *a vontade e a consciência de abandonar incapaz expondo-o a perigo*.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* deste crime é o *dolo de perigo*, representado pela *vontade* e *consciência* de expor a vítima a perigo através de abandono. O dolo pode ser direto ou eventual. Neste caso, o agente deve, pelo menos, aceitar o risco de perigo concreto para a incolumidade pessoal do abandonado.

5.1 Dolo de dano e dolo de perigo

O dolo de dano exclui o dolo de perigo e altera a natureza do crime, passando a ser de dano: tentativa (ou consumação), homicídio, infanticídio, lesão corporal etc.

5.2 Especial fim de agir: inexistência

Não há exigência de qualquer *fim especial de agir*, sendo equivocada a afirmação de alguns doutrinadores de que este tipo penal exige "dolo específico". Se, contudo, houver, concretamente, a presença de um *especial fim de agir*, provavelmente, irá configurar-se outro crime.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se este crime com o abandono efetivo do incapaz, desde que este corra *perigo* real, efetivo, isto é, *concreto*, ainda que momentâneo, pois é irrelevante a duração do abandono, ou melhor, da situação de perigo provocada pelo abandono. Se o agente, eventualmente, reassumir, mesmo após alguns instantes, o seu dever de assistência, socorrendo a hipotética vítima, ainda assim o crime já estará consumado.

Demonstração da ocorrência de perigo

É indispensável que fique demonstrado que a vítima efetivamente ficou exposta a perigo, pois o perigo abstrato ou meramente presumido não tipifica este crime. A eventual superveniência de dano não é abrangida pelo

dolo, sob pena de configurar outra infração penal.

6.2 Tentativa: admissível

Teoricamente, é possível a *tentativa*, especialmente na forma *comissiva*, ainda que de difícil configuração. A consumação realiza-se num só momento, embora a situação criada possa prolongar-se no tempo. Isso não impede que possa haver um *iter criminis*, que pode ser interrompido a qualquer momento, possibilitando, em outros termos, a *tentativa*.

Intervenção de terceiros: tentativa configurada

O agente pode abandonar alguém, por exemplo, nas circunstâncias descritas pelo tipo penal, mas a pronta e imediata intervenção de terceiros pode impedir que o risco se concretize; ou, ainda, como exemplificava Altavilla, quando a mãe vai expor o filho ao abandono, mas no seu caminho é surpreendida e impedida de realizar o seu intento.

Fuga do incapaz: atipicidade

Se é o próprio *incapaz* que foge da vigilância e assistência, colocando-se, consequentemente, em situação de abandono, não configurará o crime, uma vez que faltará a conduta do responsável capaz de produzir o desamparo da vítima, criando-lhe o risco efetivo.

Espreita do agente: atipicidade

Não haverá crime, segundo preconizava Carrara, pela ausência de perigo concreto, quando o agente, ocultando-se, fica na expectativa de que alguém recolha o exposto, assim agindo para, em caso contrário, reassumir a assistência devida.

6.3 Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Por outro lado, acreditamos que esta figura típica, na sua modalidade fundamental, é incompatível com a *desistência voluntária* e o *arrependimento eficaz*, em razão da sua natureza de *crime de perigo*.

7 Classificação doutrinária

Abandono de incapaz é crime de *perigo concreto*, não admitindo simples presunção; *próprio*, pois exige somente aqueles indivíduos que apresentarem o vínculo representado por *especial relação* de cuidado, guarda, vigilância ou autoridade podem ser sujeitos (ativo e passivo) deste

crime; *instantâneo com efeitos permanentes*, pois, a despeito de consumar-se de pronto, muitas vezes, após a consumação do crime, pode persistir a situação de perigo, independentemente da vontade ou de nova atividade do agente; comissivo ou omissivo e somente doloso.

8 Formas qualificadas

Há duas figuras qualificadas (§§ 1º e 2º): se do abandono resultar a) lesão corporal de natureza grave e b) se resultar a morte da vítima. Ambas representam *crimes preterdolosos*, cujos resultados mais graves devem ser, no mínimo, provenientes de culpa (art. 19). Há ainda duas hipóteses de majorantes previstas no § 3º.

Garantidor privilegiado

Na verdade, *quem* abandona incapaz, *com o qual tem especial relação* de "assistência ou proteção", *cria, com a sua conduta, o risco da ocorrência do resultado*, e, nesse caso, assume a condição de *garantidor*, mas, na hipótese deste artigo, um "garantidor privilegiado", pois não responde pelo resultado como prevê o art. 13, § 2º, *c*.

8.1 Majoração de pena

O § 3º encarrega-se de prever a elevação de um terço da pena aplicada se: a) *o abandono ocorre em lugar ermo*; b) *o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima*. Os antigos doutrinadores referiam-se, nesse caso, a "agravantes especiais". Trata-se de uma *causa de aumento*, pois estabelece a quantidade de aumento, no caso fixa, de um terço.

Lugar ermo

Lugar ermo é o local, geograficamente considerado, habitualmente solitário. Não basta que eventualmente o lugar se encontre isolado ou não frequentado. Tratando-se de um elemento normativo, é fundamental ser cauteloso em sua análise, pois as circunstâncias fáticas temporais e espaciais é que deverão indicar se o lugar pode ser tido como *ermo*.

Local eventualmente frequentado

Para que haja a agravante é necessário que no *momento* do *abandono* o lugar habitualmente solitário não esteja, por exceção, frequentado, pois, em tal eventualidade, deixa de apresentar-se a *ratio essendi* da agravante, isto é,

a maior gravidade do perigo consequente ao abandono.

Fundamento da majoração da pena

O *fundamento da majoração* da pena, em se tratando de *lugar ermo*, residente na maior dificuldade ou, quem sabe, até impossibilidade de o incapaz encontrar socorro. O isolamento do local aumenta a probabilidade de dano e intensifica a situação de perigo.

"Non bis in idem": elementares e qualificadoras

A majoração deixará de existir se qualquer das figuras elencadas constituir elementar do tipo ou sua qualificadora, como pode ocorrer, por exemplo, no crime de infanticídio. Não se aplica, igualmente, a agravante do art. 61, II, *e*, para se evitar o *bis in idem*.

Princípio da consunção: uma única majoração

Se o *abandono* for praticado por qualquer das pessoas relacionadas no inciso II do § 3º do art. 133, em *lugar ermo*, ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores, o *princípio da consunção* obriga a que a majoração da pena se proceda uma única vez.

8.2 Causa de aumento assegurada pelo Estatuto do Idoso

Acompanhando os objetivos do Estatuto do Idoso, é natural que crime praticado contra pessoa como tal considerada represente maior gravidade e seja considerado merecedor de resposta penal majorada, a despeito de discordarmos da fixação legal para o início da velhice, especialmente quando a ciência comprova o aumento da longevidade das pessoas e a própria aposentadoria é consideravelmente alterada. Enfim, o marco inicial da velhice é legal: maior de sessenta anos. A idade de sessenta anos, pela nova redação, não autoriza a majoração penal.

9 Forma culposa

Não há modalidade culposa. No entanto, se, em decorrência de abandono culposo — que é impunível, resultarem danos para a vítima, o agente responderá por eles, como, por exemplo, se for o caso, por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, como crimes autônomos, e não como formas qualificadas deste tipo penal.

10 Pena e ação penal

10.1 Pena cominada

Para a figura simples, a pena é de detenção, de seis meses a três anos; para as qualificadas, a pena é de reclusão, de um a cinco anos, se resulta lesão corporal de natureza grave, e de quatro a doze anos, se resulta a morte. Quaisquer dessas penas serão elevadas em um terço se houver qualquer das hipóteses previstas no § 3º.

10.2 Ação penal

A ação penal é de natureza pública incondicionada, não se exigindo qualquer formalidade para a sua instauração.

11 Questões especiais

Não configura o delito a mãe que, por absoluta necessidade, deixa os filhos trancados em casa para ir trabalhar fora. A ausência do dever especial de assistência pode configurar o crime de omissão de socorro (art. 135). Trata-se de crime próprio, na medida em que exige "especial relação de assistência" entre os sujeitos do crime.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Abandono de incapaz. Devidamente comprovado através das declarações das testemunhas de que o réu ausentou-se de sua residência deixando criança de um ano e meio sozinha, mantém-se a condenação pelo delito do art. 133 do CP" (TJRS, Apelação 70017380957, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 30-11-2006).

"Art. 133 do Código Penal. Abandono de incapaz. Estado puerperal. O puerpério não é causa de exclusão da responsabilidade penal; eventualmente, se devidamente provado, poderá ser causa de diminuição da pena" (TJRS, Apelação 70011093465, Rel. Danúbio Edon Franco, j. 2-6-2005).

"Art. 133 do Código Penal. Viola o dever de zelar pela segurança do incapaz, a mãe que deixa os filhos sem assistência, desamparados, largados, afastando-se do ambiente de proteção e deixando-os ao abandono, concretizando-se o perigo em face do princípio de incêndio. Configurado o tipo do art. 133 do Código Penal" (TJRS, Apelação 70009792490, Rel. Danúbio Edon Franco, j. 4-11-2004).

"Abandono de incapaz com morte — Tipo que repele a forma culposa — Afastamento da agravante morte, mantida a violação simples — Óbito em UTI neonatal de recém-nascido, prematuro extremo — É possível responsabilizar penalmente o médico, integrante e equipe hospitalar pelo abandono de incapaz. Absolvição pelo CRM que em matéria penal cumpre respeitar parcialmente, ante a apresentação de relatório e conclusões médicas sobre a inviabilidade da sobrevida mesmo com a aplicação de recursos, que a unidade envolvida não dispunha, por isso e porque não há nos autos laudo médico-legal relacionando o

resultado fatal ao cuidado que ao recém-nascido não foi dado é que se afasta o § 2º do tipo do art. 133, a morte, admitindo-se apenas a norma singela do *caput* desse articulado do CP" (TJRS, Apelação 2001.050.03419, Rel. Rudi Loewenkron, j. 7-5-2002).

Exposição ou abandono de recém-nascido

Art. 134. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

— V. arts. 61, II, *e* e *h*, e 123 do CP.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

— V. art. 19 do CP.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena — detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

— V. art. 19 do CP.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido é a *segurança* do recém-nascido, que, em nossa concepção, conforme expusemos ao examinarmos o sujeito passivo, só pode ser quem veio ao mundo há poucos dias, não ultrapassando um mês, e cujo nascimento não se tenha tornado de conhecimento público. Aliás, o crime definido neste dispositivo difere do anterior pelos sujeitos ativo e passivo, pela motivação *honoris causa* e, fundamentalmente, pela ampliação do núcleo típico "expor ou abandonar".

1.1 Periclitação da vida e da saúde

Em sentido amplo, enfim, pode-se afirmar que, em termos genéricos, aqui também se protege a vida e a integridade fisiopsíquica do recém-nascido, consoante denominação do Capítulo III, "da periclitação da vida e da saúde", pelas razões e fundamentos que expusemos ao analisarmos o crime de abandono de incapaz.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

O *sujeito ativo* do crime de abandono de recém-nascido somente pode ser a *mãe* (crime próprio), visto que objetiva ocultar *desonra própria*. É indiferente que se trate de viúva ou adúltera, como sustentava a antiga doutrina.

Mãe solteira

Admite-se a própria mulher solteira, especialmente em casos de gravidez cada vez mais precoce, que vêm acontecendo inclusive com pré-adolescentes. As adolescentes e pré-adolescentes são excluídas pela *inimputabilidade*, mas deverão receber a "proteção" do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mulher honrada

É indispensável que se trate de *mulher honrada*, cujo conceito social possa ser abalado pela prova de uma *concepção* aviltante, caso contrário não haveria honra alguma para ocultar. Não excluímos, *a priori*, a "prostituta" da possibilidade de também figurar como sujeito ativo do *crime de abandono de recém-nascido*, para ocultar desonra própria. Para aprofundar, ver nosso *Manual de Direito Penal*, v. 2, Parte Especial.

Pai incestuoso ou adúltero

Damásio de Jesus, Heleno Fragoso e Nélson Hungria, entre outros, admitem que o *pai incestuoso* ou *adúltero* também poderia praticar o crime. Aníbal Bruno, contrariamente, não estendia essa "legitimidade" ao pai, em qualquer circunstância. Era razoável o entendimento dominante, nos idos do início da década de quarenta.

Rigidez moral e união estável

A *rigidez moral* no advento do século XXI não é a mesma das primeiras décadas do século XX, quando qualquer mulher que desse à luz *extramatrimonium* era "excomungada" da sociedade civil. Já não se fala mais em união conjugal, mas em *união estável*, não se mantêm mais "amantes", mas "namorados casados", e a própria legislação civil excluiu a distinção entre filiação legítima e ilegítima.

Pai incestuoso ou adúltero: abandono de incapaz

Não concordamos com a extensão do *privilegium exceptum* a eventual pai adúltero ou incestuoso. O pai adúltero, incestuoso ou, a qualquer título,

“imoral” que expuser ou abandonar seu filho recém-nascido responderá pelo crime do art. 133, como abandono de incapaz, sem qualquer privilégio.

Marido da mulher infiel

O marido da mulher infiel que abandonar o recém-nascido adulterino tampouco gozará do privilégio. Essa exclusão se fundamenta, basicamente, no fato de que se trata de *crime próprio*, e, à semelhança do infanticídio, somente a *mãe* pode ser sujeito ativo do crime de abandono de recém-nascido.

2.2 Sujeito passivo

O *sujeito passivo* é o *recém-nascido*, com vida, fruto de relações extramatrimoniais. Ao contrário do nosso diploma legal, o Código Rocco italiano estabelece que o *abandono* deve ocorrer “imediatamente após o parto”.

Definição de recém-nascido

Ante a imprecisão do Código, mas atento à finalidade do dispositivo, preferimos admitir como sujeito passivo alguém nascido há poucos dias, não ultrapassando um mês, e desde que não se tenha tornado de conhecimento público. Para Magalhães Noronha, recém-nascido “é o que nasceu há poucos dias”.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Expor a perigo é exercer uma *atividade* sobre a vítima, transportando-a, no espaço, da situação de segurança mais ou menos efetiva em que se encontrava para lugar onde ficará sujeita a risco contra a sua incolumidade pessoal. O *abandono* é, por sua vez, impropriamente um não fazer. Neste caso, o agente não transporta a vítima de um para outro lugar onde venha a ficar em perigo. Recusa-se apenas a prestar-lhe os cuidados de que necessita.

Abandono: omissão de socorro ou assistência

Para caracterizar o *abandono* não é necessário o afastamento propriamente dito. Basta que não se dê o socorro ou a assistência como se deve e lhe é possível fazer, criando por esse meio o *perigo*.

Enfermeiro: abandono de enfermo

O enfermeiro, por exemplo, que está presente, mas deliberadamente não

presta ao doente grave que assiste os cuidados devidos, configura-se o crime, porém, não pela falta ao cumprimento do dever, mas por *abandono de enfermo*, com os riscos que daí decorrem.

Exposição ou abandono

Tratar-se de *exposição* ou de *abandono é irrelevante;* o essencial no fato é que o recém-nascido, por obra da mãe, seja posto em situação de risco para a saúde ou a vida. Admitem-se duas formas de conduta: um *crime por atividade*, por *exposição* em sentido estrito, e um crime omissivo, por *abandono*.

Nascimento sigiloso

Falar em "nascimento sigiloso" nos parece um rematado exagero. Não há exigência legal. A finalidade de *ocultar a gravidez*, por questões de honra, não precisa ir além da cautela de não tornar público tanto o "estado gravídico" quanto o nascimento do *neonato*, mas isso está muito distante de ser "sigiloso".

Honra sexual: aporia

Não aceitamos a adjetivação de *honra sexual*. Na verdade, a *concepção* fruto de uma *relação espúria*, em regra extramatrimonial, atinge um universo ético-moral muito maior. A "desonra que se pretende ocultar" abrange todo um universo cultural, que pode chocar-se com o conhecimento de um "fruto proibido", que, certamente, receberia a sanção da censura social.

Reincidência de abandono de recém-nascido

Eventual repetição da ação de *abandonar* recém-nascido para ocultar desonra própria não configura a proibição descrita no art. 134. Essa exclusão não resulta da condenação anterior, mas da publicidade e repercussão que o fato anterior produziu, não havendo mais honra a proteger (honra no sentido utilizado pelo texto legal).

Abandono de gêmeos

Na hipótese de gêmeos, o privilégio somente se justifica se a mãe abandonar todos, caso contrário responderá pelo crime do art. 133, pois o abandono não teria sido para ocultar desonra própria.

Abandono de gêmeos: concurso formal

Abandonando gêmeos, a responsabilidade penal será na modalidade de concurso de crimes, que poderá ser formal ou material, segundo as

circunstâncias.

Orgulho injustificado e mulher devassa

Estão excluídos do tipo privilegiado o *orgulho injustificado*, a *concepção* de eventual matrimônio anulado ou mesmo a *mulher devassa*, que já não tem honra a defender. As ações praticadas nessas circunstâncias, ainda que a vítima seja um recém-nascido, somente poderão tipificar o crime do artigo anterior, cuja pena é mais grave.

Incapacidade de defesa

A *incapacidade* de autodefesa do recém-nascido é de *presunção absoluta*, embora não o seja o *perigo* decorrente do abandono, que precisa ser demonstrado.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo geral* deste crime, a exemplo do abandono de incapaz, é o *dolo de perigo*, representado pela *vontade* e *consciência* de abandonar o recém-nascido, expondo-o a perigo. O dolo de dano exclui o dolo de perigo e altera a natureza do crime, passando a ser de *dano*: tentativa (ou consumação), homicídio, infanticídio, lesão corporal etc.

Elemento *subjetivo especial*: ocultar desonra própria

Exige, no entanto, um *elemento subjetivo especial do tipo*, qual seja, o especial fim de agir, que é "ocultar desonra própria", logo, é indispensável que o nascimento do *neonato* não seja do conhecimento público, isto é, do conhecimento de outras pessoas fora do ambiente familiar.

Qualquer outra finalidade: atipicidade

Se a *causa* do abandono do recém-nascido for qualquer outra que não a ocultação de desonra própria, o crime poderá ser o abandono de incapaz (art. 133).

Dolo eventual: improvável

O dolo, a nosso juízo, dificilmente poderá ser eventual. A exigência típica de *um fim especial* dificulta, tornando quase impossível, a configuração de dolo eventual.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se este crime com o abandono efetivo do recém-nascido, desde que este corra perigo efetivo, isto é, *concreto*, ainda que momentâneo, pois é irrelevante a duração do abandono, ou melhor, da situação de perigo provocada pelo abandono. Se a *mãe*, eventualmente, reassumir, mesmo após alguns instantes, o seu dever de guarda e assistência, socorrendo o recém-nascido, ainda assim o crime já estará consumado.

5.2 Tentativa: admissibilidade

A consumação realiza-se num só momento, embora a situação criada possa prolongar-se no tempo. Isso não impede que possa haver um *iter criminis*, a exemplo do *abandono de incapaz*, que pode ser interrompido a qualquer momento, possibilitando, em outros termos, a *tentativa*. O agente pode abandonar um recém-nascido, por exemplo, nas circunstâncias descritas pelo tipo penal, mas a pronta e imediata intervenção de alguém pode impedir que o risco se concretize.

Necessidade da ocorrência de perigo

É necessária a demonstração de efetivo perigo, pois, a despeito de sua tenra idade, o perigo pode ter sido evitado pela empregada, familiares ou terceiros que, imediatamente recolham o abandonado. À evidência que, nesse caso, com a intervenção de terceiro, estaríamos diante de tentativa.

Superveniência de dano

A eventual superveniência de dano não é abrangida pelo dolo, sob pena de configurar outra infração penal, que, havendo a influência do estado puerperal, poderá configurar o infanticídio; caso contrário, será homicídio.

Ocultação do agente: ausência de perigo

Igualmente, não haverá crime, pela ausência de perigo concreto, quando o agente, ocultando-se, fica na expectativa de que alguém recolha o exposto, assim agindo para, em caso contrário, reassumir a assistência devida.

6 Classificação doutrinária

Abandono de recém-nascido é *crime de perigo concreto*, não admitindo simples presunção; *próprio*, pois exige somente a mãe, para evitar desonra

própria, pode ser sujeito ativo deste crime e somente o recém-nascido ser sujeito passivo; *instantâneo com efeitos permanentes*, pois, a despeito de consumar-se de pronto, muitas vezes, após a consumação do crime, pode persistir a situação de perigo, independentemente da vontade ou de nova atividade do agente; comissivo ou omissivo (próprio e impróprio) e somente doloso, com a presença do elemento *subjetivo especial do tipo*, representado pelo fim específico de "ocultar desonra própria". Essa exigência típica de um fim especial impede a possibilidade da configuração de *dolo eventual*.

7 Formas qualificadas

Há duas figuras qualificadas (§§ 1º e 2º): se do abandono resultar a) lesão corporal de natureza grave e b) se resultar a morte da vítima. Ambas representam crimes *preterdolosos*, cujos resultados mais graves devem ser, no mínimo, provenientes de culpa (art. 19).

8 Forma culposa

Não há modalidade culposa. No entanto, se, em decorrência de abandono culposo, resultarem danos para a vítima, o agente responderá por eles, como, se for o caso, por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, como crimes autônomos, e não como formas qualificadas deste tipo penal.

9 Pena e ação penal

9.1 Pena cominada

Para a figura simples, detenção, de seis meses a dois anos; para as qualificadas (para os que entendem que os dois parágrafos do art. 134 continuam em vigor, mesmo depois da reforma penal de 1984) a pena é de detenção, de um a três anos, se resulta lesão corporal de natureza grave, e de dois a seis anos, se resulta a morte.

9.2 Ação penal

A ação penal, a exemplo do que ocorre com o similar crime de abandono de incapaz, é pública incondicionada, não se exigindo qualquer manifestação do ofendido ou de seu representante legal.

10 Questões especiais

Constitui figura privilegiada em relação à do art. 133, pelo especial fim de ocultar desonra própria. Estão excluídos do tipo o orgulho injustificado, concepção de eventual matrimônio anulado, ou mesmo a mulher devassa. Essas ações respectivas, ainda que a vítima seja um recém-nascido, tipificarão o crime do artigo anterior, com pena mais grave. A incapacidade de autodefesa do recém-nascido é de presunção absoluta.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O simples intuito de ocultar a desonra não desconfigura o delito de abandono de recém-nascido" (TACrimSP, Apelação 194.399, Rel. Onei Raphael, j. 27-3-1979).

Omissão de socorro

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

— V. arts. 13, § 2º, e 61, II, *h*, do CP.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

D O U T R I N A

1 Crime omissivo: definição

O crime omissivo consiste sempre na omissão de determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo. O crime omissivo divide-se em *omissivo próprio* e *omissivo impróprio*. Os primeiros são *crimes de mera conduta*, enquanto os segundos, os omissivos impróprios, são *crimes de resultado*.

Crimes omissivos próprios

Os *crimes omissivos próprios* ou puros consistem numa desobediência a

norma mandamental, norma esta que determina a prática de uma conduta que não é realizada. Há, portanto, a *omissão* de *um dever de agir* imposto normativamente.

Crime omissivo: sem resultado

Nestes *crimes omissivos* basta a *abstenção*, é suficiente a desobediência ao *dever de agir* para que o delito se consume. O resultado que eventualmente surgir dessa omissão será irrelevante para a consumação do crime, podendo apenas configurar uma *majorante*, que alguns doutrinadores, sem primar pela correção técnica, denominam, genericamente, como *qualificadora*.

Eventual resultado: simples majorante

Pode acontecer, porém, que a pessoa em perigo, à qual foi omitido socorro, venha a sofrer uma lesão grave ou até morrer. Neste caso, o agente continua sendo responsabilizado por *crime omissivo próprio*, isto é, pela simples omissão. O *eventual resultado* morte ou lesão grave, nessa hipótese, constituirá somente uma *majorante* a ser considerada no momento da aplicação da pena.

Omissivos próprios: tipologia específica

Os *crimes omissivos próprios* são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal, dos quais são exemplos típicos os previstos nos arts. 135, 244, 269 etc. Os *crimes omissivos impróprios*, por sua vez, como crimes de resultados, não têm uma *tipologia própria*, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, a lesão corporal etc.

Omissivos impróprios: causalidade jurídica

Na verdade, nestes crimes *não há uma causalidade fática*, mas *jurídica*, onde *o omitente*, devendo e podendo, não impede o resultado. Convém destacar, desde logo, que o *dever de evitar o resultado* é sempre decorrente de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido é a preservação da vida e da saúde do ser humano, e o fundamento da *criminalização* da omissão de socorro é o desrespeito ao *dever de solidariedade humana*, um *princípio moral* erigido,

por este dispositivo, à condição de *dever jurídico*. Essa previsão legal tornou *imperativo* o auxílio a quem, mesmo sem nossa culpa, encontre-se em situação de perigo e do qual não possa defender-se sozinho.

2.1 Fonte: dever geral

Trata-se de um *dever geral* que se destina a todos, objetivando a assistência recíproca, necessária na sociedade dos tempos modernos. *A contrario sensu*, se a *omissão* violar algum *dever especial*, constituirá outro crime e não este.

Dever geral: obrigação solidária

A *assistência* de um desobriga aos demais; contudo, como a obrigação é *solidária*, se a intervenção daquele for insuficiente ou inexitosa, os outros continuam obrigados e sua abstenção constituirá o crime omissivo.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

O *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma condição particular, pois o *dever genérico* é de *não se omitir*. O *sujeito ativo* deve estar no lugar e no momento em que o periclitante precisa do socorro; caso contrário, se estiver ausente, embora saiba do perigo e não vá ao seu encontro para salvá-lo, não haverá o crime, pois o crime é *omissivo* e não comissivo.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo do crime de *omissão de socorro* somente pode ser (a) *criança* abandonada ou extraviada, (b) *pessoa* inválida ou ferida, desamparada *ou* (c) *qualquer pessoa*, em grave e iminente perigo.

Criança abandonada

Criança abandonada é aquela que foi exposta ou deixada em algum lugar por seus responsáveis, entregue à própria sorte, sem condições de prover sua própria subsistência, enfim, a que foi deixada *ao desamparo*.

Omissão de socorro e abandono de incapaz

Este crime não se confunde com os de *abandono de incapaz* ou *abandono de recém-nascido*, porque, nestes, é o próprio sujeito ativo que

abandona a vítima, enquanto no crime de omissão de socorro o sujeito ativo já encontra a *criança abandonada ou extraviada*, e não lhe presta socorro ou assistência.

Criança extraviada

Criança extraviada é aquela que perdeu o rumo de casa, está perdida, não sabe onde reside nem voltar para tal lugar, desconhece o caminho de volta. Com efeito, criança extraviada não se confunde com criança abandonada.

Criança: idade máxima

O Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA — considera *criança* quem tiver menos de doze anos (art. 2º). Sustentamos, porém, que a solução deverá continuar sendo casuística e que será *criança*, para efeitos penais, toda aquela que, concretamente, for incapaz de autodefesa.

Pessoa inválida ou ferida

Pessoa inválida é aquela que, por si mesma, não pode prover a própria segurança e subsistência; é aquela que é indefesa. A *invalidez* pode decorrer das próprias condições pessoais, congênitas ou adquiridas, ou decorrer de acidentes (velhice, enfermidade, cegueira, paralisia, aleijão etc.); *pessoa ferida*, por sua vez, é aquela que sofreu um dano ou lesão em sua integridade corporal, acidental ou provocada, e, em consequência, sofre perda orgânico-funcional.

Incapacidade de autodefesa

É fundamental que tanto a invalidez quanto o ferimento eliminem a capacidade da vítima de autodefender-se. Tanto a pessoa inválida quanto a ferida precisam encontrar-se desamparadas, ou seja, sem possibilidade de exercer a própria defesa e sem quaisquer meios de proteção e assistência.

Qualquer pessoa: em grave e iminente perigo

Qualquer pessoa, independentemente de ser *criança* abandonada ou extraviada ou pessoa inválida ou ferida, desde que se encontre em *grave e iminente perigo*. Não basta mera possibilidade ou simples presunção de perigo, mas é necessária a probabilidade da sua ocorrência; por outro lado, é indispensável que seja *grave*, isto é, que exponha efetivamente a perigo a vida ou a saúde da vítima e, ademais, além de *grave*, tem de ser *iminente*, isto é, prestes a acontecer.

Perigo de grandes proporções

O perigo, nesses casos, deve ser de "grandes proporções e prestes a desencadear-se", como, por exemplo, pessoa que se está afogando ou presa em qualquer coisa em vias de ser soterrada etc.

Oposição da vítima: relevância relativa

A *oposição* da vítima, por si só, não afasta o *dever geral* de prestar socorro, salvo se essa oposição inviabilizar a assistência, pois, na linguagem do texto legal, torna-se "impossível", por serem os bens jurídicos protegidos indisponíveis (ressalvado o disposto no art. 88 da Lei n. 9.099/95).

Criação da situação de perigo

É indiferente, em princípio, quem criou a situação de perigo, se a própria vítima, terceiros ou fenômenos naturais etc. No entanto, se a situação de perigo foi criada pelo próprio omitente, dolosa ou culposamente, este se transforma em *garantidor*, e responderá não simplesmente por crime de perigo, mas por eventual resultado que advir da situação que criara, nos termos do art. 13, § 2º, do CP.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *crime omissivo* não se caracteriza pelo simples não fazer ou fazer coisa diversa, mas pelo não fazer o que a norma jurídica determina. A *omissão de socorro*, segundo a dicção do texto legal, pode ser praticada de duas formas, *direta ou imediata* e *indireta ou mediata*, ou seja, o art. 135 contém duas figuras típicas: a) *deixar de prestar assistência;* b) *não pedir socorro a autoridade pública*. Na primeira modalidade, o *dever de assistência* é pessoal e direto; na segunda, indireta, há o dever de pedir socorro à autoridade competente. A omissão somente tipifica o delito quando, nas circunstâncias, for possível prestar assistência ou pedir o socorro à autoridade pública, *sem risco pessoal*.

Risco a terceiro: exclusão da ilicitude

Risco moral ou patrimonial não afasta a tipicidade da omissão. Risco para terceiro não exclui a tipicidade, mas poderá excluir a ilicitude por meio do estado de necessidade (art. 24). Destaque-se que o perigo não pode ter sido provocado, dolosa ou culposamente, pelo sujeito ativo, que, nessa hipótese, passaria à condição de garantidor (art. 13, § 2º, *c*).

4.1 Deixar de prestar assistência

Quem se depara com a vítima, nas circunstâncias descritas no tipo penal, não pode deixar de prestar-lhe imediata assistência; somente se não puder prestá-la sem risco pessoal deve pedir socorro à autoridade. Se a prestação de socorro expuser a risco terceira pessoa, a omissão não excluirá a *tipicidade*, mas, certamente, não constituirá *fato antijurídico*, pois caracterizará *estado de necessidade* de terceiro.

Dever de assistência: sem vínculo especial

O *dever de assistência*, no crime de omissão de socorro, não está vinculado a *relações jurídicas especiais*, como ocorre no crime de *abandono de incapaz* (art. 133), decorrendo da *solidariedade humana* que deve existir na coletividade para a autoproteção da vida e da saúde do ser humano.

Possibilidade: sem risco pessoal

Qualquer pessoa, sem nenhuma qualidade ou condição especial, está obrigada a prestar socorro, desde que haja possibilidade de fazê-lo sem risco pessoal, "à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública".

4.2 Não pedir socorro à autoridade pública

O pedido deve ser *imediato* e *necessário*, pois eventual atraso significará o descumprimento do *dever* de "pedir socorro". O pedido pode ser executado de qualquer forma, desde que idônea para o fim a que se destina e que chegue o mais rápido possível à autoridade competente.

Assistência indireta: subsidiária

A *assistência indireta é subsidiária* e somente pode ser utilizada quando a *direta* não puder ser prestada *sem risco pessoal* ou quando o socorro da autoridade pública puder ser prestada com eficácia. Se a urgência e a gravidade da situação de perigo não admitir demora, tornando ineficaz o pedido à autoridade, o sujeito ativo deverá prestar *assistência direta*, sob pena de responder pela omissão de socorro.

Assistência direta ou indireta: eficácia necessária

A alternativa de prestar pessoalmente o socorro ou "pedir" à autoridade pública que o faça não depende, exclusivamente, do "livre arbítrio" do

sujeito ativo; caso contrário, facilmente se poderia frustrar a proteção legal. Na verdade, a *solicitação de socorro* à autoridade pública somente exclui o crime quando a *assistência* dessa autoridade possa, tempestivamente, afastar o perigo.

Eficácia das duas assistências: faculdade

Quando, no entanto, o perigo puder ser afastado tanto pela ação direta do agente quanto pela ação da autoridade, aquele, o agente, tem a faculdade de eleger a alternativa que lhe pareça melhor.

Não provocação do perigo pelo agente

Destaque-se que o perigo não pode ter sido provocado, dolosa ou culposamente, pelo sujeito ativo, que, nessa hipótese, passaria à condição de *garantidor* (art. 13, § 2º, *c*).

Autoridade pública

Autoridade pública referida no texto legal é aquela que tem atribuição para intervir no caso, como, por exemplo, policial, bombeiro, comissário de menores, Ministério Público etc.

Possibilidade e ausência de risco pessoal

A omissão somente tipifica o crime quando, nas circunstâncias, for *possível* prestar *assistência* ou pedir *socorro* à autoridade pública *sem risco pessoal*.

Possibilidade da conduta

Poder agir é pressuposto básico de todo comportamento humano. Também na omissão, evidentemente, é necessário que o sujeito tenha a *possibilidade física* de agir, para que se possa afirmar que *não agiu voluntariamente*.

Dever e poder agir

É insuficiente o *dever de agir*. É necessário que, além do dever, haja também a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco pessoal. Essa possibilidade física falta, por exemplo, na hipótese de *coação física irresistível*, não se podendo falar em *omissão penalmente relevante*, porque o *omitente* não tinha a possibilidade física de agir.

Sem risco pessoal

A possibilidade de *prestar socorro* deve existir sem que o agente se exponha a *risco pessoal*. O Estado não tem o direito de obrigar ninguém a

ser herói, ou seja, a sacrificar-se por solidariedade humana. Seria paradoxal, desumano e, não raro, ineficaz, exigir que alguém sacrificasse a própria vida para salvar a alheia.

Risco de dano físico à pessoa

O *risco*, porém, deve afetar a pessoa física. Assim, se o risco for puramente *patrimonial* ou *moral* não excluirá o crime. Estes riscos poderão, eventualmente, caracterizar *estado de necessidade*, afastando, dessa forma, a antijuridicidade, mantendo-se a tipicidade. Assim, portanto, sendo impossível prestar socorro sem risco pessoal, a omissão de socorro será atípica.

Risco moral ou patrimonial: irrelevância

O *risco moral* ou *patrimonial* não afasta a tipicidade da omissão. *Risco para terceiro*, igualmente, não exclui a tipicidade, mas poderá excluir a ilicitude por meio do *estado de necessidade* (art. 24).

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* deste crime é o *dolo* (de perigo), representado pela *vontade* de omitir com a *consciência* do perigo, isto é, o *dolo* deve abranger a *consciência* da concreta situação de perigo em que a vítima se encontra. O dolo poderá ser *eventual*, por exemplo, quando o agente, com sua conduta omissiva, *assume o risco* de manter o estado de perigo preexistente.

Dolo de perigo

É necessário que o dolo abranja somente a situação de perigo; o *dolo de dano* exclui o *dolo de perigo* e altera a natureza do crime. Assim, se o agente quiser a morte da vítima, responderá por homicídio.

Especial fim de agir: inexistência

Este crime não exige *elemento subjetivo especial do tipo*, qual seja, o *especial fim de agir*, que, se existir, poderá descaracterizar a omissão de socorro, dando origem a outro tipo penal.

6 Concurso de pessoas nos crimes omissivos

Os crimes omissivos próprios, em nossa concepção, admitem tanto a *coautoria* quanto a *participação em sentido estrito*. A distinção entre *coautoria* e *participação* deve ser encontrada na definição desses dois

institutos e não na natureza do crime, omissivo ou comissivo.

Coautoria em crime omissivo

Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de *omissão de socorro*. Agora, se essas duas pessoas, de *comum acordo*, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão *coautoras* do crime de omissão de socorro.

Participação em sentido estrito

A *participação* também pode ocorrer nos chamados "crimes omissivos impróprios" (comissivos por omissão), "mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de não se omitir". Claro, se tivesse tal dever seria igualmente autor, ou coautor, se houvesse a resolução conjunta de se omitir. É perfeitamente possível que um terceiro, que não está obrigado ao comando da norma, *instigue* o *garante* a não impedir o resultado.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se a *omissão de socorro* no lugar e no momento em que a atividade devida tinha de ser realizada, isto é, onde e quando o *sujeito ativo* deveria agir e não o fez. A consumação realiza-se num só momento, embora a situação criada possa prolongar-se no tempo.

Tentativa: inadmissível

A omissão de socorro, crime *omissivo próprio* ou *puro*, por excelência, não admite a *tentativa*, pois não exige um resultado naturalístico produzido pela omissão. Trata-se de crime de ato único, unissubsistente, que não admite fracionamento. Se o agente deixa passar o *momento* em que devia agir, consumou-se o delito; se ainda pode agir, não se pode falar em crime. Até o momento em que a atividade do agente ainda é eficaz, a ausência desta não constitui crime.

Tentativa no omissivo impróprio

Tratando-se de crime *omissivo impróprio*, ao contrário, como a omissão é forma ou meio de se alcançar um resultado, a consumação ocorre com o resultado lesivo e não com a simples inatividade do agente, como nos delitos *omissivos puros*. Naqueles, que produzem resultado naturalístico, ao contrário dos omissivos próprios, admitem tentativa.

8 Classificação doutrinária

A omissão de socorro é crime *omisso próprio* e *instantâneo*, consumando-se com a simples abstenção da conduta devida no instante em que o sujeito omite a prestação de socorro, independentemente da produção de qualquer resultado; trata-se de *crime de perigo*, pois se visar dano será alterada a tipificação da conduta; *crime comum*, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial do sujeito ativo; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa. O erro, porém, quanto à existência do perigo, quanto à *possibilidade* da conduta ou quanto à existência de *risco pessoal*, exclui o dolo.

9 Formas qualificadas

Não há omissão qualificada, pois a omissão é crime de perigo, e eventual resultado "qualificador" a transformaria em crime de dano. Na verdade, eventual resultado decorrente da omissão — lesão grave ou morte — não constitui formas qualificadas, mas circunstâncias de aumento de pena, isto é, majorantes.

10 Figuras majoradas

Eventual resultado decorrente da omissão — lesão grave ou morte — não constitui "forma qualificada". Com efeito, a superveniência de *lesão corporal grave* ou *morte* da vítima constitui uma *majorante*, que deve ser apreciada, no momento da aplicação da pena.

Lesão corporal e homicídio culposos

Nos casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, a *omissão de socorro* não constitui crime autônomo, mas sim majorante daqueles (arts. 121, § 4º, e 129, § 7º). Norma especial.

10.1 Relação de causalidade

Nas figuras *majoradas*, mesmo que a omissão de socorro seja um crime *omissivo próprio*, que se consuma com a simples *inatividade*, neste caso, é indispensável que se analise a *relação de causalidade*.

11 Forma culposa

Não há forma culposa. O erro quanto à existência do perigo exclui o dolo. No entanto, sobrevindo dano (lesão corporal ou morte), o agente responderá pelo crime culposo (art. 20 e § 1º).

12 Pena e ação penal

A sanção aplicável é, *alternativamente*, detenção de um a seis meses ou multa, para a conduta tipificada no *caput* do art. 135. Se em razão da omissão sobrevier lesão corporal de natureza grave, a pena será majorada de metade; se sobrevier a morte será triplicada.

Majorantes fixas

As majorações são *fixas*, não permitindo ao magistrado adotar outros percentuais de aumento, para mais ou para menos. Sua *faculdade*, portanto, limita-se à dosimetria penal em relação ao *caput*, que constitui a figura básica, e ao *reconhecimento* ou não da majorante. Assim, fixada a pena ao crime de omissão de socorro, se reconhecer uma das majorantes, o limite de elevação está fixado *ope legis*.

Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, sendo desnecessária qualquer condição de procedibilidade.

13 Questões especiais

Nos casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, a omissão de socorro não constitui crime autônomo, mas sim majorante daqueles (arts. 121, § 4º, e 129, § 7º). Havendo várias pessoas, a assistência de uma delas exclui o dever das demais. O risco pessoal iminente afasta a tipicidade da conduta omissiva, não se caracterizando o crime.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 135, parágrafo único, do Código Penal. O contexto probatório não demonstra tenha o acusado praticado o delito de omissão de socorro à paciente que já tinha médica assistente" (TJRS, Recurso Crime 71001515741, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 17-12-2007).

"Art. 135 do Código Penal. Omissão de socorro em prestar assistência à pessoa gravemente ferida quando possível fazê-lo sem risco pessoal. Demonstrada conduta de desprezo pela vida da vítima, e se tratando de réu reincidente, com condenação por crimes contra a pessoa, não se mostra adequada a substituição prevista no art. 44 do Código Penal" (TJRS, Recurso Crime 71001104777, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 26-3-2007).

"Omissão de socorro. A interrupção do atendimento médico devido ao paciente enquadra-se na categoria da 'omissão', prevista na norma penal do art. 135 do CP" (TJRS, Recurso Crime 71000735811, Rel. Elaine Maria Canto da Fonseca, j. 19-10-2005).

"Caracteriza-se a omissão de socorro se o motorista atropelante foge do local sem sequer tentar socorrer a vítima e sem provar que não o fez por ter sido impedido, ou ameaçado por terceiros" (STJ, REsp 161.399/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 24-11-1998).

"Código Penal, art. 135. Omissão de socorro. É crime cujo sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, mesmo que não tenha o dever jurídico de prestar assistência. Médicos clínicos que se recusam a atender doente grave de doença renal" (STF, RHC 56.395, Rel. Min. Antonio Neder, j. 8-8-1978).

Maus-tratos

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

— V. arts. 13, § 2º, *a*, e 61, II, *f*, *g* e *i*, do CP.

— V. arts. 1.566, IV, 1.634, 1.741 e 1.774 do CC.

— V. art. 4º, *b*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

— § 3º acrescentado pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

— V. art. 61, II, *h*, do CP.

— V. art. 19 do CP.

— V. art. 263 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

D O U T R I N A

Alteração: o § 3º foi acrescentado pela Lei n. 8.069/90 (ECA).

1 Bem jurídico tutelado

Os *bens jurídicos* protegidos são a vida e a saúde da pessoa humana, ou

seja, a integridade fisiopsíquica do ser humano, especialmente daqueles submetidos à autoridade, guarda ou vigilância para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia. O poder familiar deixou de ser um direito pleno em favor dos genitores e no interesse de quem o exerce, transformando-se em simples *dever* de proteção e direção, não mais do que um meio para satisfazer seus deveres, na medida em que o poder familiar é instituto em benefício da família como um todo.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo é somente quem se encontre na *condição especial* de exercer a *autoridade*, *guarda* ou *vigilância*, para fins de *educação* (atividade destinada a aperfeiçoar a capacidade individual), *ensino* (ministrar conhecimentos visando a formação básica cultural), *tratamento* (cura e subsistência) ou *custódia* (detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei).

Crime próprio

Trata-se de *crime próprio*, que não pode ser praticado por quem não reúna essa circunstância especial. A ausência dessa *relação especial* entre os sujeitos ativo e passivo deste crime afasta a sua *adequação típica*, podendo, eventualmente, configurar outra infração penal, como, por exemplo, a do art. 132.

Pai, tutor, curador, professor

Normalmente, podem figurar como sujeito ativo deste crime pais, tutores, curadores, professores, diretores de instituições de ensino, enfermeiros, carcereiros, entre outros, pois são essas pessoas que, em princípio, podem exercer as atividades de autoridade, guarda ou vigilância para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia.

2.2 Sujeito passivo

Somente a pessoa que se encontre subordinada para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia pode ser *sujeito passivo*. Subordinação ou submissão, para qualquer outra finalidade, além dessas relacionadas no tipo, não configurará o crime de maus-tratos.

Relação marital

A *mulher*, a despeito de, com muita frequência, ser vítima de "maus-tratos", segundo o linguajar popular, não pode ser *sujeito passivo* deste crime, tendo o marido ou "companheiro" como *sujeito ativo*, pois não há nenhuma relação de autoridade, guarda ou vigilância entre os cônjuges, seja para educação, ensino, tratamento, custódia ou qualquer outra finalidade.

Violência contra a mulher: não configuração

Quando o marido ou companheiro praticar violência contra a mulher, no recesso do lar ou fora dele, responderá por outro crime, como, por exemplo, lesões corporais, perigo para a vida ou a saúde de outrem etc. A situação será a mesma em relação ao filho maior, pois não há qualquer vínculo jurídico de subordinação entre pais e filhos maiores.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Várias condutas são tipificadas: a) *privar de alimentação*; b) *privar de cuidados indispensáveis*; c) *sujeitar a trabalho excessivo ou inadequado*; d) *abusar de meios corretivos ou disciplinares*. Nas três primeiras modalidades o crime é *permanente*; na última é *instantâneo*.

a) privar de alimentação

Para caracterizar os maus-tratos é suficiente a privação relativa de alimentos, pois a privação total pode constituir meio de execução do crime de homicídio (tentado ou consumado). Logicamente que o crime pode ser perpetrado por meio da supressão absoluta da alimentação, desde que seja por um período razoável e depois volte a ser ministrada normalmente ou mesmo em quantidade reduzida.

b) privar de cuidados indispensáveis

Significa privar dos cuidados mínimos necessários à preservação da vida ou saúde da pessoa de que se trata. Esses cuidados podem ser materiais, afetivos ou morais, dependendo da idade, estado de saúde, condições de tempo e local, entre outros. Importam, concretamente, os riscos que a ausência de tais cuidados pode acarretar, como, por exemplo, privar o menor de higiene, atendimento médico, agasalho no inverno etc.

c) sujeitar a trabalho excessivo ou inadequado

Será excessivo o trabalho que ultrapassar o limite das forças ou das

capacidades da vítima ou que lhe causem cansaço além do suportável. Será inadequado o trabalho que não for compatível com as condições físico-orgânicas da vítima ou com suas aptidões pessoais e profissionais, de acordo com idade, sexo, compleição física etc. O referencial para o exame da natureza excessiva e imprópria do trabalho é a própria vítima, levando-se em consideração condicionamento físico, mental, força muscular, idade e sexo.

d) abusar de meios corretivos ou disciplinares

Significa aplicar "castigos" excessivos que coloquem em risco a vida ou a saúde da vítima. Nas hipóteses anteriores, o agente procede por grosseria, irritabilidade, espírito de malvadez, prepotência, ódio, cupidez, intolerância; mas nesta última hipótese tem ele um fim em si mesmo justo, isto é, o fim de corrigir ou de fazer valer a sua autoridade. O *justo fim* não autoriza o *excesso de meio*.

Direito de corrigir: excesso

Não se veda o direito de corrigir, mas tão somente se proíbe o seu exercício abusivo. A ação inicialmente é lícita; o seu exercício abusivo é que a torna ilícita; atingindo o nível de crime.

Natureza da relação de subordinação

A *especial relação de subordinação* que vincula o sujeito passivo ao sujeito ativo pode decorrer do direito público, privado ou mesmo administrativo. A inexistência dessa *relação vinculativa* ou da finalidade prescrita no tipo exclui este crime.

O direito de correção dos pais

O *direito de correção* conferido a pais, tutores e curadores deve ser exercido com moderação e finalidade educativa, sendo inadmissível o emprego de violência contra filho menor, pupilo ou curatelado. O corretivo aplicado pelo pai que resulta em leves escoriações ou hematomas, não afetando a saúde do menor, nem colocando em risco sua vida, não caracteriza o excesso do *ius corrigendi*.

Excesso de tutor, curador e professor

A produção de escoriações ou hematomas decorrentes da conduta de tutor, curador, professores, diretores de instituições de ensino, enfermeiros, carcereiros, entre outros, a nosso juízo, configura o crime de maus-tratos, e a diferença reside na distinção do grau de liberdade e intensidade das

prerrogativas atribuídas aos pais em relação aos demais nominados.

Relação de subordinação: elementar típica

Para tipificar o crime de maus-tratos é indispensável a existência de uma *relação de subordinação* entre os sujeitos ativo e passivo, isto é, na dicção do texto legal, uma relação de "autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia".

Elementar especializante: crime próprio

Trata-se de uma *elementar típica especializante*, isto é, que torna esta figura típica um *crime próprio* ou especial, que só pode ser praticado por quem tenha uma das *modalidades vinculativas* elencadas com a vítima. A ausência dessa *especial relação de subordinação* afasta a adequação típica, mesmo que a conduta do sujeito ativo se dirija a um fim educativo, corretivo ou disciplinar.

Finalidade da conduta

Embora existindo a referida relação, mas se a finalidade das condutas tipificadas não se destinar a "educação, ensino, tratamento ou custódia", o tipo penal deverá ser outro, quem sabe o dos arts. 132, 129 ou 121. Não é necessário, contudo, que haja coabitação do sujeito ativo com a vítima, nem que esta seja menor.

Definição das condutas tipificadas

Educação abrange toda atividade com a finalidade de ampliar, aperfeiçoar e acabar a formação individual, sob o aspecto intelectual, moral, técnico ou profissional; *ensino* consiste em ministrar conhecimentos que devem formar a base cultural do indivíduo, que pode ser básico, fundamental ou superior, e podem ser praticados pelos pais, professores, instrutores técnicos ou não. O ensino, pode-se constatar, é menos abrangente que a educação; *tratamento* consiste não só no cuidado para a cura das moléstias como também no cuidado dispensado para a manutenção e subsistência das pessoas; *custódia* deve ser entendido em sentido restrito, como a detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei. Seria o caso, por exemplo, do carcereiro, enfermeiro, diretor do hospital etc.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Além da vontade e da consciência de praticar o fato material, é indispensável a *consciência do abuso* cometido. Aliás, a ausência *dessa*

consciência afasta o dolo, ocorrendo o conhecido *erro de tipo*. Na verdade, para configurar o dolo é indispensável que o agente tenha vontade e consciência da ação, dos meios escolhidos e do excesso que pratica, no exercício da atividade que desempenha (autoridade, guarda ou vigilância) para o fim declinado no tipo, qual seja, de educação, ensino, tratamento ou custódia.

Elemento subjetivo: dolo de perigo

O *elemento subjetivo* deste tipo penal, como crime de perigo, limita-se à *consciência* e *vontade* de expor a vítima a grave e iminente perigo, estando absolutamente excluído o *dolo de dano*, ou seja, eventual *animus necandi* ou *animus laedendi* caracterizará outro tipo penal e não este.

Consciência do excesso

À falta de consciência que se excede, que abusa, que ultrapassa os limites do razoável, não se poderá falar em dolo. Essa consciência, ao contrário da consciência da ilicitude, tem de ser atual, isto é, tem de existir efetivamente no momento da ação.

Dolo eventual: admissibilidade

É possível que o agente não queira expor a vítima a perigo, isto é, a exposição a perigo pode não ser objeto de sua vontade. Contudo, nessas circunstâncias, é inevitável que, pelo menos, preveja a possibilidade, com o excesso que pratica, de expor a perigo a incolumidade da vítima. Nesse caso, prosseguindo na ação, estará no mínimo assumindo o risco de colocá-la em perigo, configurando o dolo eventual. O risco de expor com a ação ou omissão está presente na *consciência* do agente, que, apesar disso, realiza a conduta e acaba colocando efetivamente em perigo a vida ou a saúde de outrem.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime com a exposição da vítima a perigo efetivo. Logo, é suficiente a probabilidade de dano, sendo absolutamente desnecessária a ocorrência de qualquer *resultado material*. No entanto, trata-se de crime de *perigo concreto*, cuja ocorrência deve ser comprovada, sendo inadmissível mera presunção.

Simples empurrão: não configura maus-tratos

A conduta descrita no art. 136 do CP pretende punir quem coloca em risco a vida ou a saúde de alguém subordinado nas condições ali especificadas e para uma daquelas finalidades. Simples empurrão ou mero tapa, por mais antipedagógico que seja, à primeira vista, não configura o crime.

5.2 Tentativa

Apesar da dificuldade para demonstrar a sua ocorrência, é possível, teoricamente, a tentativa, desde que o *eventus periculli* não ocorra por circunstâncias estranhas à vontade do agente. Quando o fato for suscetível de fracionamento, isto é, quando apresentar um *iter criminis*, será perfeitamente possível a tentativa.

Maus-tratos por omissão: tentativa inadmissível

Será impossível a tentativa nas modalidades de *privação de alimentos* ou *privação de cuidados indispensáveis*, que, a nosso juízo, exigem *habitualidade*; no entanto, naquelas modalidades em que um ato isolado é suficiente para consumar-se, a sua repetição caracterizará crime continuado.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime próprio*, pois exige vínculo especial entre os sujeitos ativo e passivo; é formal, consumando-se com a simples realização da conduta típica, independentemente da produção de qualquer resultado, pois se trata de crime de perigo; é *crime de perigo concreto*, que não se presume, exigindo a sua comprovação; de *ação múltipla* ou de *conteúdo variado*, pois pode ser praticado por mais de uma conduta perante a mesma vítima; *permanente* nas modalidades de privação de alimentos, privação de cuidados necessários e sujeição a trabalho excessivo ou inadequado; na modalidade de abuso de correção o crime é, em regra, *instantâneo*, mas eventualmente pode apresentar-se de forma permanente; doloso, comissivo e omissivo.

7 Formas qualificadas

Duas formas qualificadas: quando da exposição resulta a) lesão corporal de natureza grave (§ 1º) ou b) morte (§ 2º). Como crime qualificado pelo

resultado, o evento mais grave deve ser previsível (art. 19). Além das modalidades qualificadas, a Lei n. 8.069/90 (ECA) criou uma majorante para a hipótese de vítima menor de quatorze anos (§ 3º).

Lesão corporal leve: irrelevância

Sobrevindo lesão corporal leve, o agente não responderá pela modalidade culposa, cuja sanção penal é inferior (somente detenção), desde que tenha sido demonstrada a existência do dolo de perigo.

8 Figura majorada: menor de quatorze anos

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) acrescentou o § 3º, prevendo a elevação de um terço da pena em razão da menoridade da vítima. É necessário que o sujeito ativo saiba que a vítima é menor de quatorze anos. Como o texto legal fala em "menor de quatorze anos", se o fato ocorrer na data em que este completa essa idade, a majorante não será aplicável.

9 Forma culposa

Não há modalidade culposa.

10 Pena e ação penal

10.1 Penas cominadas

A sanção penal é *alternativa*, para a figura simples: detenção, de dois meses a um ano, ou multa. Para as figuras qualificadas: reclusão, de um a quatro anos, se resulta lesão corporal de natureza grave (§ 1º), e de quatro a doze anos, se resulta a morte (§ 2º). Haverá majorante de um terço se a vítima for menor de quatorze anos (§ 3º). As *agravantes* previstas no art. 61, II, *e*, *f* e *h*, não incidem, pois são, em princípio, elementares do próprio tipo.

10.2 Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, sendo desnecessária qualquer condição de procedibilidade.

11 Questões especiais

A mulher agredida pelo marido não pode ser vítima deste crime, em razão da inexistência de vínculo subordinativo e da finalidade respectiva, exigidos pelo tipo em exame. Entre cônjuges não há relação de subordinação. As agravantes do art. 61, II, *e*, *f* e *h*, não incidem, pois são elementares do próprio tipo.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Maus-tratos. Enfermeiro. Não Caracterização. O delito do art. 136 do Código Penal (maus-tratos) possui, como tipo objetivo, a privação de alimentação, de cuidados especiais, imposição de trabalho excessivo, com abuso dos meios corretivos. Na notícia vinculada à exordial narra-se fatos desabonadores à conduta profissional do recorrente, mas não fatos criminosos. A expressão maus-tratos foi utilizada com significado comum e corriqueiro de falta de caridade ou solidariedade com o doente, procedimento realmente deplorável a um enfermeiro, porém não configurador do ilícito penal previsto no art. 136 do Código Penal" (TJRJ, RESE 321/2007, Rel. Antonio Carlos Amado, j. 13-9-2007).

"Maus-tratos. Legitimidade passiva *ad causam*. Ao sócio que exerce a gerência de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, dedicada à exploração, com fins lucrativos, de clínica médica, é cabível a imputação de autoria do delito tipificado no art. 136 do Código Penal. Não é inepta a denúncia que descreve adequadamente a conduta incriminada, ainda que não detalhada individualmente, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa. O nexo causal que resulta da omissão é de natureza normativa e não naturalística, de sorte que a omissão é erigida pelo Direito como causa do resultado porque quem tem o dever legal de evitá-lo, não o faz" (STJ, HC 23.362/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 1º-6-2004).

"A figura do inc. II do art. 1º da Lei n. 9.455/97 implica na existência de vontade livre e consciente do detentor da guarda, do poder ou da autoridade sobre a vítima de causar sofrimento de ordem física ou moral, como forma de castigo ou prevenção. O tipo do art. 136, do Código Penal, por sua vez, se aperfeiçoa com a simples exposição a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, em razão de excesso nos meios de correção ou disciplina. Enquanto na hipótese de maus-tratos, a finalidade da conduta é a repreensão de uma indisciplina, na tortura, o propósito é causar o padecimento da vítima. Para a configuração da segunda figura do crime de tortura é indispensável a prova cabal da intenção deliberada de causar o sofrimento físico ou moral, desvinculada do objetivo de educação" (STJ, REsp 610.395/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25-5-2004).

"O julgamento do crime de maus-tratos contra pessoa menor de quatorze anos deve ser realizado pelo Juizado Especial Criminal" (STJ, REsp 610.142/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25-5-2004).

"Crime de tortura. Delegado de polícia. Excesso na acusação e desclassificação da conduta para o crime de maus-tratos. Impossibilidade. Reexame do conjunto probatório. Quanto ao alegado excesso na acusação, não há como transpor, na angusta via do *habeas corpus*, o exame do conjunto fático probatório feito pelo acórdão condenatório, a fim de verificar se o caso é de maus-tratos ou de crime de tortura, sob pena, inclusive, de malferimento ao princípio do livre convencimento do juiz" (STJ, HC 27.290/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4-12-2003).

Capítulo IV - Da Rixa

Rixa

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

— V. arts. 29, 62 e 65, III, *e*, do CP.

— V. arts. 60, 61, 74 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

— V. arts. 19 e 129, §§ 1º, 2º e 3º, do CP.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

A incolumidade da pessoa humana. Embora a descrição típica não se refira expressamente à vida ou à saúde do agente, sua preocupação com esses bens jurídicos está exatamente na punição da *simples participação na rixa*, pois o legislador reconhece que esta possibilita, em tese, a produção de maiores danos à integridade físico-psíquica do indivíduo. E a própria posição geográfica deste tipo penal, a exemplo dos antecessores, admite a afirmação de que a objetividade jurídica é efetivamente a incolumidade da pessoa humana.

Ordem pública

Secundariamente, pode-se afirmar que a própria ordem e tranquilidade pública que, inevitavelmente, acaba sendo atingida pela rixa, também constitui objeto da proteção jurídica. Trata-se, enfim, de crime de perigo para a vida e a saúde individual e, secundariamente, contra a *incolumidade pública*.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Os *participantes* da rixa são ao mesmo tempo sujeitos ativos e passivos uns em relação aos outros: rixa é crime plurissubjetivo, recíproco, que exige a participação de, no mínimo, três contendores no direito pátrio, ainda que alguns sejam menores.

Subjetividade recíproca

No entanto, ninguém pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime de sua própria conduta. Na realidade, o rixoso é sujeito ativo da conduta que pratica em relação aos demais e sujeito passivo das condutas praticadas pelos demais rixosos. Os rixosos agem uns contra os outros, por isso esse misto de sujeito ativo-passivo do mesmo crime.

2.2 Sujeito passivo

Os próprios rixosos são também sujeitos passivos, além de eventuais não participantes que possam ser atingidos pela rixa. Com efeito, o *sujeito passivo* pode ser, inclusive, alguém estranho à rixa, que acaba sendo atingido por ela.

3 Participantes da rixa

A rixa, como crime de *concurso necessário*, caracteriza-se pela pluralidade de participantes, cujo número nunca poderá ser inferior a três. *Participante*, como regra, será todo aquele que estiver presente no lugar e no momento da rixa e entrar diretamente no conflito ou auxiliar qualquer dos contendores.

Partícipe de rixa

O fato de tratar-se de um crime de *concurso necessário* não impede, por si só, a possibilidade de existir a *participação em sentido estrito*, uma vez que o *partícipe*, em nossa definição, não intervém diretamente no fato material, "não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva".

Participação em sentido estrito

A "contribuição" do *partícipe* pode ser material ou moral, especialmente na rixa *ex proposito*. Por exemplo, não responde pelo crime de rixa quem *participa* somente da discussão antes do início desta, salvo se,

propositalmente, contribuiu para a sua eclosão. Nesse caso, o *partícipe* deverá responder pelo art. 137, combinado com o art. 29, pois a adequação típica de sua conduta é de *subordinação mediata*, depende da conjugação da norma principal — definidora do crime de rixa — com esta norma secundária de caráter extensivo.

Intervenção para separar rixosos

Quem intervém para *separar* os rixosos não infringe o tipo penal, pois lhe falta o elemento subjetivo, qual seja, a vontade consciente de participar do conflito. No entanto, se o "pacificador" exceder-se do intuito de apartar os rixosos, transforma-se em participante e deverá responder pelo crime de rixa.

Concurso com outros crimes

Responderá o autor identificado em concurso material com a rixa, simples ou qualificada. Excluem-se somente as *vias de fato*, que são integrantes do conteúdo do crime de rixa. Há quem sustente que o rixoso identificado como autor e responsável pelo homicídio ou lesão corporal grave não pode responder, pelo mesmo fundamento, por rixa agravada, pois violaria o princípio *ne bis in idem*.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Rixa é uma briga entre mais de duas pessoas, acompanhada de vias de fato ou violência recíprocas. Para caracterizá-la é insuficiente a participação de dois contendores, pois aquela se caracteriza exatamente por certa confusão na participação dos contendores, dificultando, em princípio, a identificação da atividade de cada um. Os rixosos agem individualmente, agredindo-se reciprocamente.

Participar de rixa

A conduta tipificada é *participar* de rixa, que se caracteriza pela existência de agressões recíprocas generalizadas. Essa *participação* pode ocorrer desde o início do conflito ou integrar-se durante a sua realização, desde que ocorra antes de cessada a luta.

Necessidade de violência material

Estando definida a posição dos contendores, não haverá rixa. É indispensável que haja violência material, produzindo lesões corporais ou, pelo menos, vias de fato, constituída de empurrões, socos, pontapés, puxões

de cabelo etc. Embora o conflito se apresente, geralmente, num “corpo a corpo”, poderá configurar-se, a distância, por meio de tiros, arremesso de pedras, porretes e quaisquer outros objetos, pois não é indispensável o contato físico entre os rixosos.

Simples altercação ou ofensas morais

A simples altercação, troca de palavras ofensivas, não a caracteriza, ou, na expressão de Hungria, “É preciso que os contendores *venham às mãos*, formando-se o entrevero, ou que, embora sem o *contato dos brigadores*, estes se acometam reciprocamente, por exemplo, com pedradas ou disparos de arma de fogo”.

Rixa simulada: atipicidade

A *rixa simulada* não constitui crime, pela ausência do *animus rixandi*, ainda que dessa simulação sobrevenha lesão corporal grave ou a morte de alguém. Nessa hipótese, os autores deverão responder por lesões corporais ou homicídio, conforme o caso, na modalidade culposa.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* deste crime é o *dolo*, representado pela *vontade* e *consciência* de *participar de rixa*, isto é, consiste no conhecimento de que se trata de uma rixa e na vontade consciente de participar dela.

Causa da rixa: irrelevância

A causa que originou a rixa é irrelevante, e, por outro lado, não se exige qualquer *fim especial* de agir. Pune-se a simples troca de agressões, independentemente de qualquer dos participantes resultar ferido. O perigo é presumido *juris et de iure*.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a eclosão das agressões recíprocas. Pela natureza complexa da ação nuclear é praticamente impossível configurar-se a tentativa, embora fosse admitida por Hungria.

Consuma-se o crime de rixa com a eclosão das agressões recíprocas, isto é, quando os contendores iniciam o conflito. Consuma-se no instante em que o participante entra na rixa para tomar parte dela voluntariamente.

Desistência da rixa: irrelevância

Ainda que um dos participantes desista da luta antes desta ter chegado ao fim, responderá pelo crime, inclusive pela qualificadora (lesão grave ou morte), que pode ocorrer após a sua retirada. Para a consumação da rixa é desnecessário que resulte lesão em qualquer dos rixosos. Pelo princípio da autonomia, adotado pelo nosso Código Penal, a rixa é punida em razão do perigo que a sua prática produz.

Tentativa: rixa "ex improviso"

Pela natureza complexa da *ação nuclear* é praticamente impossível configurar-se a tentativa. O exemplo trazido por Hungria não serve, pois, segundo afirmava, seriam dois grupos rivais prestes a iniciar confronto previamente combinado quando são surpreendidos pela polícia. Ora, quando há participação de grupos bem definidos, não há rixa, que se caracteriza pelo tumulto, pela indeterminação da atividade dos participantes.

Rixa "ex proposito"

Na rixa *ex improviso* é impossível a tentativa. No entanto, na rixa *ex proposito*, naquela que é previamente combinada, em tese, até se pode admitir a tentativa, aliás, repita-se, de difícil configuração.

Rixa e legítima defesa

A despeito de algumas dificuldades práticas, admitimos a possibilidade de legítima defesa na rixa. Quem, por exemplo, intervém na rixa em defesa própria ou de terceiros, poderá invocar a excludente, pois não há participação em rixa sem *animus rixandi*. A legítima defesa exclui a antijuridicidade da conduta específica daquele contendor por aquele resultado (lesão grave ou homicídio).

Rixa e legítima defesa putativa

A reação contra uma suposta agressão — legítima defesa putativa — afasta a tipificação do crime de rixa, ainda que o erro seja evitável, pois, mesmo assim, faltaria a vontade consciente de participar de rixa (erro de tipo permissivo).

7 Classificação doutrinária

A rixa é crime de *concurso necessário* (participação de, pelo menos, três) de condutas contrapostas, pois há reciprocidade de agressões. Os crimes de quadrilha ou bando também são de concurso necessário; diferentemente,

são de condutas divergentes; de *perigo abstrato*, presumido *juris et de iure*, que decorre da simples troca de desforço físico, na sua modalidade simples; *instantâneos* porque se consumam no momento da prática das agressões indiscriminadas; *crime plurissubsistente*, que não se completa com ato único; *doloso*, pois não há previsão de modalidade culposa; *comissivo*, pois só pode ser praticado por meio de uma ação ativa, sendo impossível executá-lo por um não fazer.

8 Figuras qualificadas

A ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte *qualifica a rixa*, respondendo por ela inclusive a vítima da lesão grave. Mesmo que lesão grave ou a morte atinja estranho não participante da rixa, alguém que passava no local, por exemplo, ainda assim se configura a qualificadora.

Rixa qualificada e não identificação do autor

Quando não é identificado o autor da lesão grave ou homicídio, todos os participantes respondem por rixa qualificada; sendo identificado o autor, os outros continuam respondendo por rixa qualificada, e o autor responderá pelo crime que cometeu em concurso material com a rixa qualificada.

Momento do resultado qualificador

A morte e as lesões graves devem ocorrer durante a rixa ou em consequência dela, não pode ser nem antes nem depois. Assim, se ocorrerem antes, não a qualificam, simplesmente porque não foram sua consequência, mas sua causa. É indispensável a relação de causalidade, isto é, que a rixa seja a causa do resultado, isto é, da lesão grave ou da morte.

Ocorrência de mais de uma morte ou lesão grave

A ocorrência de mais de uma morte ou lesão grave não altera a unidade da rixa qualificada, que continua sendo crime único, embora devam ser consideradas na dosimetria penal as “consequências do crime”.

Vítima rixosa: responde pela qualificadora

O resultado agravado recairá sobre todos os que dela tomaram parte, inclusive sobre eventuais desistentes. O participante que sofrer lesão corporal grave também incorrerá na pena da *rixa agravada* em razão do ferimento que ele próprio recebeu. Não é punição pelo mal que sofreu, mas pela *participação na rixa*, cuja gravidade é representada exatamente pela lesão que o atingiu.

9 Forma culposa

Não há modalidade culposa.

10 Pena e ação penal

10.1 Pena cominada

A pena é *alternativa*, na figura simples, detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Nas formas qualificadas — com lesão grave ou morte —, reclusão, de seis meses a dois anos.

10.2 Natureza da ação penal

A ação penal é *pública incondicionada*, sendo desnecessária qualquer condição de procedibilidade para instaurá-la ou, no caso da autoridade policial, para iniciar as investigações.

11 Questões especiais

Não há rixa se a agressão não passar do terreno verbal. Quando há participação de grupos bem definidos, não há rixa, que se caracteriza pelo tumulto, pela indeterminação da atividade dos participantes.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Rixa. Art. 137 do CPB. Há rixa, quando houve concurso de pessoas em condutas contrapostas” (TJRS, Recurso Crime 71001061886, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 20-11-2006).

“Júri — Homicídio simples — Tese acatada pelos jurados, com desclassificação para o crime de rixa qualificada — Decisão contrária à prova dos autos. No caso, em nenhum momento a contenda iniciou-se de forma generalizada, com a participação de grupos ou mais de três pessoas, mas, sim, teve início com uma briga entre réus e a vítima, para, logo em seguida, em meio à confusão, surgirem diversas pessoas ao lado, que começaram uma briga com agressões e cadeiradas” (TJSC, Apelação 2005.032943-1, Rel. Irineu João da Silva, j. 29-11-2005).

“Não há cogitar em competência do Tribunal do Júri, face à morte de um dos rixentos, quando da confusão generalizada (rixa) restar prejudicada a apuração da conduta de cada um deles” (TJAP, Conflito de Competência 049, Rel. Raimundo Vales, j. 3-12-2003).

Capítulo V - Dos Crimes Contra a Honra

Calúnia

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (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.

— V. art. 5º da CF.
— V. arts. 146 e 519 a 523 do CPP.
— V. art. 324 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).
— V. art. 26 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).
— V. art. 214 do CPM.

Exceção da verdade

§ 3º Admite-se a prova da verdade, salvo:

— V. arts. 85 e 523 do CPP.

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 n. I do art. 141;

III — se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido, pela tipificação do crime de calúnia, para aqueles que adotam essa divisão, é a *honra objetiva*, isto é, a reputação do indivíduo, ou seja, é o conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais. É, em outros termos, o sentimento do outro que incide sobre as nossas qualidades ou nossos atributos.

Honra: definição

Honra é valor imaterial, insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza, inerente à própria dignidade e personalidade humana. Pela extensão que esse conceito abrange, não nos parece adequado nem dogmaticamente acertado distinguir honra objetiva e subjetiva, que não passa de adjetivação limitada, imprecisa e superficial, na medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido.

Honra objetiva: definição

Honra objetiva constitui o sentimento ou o conceito que os demais membros da comunidade têm sobre nós, sobre nossos atributos. Objetivamente, *honra* é um valor ideal, a consideração, a reputação, a boa fama de que gozamos perante a sociedade em que vivemos.

Honra comum e honra profissional

Na proteção do bem jurídico *honra objetiva*, o Direito Penal não distingue a *honra comum* da *honra profissional*: a primeira refere-se à pessoa humana enquanto ser social; a segunda relaciona-se diretamente à atividade exercida pelo indivíduo, seus princípios ético-profissionais, a representatividade e o respeito profissional que a sociedade lhe reconhece e lhe atribui; nesse sentido, pode-se dizer, é a *honra especial*.

1.1 Consentimento do ofendido como excludente de tipicidade

O *consentimento do ofendido* exclui a tipicidade da conduta do "ofensor". Ora, se, após movimentada a pesada máquina judiciária, comportamentos posteriores da vítima podem neutralizar a operação jurisdicional, é natural que se atribua esse efeito à manifestação anterior de concordância da vítima.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

O *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa física, desde que seja *imputável*, sem necessidade de reunir qualquer outra condição. A *pessoa jurídica*, por faltar-lhe a capacidade penal, não pode ser sujeito ativo dos crimes contra a honra.

Exclusão dos inimputáveis

Os inimputáveis, seja qual for a causa, não podem ser *sujeito ativo* do

crime de calúnia, embora, teoricamente, possam, a nosso juízo, ser *sujeito passivo* dos crimes contra a honra, dependendo, logicamente, da capacidade de entender o significado ultrajante da imputação.

2.2 Sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito passivo*, não se lhe exigindo, literalmente, qualquer condição especial.

Os inimputáveis: fato definido como crime

Os inimputáveis também podem ser *sujeitos passivos* do crime de calúnia, isto é, podem ser *caluniados*, embora não possam ser sujeito ativo. A *conduta tipificada* não é "a imputação falsa da prática de crime", mas imputar falsamente "fato definido como crime", o que é diferente: inimputáveis não praticam crimes, por faltar-lhes a condição de *imputáveis*, mas podem praticar "fatos definidos como crime".

Inimputáveis: fundamento ético

Embora os inimputáveis não possam praticar crimes, podem ser sujeitos passivos do crime de calúnia, pois, apesar de inimputáveis, não podem ser privados da proteção jurídica e deixados à mercê da agravação de qualquer um, pois também têm direito à proteção legal da reputação e do sentimento de dignidade.

Mortos caluniados: não são sujeitos passivos

Os *mortos* também podem ser *caluniados* (art. 138, § 2º), mas seus parentes serão os *sujeitos passivos*. A *honra* é um atributo dos vivos; somente estes têm personalidade, à qual se liga a honra. Contudo, como com a morte se extingue a personalidade, a ofensa punível não atinge a "pessoa" do morto, mas a sua memória. O que fundamenta a incriminação é o interesse dos parentes em preservar o bom nome do finado, e, por isso, eles é que são os sujeitos passivos desse crime.

Desonrados, infames e depravados

Quanto aos *desonrados, infames e depravados*, ao contrário do que previa o direito romano, também podem ser *sujeitos passivos* dos crimes contra a honra. Afinal, a honra, enquanto bem imaterial, é atribuída a todo ser humano, incorporada à sua personalidade, e pode ser diminuída, mas nunca totalmente suprimida.

Penas degradantes

Punições como a declaração de infâmia, morte civil ou a perda total da capacidade jurídica foram proscritas do direito moderno, pois violariam o princípio da dignidade humana.

Pessoa jurídica

Há grande divergência doutrinário-jurisprudencial sobre se a *pessoa jurídica* pode ser sujeito passivo de calúnia. O Anteprojeto Nélson Hungria, para afastar essa polêmica, definia como crime contra a honra da pessoa jurídica: "Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de abalar o crédito de uma pessoa jurídica ou a confiança que esta merece do público" (art. 148).

3 Tipo objetivo: adequação típica

Calúnia é a *imputação falsa* a alguém de fato definido como crime. A *calúnia* é, em outros termos, uma espécie de "difamação agravada", por imputar, *falsamente*, ao ofendido não apenas um fato desonroso, mas um fato definido como crime.

Requisitos do crime de calúnia

Para que o fato imputado possa constituir *calúnia*, precisam estar presentes, simultaneamente, todos os requisitos do crime: a) *imputação de fato determinado qualificado como crime;* b) *falsidade da imputação;* c) *elemento subjetivo — animus caluniandi*. A ausência de qualquer desses elementos impede que se possa falar em fato definido como crime de calúnia.

3.1 Imputar, falsamente, fato definido como crime

a) *Imputação de fato determinado qualificado como crime* — a imputação deve referir-se a fato determinado, sendo insuficiente, por exemplo, afirmar que a vítima furtou. É indispensável individualizar as circunstâncias identificadoras do fato, embora não sejam necessários detalhes minuciosos, que, muitas vezes, somente a própria investigação pode conseguir.

Calúnia equívoca ou implícita

Não é necessário que se afirme categoricamente a imputação do fato, pois se pode caluniar colocando em dúvida a sua autoria, questionar a sua existência, supô-lo duvidoso ou até mesmo negar-lhe a existência (*calúnia*

equívoca ou implícita); essas também são formas de caluniar alguém, ainda que de forma simulada ou até dissimulada, frases requintadas de habilidades retóricas, de ironias equívocas ou antíteses afirmativas.

Calúnia reflexa

Haverá *calúnia reflexa* quando, por exemplo, imputa-se, falsamente, alguma autoridade de ter aceito suborno (corrupção passiva). Ora, o terceiro que teria oferecido a propina também é, reflexamente, vítima de calúnia (corrupção ativa).

Imputação de contravenção

Como o tipo penal pune a imputação falsa de "crime", não pode ser ampliado para abranger também a imputação de *contravenção penal*. Quando a lei quis incluir a contravenção, fê-lo expressamente, como na *denunciação caluniosa* (art. 339, § 2º). Assim, a *imputação falsa* de fato contravencional poderá constituir *difamação*, desde que seja desonroso, mas nunca *calúnia*.

b) *Falsidade da imputação* — para que se configure a calúnia, é indispensável que a imputação seja *falsa*, isto é, não corresponda à verdade. O *fato*, além de *falso*, deve ser *definido como crime*. É necessário que qualquer pessoa, fora a vítima, tome conhecimento dessa imputação. E *falsidade*, como veremos, tanto pode referir-se ao fato em si como à autoria.

Imputação verdadeira não é crime

Afastamos completamente a hipótese, historicamente admitida pela doutrina brasileira, de a imputação verdadeira constituir crime, quando não se admite a *exceção da verdade*, conforme procuramos demonstrar mais adiante. Exemplo: imputação de crime ao Presidente da República.

c) *Elemento subjetivo — animus caluniandi* — é indispensável o propósito de caluniar. Todos os requisitos objetivos — descritivos e normativos — da calúnia podem estar presentes, mas se não houver o *animus caluniandi* não haverá crime. Este requisito será mais bem examinado quando tratarmos do tipo subjetivo.

Erros técnico-jurídicos: irrelevância

À evidência, quando se tratar de simples equívocos *técnico-jurídicos*, como empregar *roubo* por *furto*, por si só, não caracteriza a calúnia.

Incontinência verbal: discussão

Não há *calúnia* se o fato é produto de incontinência verbal decorrente de

acirrada discussão, quando impropérios são proferidos irrefletidamente e sem avaliação do conteúdo que encerram.

Calúnia e denunciação caluniosa

Se o sujeito ativo, com sua ação, der causa a investigação policial ou processo judicial, responderá por *denunciação caluniosa* (art. 339).

3.2 Propalação da calúnia

Os verbos núcleos, nesta forma de calúnia, são *propalar* ou *divulgar*, que têm sentido semelhante e consistem em levar ao conhecimento de outrem, por qualquer meio, a *calúnia* de que, de alguma forma, tomou conhecimento. Embora tenham significados semelhantes, a abrangência das duas expressões é distinta: *propalar* limita-se, em tese, ao relato verbal, à comunicação oral, circunscreve-se a uma esfera menor, enquanto *divulgar* tem uma concepção mais ampla, que seria tornar público por qualquer meio, inclusive através da fala.

Número indeterminado de pessoas: desnecessidade

Não é necessário que um número indeterminado de pessoas tome conhecimento da imputação; é suficiente que se comunique a *outrem*, mesmo em caráter confidencial. A propalação ou a divulgação são *atividades*, são condutas tipificadas e não *resultado*.

Propalador não cria a falsidade

Nesta modalidade, o *propalador* não cria a imputação *falsa*, que já foi obra de outro; quem a ouve leva-a adiante, sabendo que a imputação é falsa. Com essa conduta, embora não tenha criado o fato desonroso, amplia a sua potencialidade lesiva.

Malícia do propalador: mantém tipicidade

A maliciosa estratégia, adotada por alguns especialistas, de afirmar que não acredita na veracidade do fato que está *propalando* ou *divulgando* não afasta a configuração típica, pois, mesmo na dúvida, não deixa de divulgá-lo, expondo a reputação da vítima.

Outras estratégias: indeterminações

Outras estratégias semelhantes, como, por exemplo, indicar a fonte da calúnia, reportar-se a indeterminações, tais como “ouvi dizer”, “comentam”, “falam por aí” etc., ou mesmo pedir segredo, não têm o condão de afastar o crime. Configura-se este mesmo quando se divulga a

quem já tem conhecimento da calúnia, pois ela servirá de reforço na convicção do terceiro.

4 Elemento normativo do tipo: falsamente

A imputação, para constituir crime, tem de ser *falsa*. A falsidade da imputação pode recair sobre o fato ou sobre a autoria. Na primeira hipótese *o fato é inexistente*; na segunda, a existência ou ocorrência do fato é verdadeira; *falsa é a imputação da autoria*. Qualquer das duas falsidades satisfaz a elementar normativa exigida pelo tipo penal.

Erro de tipo

Se o agente está convencido de que *a imputação é verdadeira*, não responde pelo crime, pois incorre em *erro de tipo*, por ignorar uma elementar do tipo — *falsamente* —, ou seja, não sabe o que faz. A certeza do agente, embora errônea, de que a imputação é verdadeira impede a configuração do dolo.

5 Calúnia contra os mortos

A ofensa à memória dos mortos atinge os interesses que seus parentes têm em cultuá-la; o legislador brasileiro preocupou-se em garantir-lhe o respeito, criminalizando a conduta de quem lhe imputar, *falsamente*, a prática de crime.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral do crime de calúnia é o dolo de dano, que é constituído pela *vontade consciente* de caluniar a vítima imputando-lhe a prática de fato definido como crime de que o sabe inocente. É indispensável que o sujeito ativo — tanto o *caluniador* quanto o *propalador* — tenha consciência de que a imputação é falsa, isto é, de que o imputado é inocente da acusação que lhe faz.

Dolo direto e eventual

Na figura do *caput*, o dolo pode ser direto ou eventual; na do § 1º, somente direto.

“Animus defendendi”: ausência de dolo

Não há *animus caluniandi* na conduta de quem se limita a analisar e

argumentar dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa caracteriza tão somente o *animus defendendi*, na qual não há a visível intenção de ofender.

"Animus narrandi": ausência de dolo

Não comete crime de *calúnia* funcionário público que tem o *dever de prestar informações*, na hipótese de mandado de segurança (art. 7º, I, da Lei n. 1.533/51), desde que, logicamente, ressalte da exposição dos fatos tão somente o *animus narrandi*, sem a visível intenção de ofender.

Elemento subjetivo especial: "animus caluniandi"

Além do dolo, é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende desnecessário. A *calúnia* exige, afinal, o *especial fim* de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido, que, se não existir, não tipificará o crime.

Ausência de "animus ofendendi"

Qualquer *animii* que, de alguma forma, afaste o *animus offendendi* exclui o elemento subjetivo: *animus jocandi* (intenção jocosa, caçoar); *animus consulendi* (intenção de aconselhar, advertir), desde que tenha dever jurídico ou moral de fazê-lo; *animus corrigendi* (intenção de corrigir), desde que haja a relação de autoridade, guarda ou dependência, exercida em limites toleráveis; *animus defendendi* (intenção de defender), que, inclusive, em relação à injúria e difamação, é excluído expressamente pelo art. 142, I, do CP e pelo Estatuto da OAB.

Conhecimento da inocência do imputado

No crime de calúnia, a exigência do elemento cognitivo do dolo, qual seja, a *consciência de que a imputação é falsa*, afasta a própria tipicidade: não há crime de calúnia sem o *conhecimento da inocência* do imputado.

Dolo eventual

Embora a *consciência da falsidade*, como elemento do dolo, deva ser atual, quem, na dúvida, não se abstém assume o risco de ofender o bem jurídico protegido, e, nessas circunstâncias, responde dolosamente pelo crime.

Calúnia e difamação

As semelhanças essenciais entre calúnia e difamação são: ambas lesam a

honra objetiva do sujeito passivo; referem-se a fatos e não a “qualidades” negativas ou conceitos depreciativos e necessitam chegar ao conhecimento de terceiro para consumar-se.

Calúnia e injúria

Semelhanças entre calúnia e injúria são praticamente inexistentes, salvo a previsão procedimental, que, em regra, é a mesma para ambas, quando for da competência de juiz singular e não houver previsão em lei especial (arts. 519 e s. do CPP).

Calúnia e difamação: natureza do fato imputado

A diferença existente entre *calúnia* e *difamação* reside, fundamentalmente, na natureza do fato imputado: na calúnia a imputação é da autoria de *fato definido como crime*, enquanto na difamação a imputação é de *fato ofensivo à reputação* do ofendido, depreciativo do seu apreço social, mas não é fato criminoso (fato criminoso = calúnia; fato ofensivo = difamação).

Calúnia e difamação: elemento normativo

A maior diferença entre ambas consiste no elemento normativo, *falsidade*, que para a *calúnia* é indispensável e para a *difamação* é, em regra, irrelevante (salvo quando se tratar de funcionário público, nos termos do art. 139, parágrafo único). Em síntese, a *calúnia* exige que o fato imputado seja definido como crime e que a imputação seja falsa; são duas circunstâncias não contidas na definição da *difamação*.

7 Consumação e tentativa

7.1 Consumação

Consuma-se o crime de *calúnia* quando o conhecimento da imputação *falsa* chega a uma terceira pessoa, ou seja, quando se cria a condição necessária para lesar a reputação da vítima. Ao contrário da injúria, neste crime, não se consuma o crime quando somente o ofendido toma conhecimento da imputação ilícita, pois não é o aspecto interno da honra que é lesado pelo crime. Nesse sentido, deve haver publicidade, caso contrário não existirá ofensa à “honra objetiva”.

7.2 Tentativa punível

Como regra, o crime de calúnia não admite a tentativa, embora, em tese, ela seja possível, dependendo do *meio* utilizado, mediante *escrito*, por exemplo, quando já não se tratará de crime unissubsistente, existindo um *iter criminis* que pode ser fracionado.

Por meio de telegrama ou fonograma

Por *telegrama* e *fonograma*, apesar de serem meios escritos, a tentativa será impossível, pois os funcionários inevitavelmente tomarão conhecimento do conteúdo, embora sejam obrigados a manter sigilo.

Calúnia via oral: tentativa inviável

Se o meio utilizado for a *fala*, entre a emissão da voz e a percepção pelo interlocutor não há espaço para fracionamento, isto é, para interromper o *iter criminis*. Uma vez proferida a ofensa, ouvida por terceiro, consuma-se o crime; se não é ouvida, não há crime, pois não passou de monólogo, como se o sujeito ativo "falasse de si para si".

8 Classificação doutrinária

A calúnia é *crime formal*, pois, embora descreva ação e resultado, não exige sua ocorrência para consumar-se, isto é, consuma-se independentemente de o sujeito ativo conseguir obter o resultado pretendido, que é o dano à reputação do ofendido; *crime comum*, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não sendo exigida nenhuma condição ou qualidade especial do sujeito ativo; *instantâneo*, consuma-se no momento em que a ofensa é proferida ou divulgada; *de conteúdo variado*, pois, mesmo que o agente impute falsamente a prática de crime e a seguir a divulgue, não pratica dois crimes, mas apenas um; c*omissivo*, não podendo, em nenhuma de suas formas (imputar ou propalar), ser praticado por meio de conduta omissiva; *doloso*, não havendo previsão de modalidade culposa. Pode ser, finalmente, *unissubsistente* (via oral) e *plurissubsistente* (por escrito).

9 Exceção da verdade

Exceção da verdade significa a possibilidade que tem o *sujeito ativo* de poder provar a *veracidade* do fato imputado (art. 141, § 3º, do CP), mediante *procedimento especial* (art. 523 do CPP). Calúnia é, por definição, a *imputação falsa*, ou seja, é da essência da calúnia a *falsidade* da acusação.

10 Consequência da “exceptio veritatis”

Provada pelo agente que a imputação que faz é verdadeira, não se há que falar em *calúnia*. Contudo, convém ter presente que a *exceptio veritatis* não exclui nem a *tipicidade* nem a ilicitude ou antijuridicidade. E não as exclui por uma razão muito simples: porque elas nunca existiram, e somente pode ser excluído algo que exista, isto é, algo que, ainda que efemeramente, tenha tido existência real.

Exceção da verdade na difamação

Na *difamação*, em regra, não é admissível a exceção da verdade: somente quando o fato ofensivo for imputado a funcionário público e relacionar-se ao exercício de suas funções. *Difamação* cometida pela imprensa, porém, tem ampliada a possibilidade de *exceção da verdade* (art. 21, § 1º).

Exceção da verdade: natureza

A *exceção da verdade* representa uma demanda judicial contra o *excepto*, colocando-o na condição de réu desse procedimento, implicando, inclusive, no caso, alteração do *juízo competente*.

Três hipóteses não admitem exceção da verdade

Não se admite a exceção da verdade: *nos crimes de ação privada, quando o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível (§ 3º, I); nos fatos imputados contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (§ 3º, II); se o ofendido foi absolvido do crime imputado por sentença irrecorrível (§ 3º, III).*

a) *Nos crimes de ação privada, quando o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível* — seria paradoxal que, deixando ao exclusivo arbítrio do ofendido a decisão de enfrentar o *strepitus judicii*, propondo ou não a ação penal, fosse permitido que terceiro, alheio à vontade daquele, viesse a juízo proclamar publicamente a existência do fato e ainda autorizá-lo a provar judicialmente.

Cerceamento de defesa: não ocorrência

Não se configura cerceamento de defesa por duas razões: primeira, porque o ordenamento jurídico veda, previamente, o recurso da *demonstratio veri* (ao menos em procedimento próprio); assim, quem ignora essa proibição e não se abstém da imputação assume o ônus da ressalva legal; a segunda razão é que o agente apenas não dispõe desse

"recurso" procedimental para demonstrar a veracidade da imputação, mas pode demonstrar, na instrução criminal, que a sua conduta é *atípica*, por faltar-lhe a elementar normativa, "falsamente".

b) *Nos fatos imputados contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro* — a imputação da prática de fato criminoso, mesmo verdadeiro, velipendiaria a autoridade que desempenha e exporia ao ridículo o Presidente da República, além de levá-lo a um vexame incompatível com a grandeza de seu cargo.

Presidente da República: motivação política

Convém registrar que a calúnia contra o Presidente da República praticada por motivação política configura crime contra a Segurança Nacional (art. 2º, I, combinado com o art. 26 da Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983); se não houver essa motivação política, o crime será comum.

c) *Se o ofendido foi absolvido do crime imputado por sentença irrecorrível — a sentença penal absolutória* transitada em julgado em nenhuma hipótese pode ser revista. Esse caráter *político-jurídico* absoluto que impede a revisão de sentença penal absolutória não pode admitir que qualquer do povo ou qualquer autoridade pública ou privada possa fazer prova contra a *res judicata*. É irrelevante, nessa hipótese, que se trate de crime de ação pública ou privada.

11 Exceção da verdade e foro privilegiado: competência

O STF sustenta que ao juízo do processo de conhecimento original compete produzir a instrução também da exceção da verdade, *competindo ao tribunal somente o julgamento da exceção*. Contudo, o entendimento contrário, sem dúvida, é juridicamente o correto e atende melhor as garantias fundamentais do *excepto*, uma vez que, nessas circunstâncias, também se encontra *sub judice*.

Orientação de Tourinho Filho: processo e julgamento

"A Suprema Corte, contudo, entende competir ao Tribunal apenas o *julgamento* da exceção, mesmo porque o art. 85 fala tão só em julgamento. Evidente que a palavra 'julgamento', aí, compreende também o processo... Oposta e admitida a exceção da verdade, observada a regra do art. 523, passa o Juiz à fase instrutória, e, nesta, vai colher, conglutinadamente, a prova do fato imputado ao réu, na queixa ou denúncia, e a prova atinente à

pretensa veracidade do fato que foi atribuído ao ofendido pelo réu. Da mesma forma que os arts. 29, VIII, e 96, III, da CF, autorizam o Tribunal de Justiça apenas a julgar as pessoas ali indicadas, ninguém ousará dizer que, nesses casos, o *processo* competirá a outro órgão. *Mutatis mutandis*, é o que se dá com o art. 85."

Impossibilidade de cisão da ação e da exceção

O entendimento da Suprema Corte, com a devida vênia, é insustentável, ante a impossibilidade lógica e jurídica de cindir o julgamento da ação e o da exceção, como se fossem autônomas, e a prova de uma não incidisse na outra.

12 Imputação verdadeira de fato criminoso: exceção proibida

Segundo orientação maciça da doutrina brasileira, não sendo admitida a *exceção da verdade*, no caso previsto no inciso II do § 3º do art. 138 do CP, a *falsidade* da imputação é *presumida*; nesses casos, *mesmo sendo verdadeira* a imputação, segundo sustenta, configura-se o crime de calúnia. Ignora que o Direito Penal da culpabilidade é incompatível com *presunções irracionais* e iníquas, que apenas procuram mascarar uma *responsabilidade penal objetiva*, proscrita do Direito Penal moderno.

13 Consequências da proibição da exceção da verdade

O fato de proibir que se faça *a prova da verdade* de fato imputado ao Presidente da República tido como criminoso não cria, *ipso facto*, uma nova figura típica do crime de calúnia, tampouco elimina uma elementar normativa do crime definido no art. 138 do Código Penal: *calúnia é, por definição, uma imputação falsa*.

Imputação verdadeira: conduta atípica

A *calúnia* somente se configura se estiver presente o elemento normativo "falsamente", isto é, a *falsidade* da imputação é elementar do tipo. Isso quer dizer que a *imputação verdadeira* da autoria de um fato definido como crime constitui *conduta atípica*. E ninguém pode responder por um crime — *calúnia* — se a conduta que pratica não se adequar a uma descrição típica — *imputar falsamente.*

Proibição de procedimento especial: a exceção da verdade

A elementar "falsamente" continua a integrar a descrição típica, apenas o

sujeito ativo não dispõe do *procedimento especial* — exceção da verdade — para demonstrar que sua acusação não é falsa; deverá fazê-lo na ação penal, isto é, no processo de conhecimento, normalmente. Isso evita que os "primeiros mandatários" figurem como réus em um processo criminal especial.

Provar inocência em instrução criminal comum

Em outros termos, durante a instrução criminal o acusado tem todo o direito de comprovar que a sua conduta de imputar ao Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro a autoria de um fato definido como crime é *atípica*, isto é, não constitui crime, por não concorrer um dos elementos do tipo, qual seja, a "falsidade da imputação".

Calúnia de fato verdadeiro: aporia do passado

Admitir como *caluniosa* a imputação, a quem quer seja, da autoria de *fato verdadeiro* definido como crime afronta a *razoabilidade*, ignora o *princípio da reserva legal*, cria uma figura esdrúxula de "calúnia de fato verdadeiro"; a *proibição legal* (o crime), segundo esse raciocínio, insere-se não na conduta praticada — caluniar —, mas na espécie do destinatário da imputação, isto é, do sujeito passivo. Assim, o "crime" estaria não na *ação*, "caluniar imputando falsamente", mas na ousadia de indicar quem foi, verdadeiramente, o autor do crime, configurando a mais absurda *heresia jurídico-penal*!

Presidente da República: limitação dos meios de prova

A lei não diz, em lugar algum, que é *calúnia* imputar ao Presidente da República fato verdadeiro definido como crime. Diz, apenas, que quem o fizer não poderá dispor do instituto da exceção da verdade. Só isso! Terá de defender-se normalmente, como nos crimes comuns.

14 Calúnia e denunciação caluniosa

É um erro crasso qualificar como crime contra a honra o lançamento de expressões, reputadas caluniosas, contidas em *notitia criminis* postuladora de instauração de inquérito policial ou similar. Se houver *imputação falsa*, o crime poderá ser, em tese, o de *denunciação caluniosa*, que é de ação penal pública, não o de calúnia, de ação penal, em regra, privada.

15 Crime de calúnia e exercício da advocacia:

incompatibilidade

Faz parte da sua atividade profissional, integra o exercício pleno da ampla defesa esgrimir, negar, defender, argumentar, apresentar fatos e provas, excepcionar, e, na sua ação, falta-lhe o *animus caluniandi*, pois o objetivo é *defender* os direitos de seu constituinte e não acusar quem quer que seja.

Eventuais excessos de linguagem: devem ser relevados

No exercício regular e pleno de sua atividade profissional, eventuais *excessos de linguagem* que, porventura, cometa o advogado, na paixão do debate, não constituem crime de *calúnia* e devem ser relevados, uma vez que são, quase sempre, recursos de defesa, cuja dificuldade da causa justifica ou, pelo menos, elide.

Abuso judicial: sentimento corporativista

O repertório jurisprudencial brasileiro é repleto de condenações ou, pelo menos, de admissão da instauração da ação penal, por crime de calúnia. Em regra, essas ações penais têm no polo passivo membros do Ministério Público ou do próprio Judiciário, aflorando um odioso sentimento *corporativista* arbitrário. Na maioria desses casos, não só a *liberdade de expressão* mas também e, principalmente, o *exercício profissional* sofrem profundo e revoltante *golpe de censura*, com o objetivo único e exclusivo de intimidar.

Impossibilidade de calúnia: ausência de “animus caluniandi”

Regra geral, o advogado, no exercício da sua atividade profissional, não comete crime de calúnia quando, na análise ou defesa de seu constituinte, imputa fato definido como crime a alguém, por faltar-lhe o elemento subjetivo, qual seja, o propósito de ofender.

16 Retratação

A calúnia admite a retratação, antes da sentença (art. 143). *Retratação* é o ato de desdizer-se, de retirar o que se disse. Retratação não se confunde com negação do fato, pois retratação pressupõe o reconhecimento de uma afirmação confessadamente errada, inverídica. A retratação é causa extintiva de punibilidade (art. 107, VI), de caráter pessoal. A extinção da punibilidade decorrente de retratação tem efeitos meramente penais, não impedindo a propositura de ação de reparação de danos (art. 67, II, do

CPP). A retratação, nos crimes contra a honra, é admitida somente na calúnia e difamação, sendo inadmitida na injúria.

17 Pena e ação penal

17.1 Pena cominada

A sanção penal é *cumulativa*, de seis meses a dois anos de detenção e multa, para a modalidade simples (*caput*). Há previsão de duas *majorantes:* em um terço (art. 141, I, II, III) ou *duplicada* (art. 145, parágrafo único).

17.2 Natureza da ação penal

A ação penal, como regra geral (aqui há inversão da regra geral), é de *exclusiva iniciativa privada* (art. 145). Será, porém, *pública condicionada* quando: a) praticada contra Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (a requisição do Ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções (a representação do ofendido) (art. 145, parágrafo único).

18 Questões especiais

O art. 142 prevê as hipóteses de *exclusão dos crimes*, contra a honra, onde não se inclui a calúnia. Quanto à *imunidade parlamentar*, *vide* art. 53 da CF/88. Havendo dúvida na manifestação de alguém, quem se julga ofendido pode pedir *explicação em juízo* (art. 144). Se o sujeito ativo der causa a investigação policial ou processo judicial responderá por *denunciação caluniosa* (art. 339). Não há calúnia se o fato é produto de incontinência verbal decorrente de acirrada discussão.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Calúnia. Art. 138 do CPB. Delito contra honra. Queixa-crime rejeitada. O exercício da ação penal privada não é meio de defesa da imputação de crime feito à querelante, o que está sendo investigado mediante os meios legais disponíveis pelo Conselho Tutelar e, por consequência, pelo Ministério Público” (TJRS, Recurso Crime 71001534510, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 11-2-2008).

“Calúnia. Art. 138 do CPB c/c art. 141, III, do CPB. Afirmação feita no âmbito do processo cível. O processo crime não pode ser usado para constituir prova referente a feito cível com sentença transitada em julgado” (TJRS, Recurso Crime 71001538073, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 21-1-2008).

“Calúnia. Princípio da indivisibilidade da ação penal privada. A renúncia ao direito de queixa em relação a um dos autores da infração penal, por força do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, caracteriza renúncia ao direito de queixa e a todos se estenderá, conduzindo a extinção da punibilidade de todos os envolvidos, observado os termos do art. 49, do CPP” (TJRS, Recurso Crime 71001530716, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 21-1-2008).

“O crime de calúnia prescrito no art. 324 do Código Eleitoral exige finalidade eleitoral para que reste configurado. Sendo o eventual crime de calúnia praticado em conversa privada por candidato ao pleito eleitoral contra pessoa não diretamente interessada nas eleições, e aparentemente sem fins de obter vantagem eleitoral, resta afastada a figura típica especial do art. 324 do Código Eleitoral e subsiste o tipo penal previsto no art. 138 do Código Penal, se for o caso” (STJ, Conflito de Competência 72.445/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12-9-2007).

“Para a caracterização do delito de calúnia, é necessário que a imputação realizada seja falsa e que o réu saiba desta circunstância, bem como que o fato atribuído à vítima seja definido como crime” (STJ, HC 66.867/RR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15-5-2007).

“Ofensas irrogadas em juízo. Não ocorrência do delito de calúnia, se as expressões utilizadas não imputam ao recorrente qualquer prática delitiva abstratamente prevista em lei. Embora possível a configuração do delito de injúria através de tais expressões, o crime fica afastado em aplicação da imunidade judiciária, porque relacionadas com o direito de defesa da parte” (STJ, REsp 885.475/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-4-2007).

“Exceção da verdade ajuizada para afastar os crimes de calúnia e difamação, visando demonstrar que a Excepta, Desembargadora, praticou o crime de prevaricação ao proferir sentenças com vício de suposta parcialidade. O suposto erro *in judicando* do magistrado, por si só, não é capaz de configurar o crime de prevaricação, notadamente se não demonstrado de forma inequívoca o dolo específico de ‘satisfazer interesse ou sentimento pessoal’, sem a qual a conduta torna-se atípica. Precedentes. A Exceção da Verdade não é admitida na hipótese de o Excipiente não demonstrar serem verossímeis as condutas atribuídas ao Excepto” (STJ, ExVerd 50/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-3-2007).

“A pena máxima prevista para o crime capitulado na queixa-crime (art. 138, c.c. art. 141, III, do Código Penal) é superior a dois anos, não se enquadrando, portanto, no conceito de crime de menor potencial ofensivo, mesmo com a ampliação dada pela Lei n. 10.259/01. Competência da Justiça Comum Estadual. Precedentes” (STJ, REsp 822.265/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22-8-2006).

“Calúnia (art. 138, *caput*, do CP) contra funcionário público, em razão de suas funções (art. 141, II, do CP). Ação penal pública condicionada à representação. Queixa-crime, no entanto, recebida. Retratação cabal do querelado antes da sentença. Cabimento. Isenção de pena (art. 143 do CP). Extinção da punibilidade (art. 107, VI, do CP)” (TJRS, Apelação 70011210242, Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 18-8-2005).

Difamação

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

— V. art. 5º, X, da CF.

— V. arts. 519 a 523 do CPP.
— V. art. 325 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).
— V. art. 26 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

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.

— V. art. 85 do CPP.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

A exemplo do crime de calúnia, o bem jurídico protegido é a honra, isto é, a reputação do indivíduo, a sua boa fama, o conceito que a sociedade lhe atribui. A tutela da honra, como bem jurídico autônomo, não é um interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que se interessa pela preservação desse atributo, além de outros bens jurídicos, indispensáveis para a convivência harmônica em sociedade.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem qualquer condição especial. Por ora, a *pessoa jurídica* não está legitimada a praticar este tipo de crime, a despeito da decantada responsabilidade penal desta.

2.2 Sujeito passivo

Igualmente qualquer pessoa pode ser *sujeito passivo*. Os *inimputáveis* também podem ser *sujeitos passivos* do crime de *difamação*, isto é, podem ser difamados, desde que tenham capacidade suficiente para entender que estão sendo ofendidos em sua honra pessoal.

Capacidade de entendimento

Essa capacidade, evidentemente, não se confunde nem com a capacidade civil nem com a capacidade penal, uma vez que o próprio inimputável pode tê-la. *Honra* é um valor social e moral do ser humano, bem jurídico imaterial inerente à personalidade, e, por isso, qualquer indivíduo é titular desse bem, imputável ou inimputável.

Pessoa jurídica: admissibilidade

Contudo, modernamente, vai-se ampliando a corrente que admite a possibilidade de a pessoa jurídica também ser *sujeito passivo* de crimes contra a honra. Vários diplomas legais atribuem essa possibilidade; recordem-se os seguintes: o Decreto n. 4.776, de 1º de outubro de 1942,

considerou “a Nação, o Governo, o regime e as instituições” como vítimas dos crimes de calúnia e injúria.

Pessoa jurídica de direito público

As pessoas jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado podem ser sujeito passivo do crime de difamação. Ninguém ignora os danos e abalos de créditos que as pessoas jurídicas podem sofrer se forem vítimas de imputações levianas de fatos desabonadores do conceito e da dignidade que desfrutam no mercado.

Difamação contra os mortos

Não há previsão legal de crime de *difamação* contra a memória dos mortos, e, *ad argumentandum*, se houvesse, não seriam eles os sujeitos passivos, mas seus parentes, que se sentiriam ultrajados com tal desrespeito. A ausência de previsão legal não pode ser suprida por *analogia* ou *interpretação analógica*.

Exclusão implícita da difamação

Quando o legislador disciplinou o crime de calúnia, criou também a figura da *calúnia aos mortos* (art. 138, § 2º). Essa postura do legislador serve como sinalização de que a “honra dos mortos” não é objeto da tutela geral dos crimes contra a honra, pois, quando desejou abrangê-la, fê-lo expressamente. Assim, se não houvesse a previsão referida relativa à calúnia, ficaria menos difícil sustentar a possibilidade de difamação aos mortos.

Desonrados, infames e depravados

Os *desonrados, infames e depravados* também podem ser sujeitos passivos do crime de difamação, pois a honra é um atributo inerente à pessoa humana, incorporado à sua personalidade, conforme sustentamos quando examinamos o crime de calúnia. O amor próprio e a dignidade humana aprisionam lá no íntimo de cada um esse atributo pessoal, mesmo que não seja reconhecido por mais ninguém.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Difamação é a *imputação* a alguém de *fato ofensivo* à sua reputação. *Imputar* tem o sentido de atribuir, acusar de. O fato, ao contrário da calúnia, não precisa ser *falso* nem ser definido como crime.

Difamar: imputação de fato concreto

Difamar consiste em atribuir fato ofensivo à reputação do imputado — acontecimento concreto —, e não conceito ou opinião, por mais gravosos ou aviltantes que possam ser. No enterro simbólico da vítima, por exemplo, poderá existir injúria, mas nunca difamação, embora, muitas vezes, a difamação absorva a própria injúria, quando ambas resultem de fato único, sendo impossível falar em concurso de crimes ante o princípio da consunção.

Definição de reputação

Reputação é a estima moral, intelectual ou profissional que alguém goza no meio em que vive; reputação é um conceito social. A difamação pode, eventualmente, não atingir essas virtudes ou qualidades que dotam o indivíduo no seu meio social, mas, assim mesmo, violar aquele respeito social mínimo a que todos têm direito. Esse, aliás, é um dos fundamentos pelos quais os desonrados também podem ser sujeito passivo desse crime.

Imputação de fato verdadeiro: funcionário público

A imputação, mesmo verdadeira, de fato ofensivo à reputação configura o crime. Constitui exceção a essa definição a imputação de fato ofensivo verdadeiro a *funcionário público* em razão de suas funções, pois, por razões políticas, não constitui crime, em razão de o Estado-Administração ter interesse em apurar a autenticidade da imputação, que, inclusive, pode constituir falta administrativa, embora não caracterize crime.

Calúnia e difamação: distinção

Assim, enquanto na calúnia há imputação de fato definido como crime, na difamação o fato é somente desonroso, além de a calúnia exigir o elemento normativo da *falsidade* da imputação, que é irrelevante para o crime de difamação, que traz em seu bojo o sentido de *divulgar*, de dar a conhecer.

Conhecimento de terceiro

É indispensável que a imputação chegue ao conhecimento de outra pessoa que não o ofendido, pois é a reputação que o imputado goza na comunidade que deve ser lesada, e essa lesão somente existirá se alguém tomar conhecimento da imputação desonrosa. Com efeito, a reputação de alguém não é atingida e especialmente comprometida por fatos que sejam conhecidos somente por quem se diz ofendido.

Imputação de fato determinado

Para que ocorra a difamação é necessário que o fato seja *determinado* e que essa determinação seja *objetiva*, pois a imputação vaga, imprecisa ou indefinida não a caracteriza, podendo, eventualmente, adequar-se ao crime de injúria. *Difamação* é a imputação de fato, repetindo, fato determinado, individualizado, identificado, e não de defeitos ou de qualidades negativas.

Propalação do ato difamatório

O art. 139, que tipifica a difamação, não contém previsão de "propalar ou divulgar" a difamação, como faz o artigo anterior em relação à calúnia (art. 138, § 1º). À primeira vista, pode parecer que, ante essa omissão, o *propalador ou divulgador* não deve responder pelo crime de difamação. Contudo, essa impressão não é verdadeira, e não se trata de analogia. Ocorre que quem *propala ou divulga* fato desonroso imputado a alguém *difama-o*, isto é, pratica *nova difamação*.

Publicidade da difamação

Não se pode esquecer, ademais, que a *publicidade* da imputação integra proibição legal, pois é indispensável que a conduta *difamatória* chegue ao conhecimento de terceiro, pelo menos, sendo desnecessário um número indeterminado de pessoas. Ora, propalar ou divulgar a difamação produz uma danosidade muito superior à simples imputação, sendo essa ação igualmente muito mais *desvaliosa*.

Propalação: difamador desconhecido

A nosso juízo, pune-se a *ação de propalar* mesmo quando — e até com mais razão — se desconhece quem é o autor da difamação original. E não se diga que esse entendimento fere o *princípio da reserva legal* ou da tipicidade, pois *propalar difamação* de alguém é igualmente *difamar* e, quiçá, com mais eficiência, mais intensidade e maior dimensão.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* do crime de *difamação* é o *dolo* de dano, que se constitui da vontade consciente de difamar o ofendido imputando-lhe a prática de fato desonroso; é irrelevante tratar-se de fato falso ou verdadeiro, e é igualmente indiferente que o sujeito ativo tenha consciência dessa circunstância. O *dolo* pode ser direto ou eventual.

"Animus diffamandi": necessidade

A difamação exige o *especial fim* de difamar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido. A ausência desse especial fim impede a tipificação do crime. Por isso, a simples idoneidade para ofender das palavras é insuficiente para caracterizar o crime, como ocorre, em determinados setores da sociedade, com o uso de palavras de baixo calão, por faltar-lhe o propósito de ofender.

Ausência de "animus diffamandi"

Não há *animus diffamandi* na conduta de quem se limita a analisar e argumentar dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa não traduz a intenção de ofender, a exemplo de todas as hipóteses que referimos relativamente à calúnia.

Variedade de "animus": exclusão da responsabilidade

Em verdade pode existir uma série de *animus* que excluem a "responsabilidade penal" do agente: *animus jocandi* (intenção jocosa, caçoar); *animus consulendi* (intenção de aconselhar, advertir), desde que tenha dever jurídico ou moral de fazê-lo; *animus corrigendi* (intenção de corrigir), desde que haja a relação de autoridade, guarda ou dependência, exercida em limites toleráveis; *animus defendendi* (intenção de defender), que, inclusive, em relação à injúria e difamação, é excluído expressamente pelo art. 142, I, do CP e pelo Estatuto da OAB (art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94).

"Onus probandi": não cabe à vítima

Contudo, não cabe à vítima o ônus de provar que o fato desonroso tenha sido praticado intencionalmente, mas quem o imputou deve demonstrar a ausência do *animus diffamandi*.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime de difamação quando o conhecimento da imputação chega a uma terceira pessoa, ou seja, quando se cria a condição necessária para lesar a reputação do ofendido.

Conhecimento exclusivo da vítima

A difamação não se consuma quando apenas a vítima tem ciência da

imputação ofensiva, pois não é o aspecto interno da honra que é lesado pelo crime, mas o externo, ou seja, a sua reputação perante a sociedade. Por isso, é indispensável a publicidade, caso contrário não existirá ofensa à "honra objetiva".

5.2 Tentativa: admissibilidade

Normalmente, o crime de difamação não admite a tentativa, embora, em tese, ela seja possível, dependendo do *meio* utilizado, a exemplo da calúnia: por meio de *escrito*, por exemplo, quando já não se tratará de crime unissubsistente, existindo um *iter criminis* que pode ser fracionado.

Difamação verbal: inadmissibilidade de tentativa

Se, porém, o meio utilizado for a *fala*, entre a emissão da voz e a percepção pelo interlocutor não há espaço para fracionamento. A difamação verbal não admite tentativa. Aliás, a situação é exatamente a mesma do crime de *calúnia*, pois são crimes do mesmo gênero e da mesma espécie e que podem ser realizados pelos mesmos meios; enfim, a afinidade entre ambos é total.

6 Classificação doutrinária

Crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não sendo exigida nenhuma condição ou qualidade especial do sujeito ativo; a difamação é *crime formal*, pois, apesar de descrever ação e resultado, não exige que este se verifique para o crime consumar-se, ou seja, consuma-se independentemente de o sujeito ativo conseguir obter o resultado pretendido, que é o dano à reputação do imputado; *instantâneo*, consuma-se no momento em que a ofensa é proferida ou divulgada; *comissivo*, não pode ser praticado por meio de conduta omissiva; *doloso*, não há previsão de modalidade culposa. Pode ser, finalmente, *unissubsistente* (via oral), completando-se com ato único, e *plurissubsistente* (por escrito), encerrando um *iter*, que permite fracionamento (elaboração do escrito e recepção do conteúdo pelo destinatário).

7 Figuras majoradas

Os crimes contra a honra, com exceção da injúria (real), não têm formas qualificadas; somente algumas *figuras majoradas* se o fato é cometido:

contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; contra funcionário público, em razão de suas funções; na presença de três ou mais pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa (art. 141, I, II e III), ou, ainda, quando é praticado mediante paga ou promessa de recompensa (art. 145, parágrafo único).

8 Forma culposa

Não há previsão de modalidade culposa.

9 Retratação

A difamação admite a retratação, antes da sentença (art. 143). *Vide* o que foi dito no mesmo item em relação ao crime de calúnia.

10 Exceção da verdade: impossibilidade, em tese

Ninguém tem o direito de invadir a privacidade de ninguém, intrometendo-se na vida alheia, e, evidentemente, muito menos propalar ou divulgar o que outrem faz ou deixa de fazer. Por isso, a imputação de qualquer fato que atinja a honra de alguém tipificará o crime de difamação, e o agente não tem o direito de demonstrar que o fato é verdadeiro, pois o Estado não confere a ninguém o direito de arvorar-se em censor da honra alheia. Como na difamação não há imputação de fato definido como crime, o Estado não tem interesse em saber o que as pessoas andam dizendo ou divulgando.

Funcionário público: admissibilidade

A difamação somente admite *exceção da verdade* quando o fato ofensivo é imputado a *funcionário público* e relacione-se ao exercício de suas funções, pois, nesse caso, o Estado tem interesse em saber se seus funcionários exercem suas funções com dignidade e decoro. Ademais, o servidor público deve ficar exposto à censura, razão pela qual se admite a *exceptio veritatis*.

Funcionário público: fatos da vida privada

O fato desonroso imputado a funcionário público somente admite a exceção da verdade se estiver relacionado ao exercício da função pública; caso contrário, isto é, se a imputação versar sobre fatos relativos à vida

privada do funcionário, a *demonstratio veri* não será admitida.

Ofensiva relativa ao exercício das funções

"Se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções", exige a presença de dois fatores, simultaneamente: *que a ofensa relacionada ao exercício das funções públicas seja contemporânea à condição de funcionário público*. Assim, se o ofendido deixar o cargo após a consumação do fato imputado, o *sujeito ativo* mantém o direito à *demonstratio veri*.

11 Exceção da notoriedade

Determinado segmento doutrinário tem sustentado que não se justifica punir alguém porque repetiu o que todo mundo sabe e todo mundo diz, pois está caracterizada sua *notoriedade*. Segundo Tourinho Filho, "se o fato ofensivo à honra é notório, não pode o pretenso ofendido pretender defender o que ele já perdeu, e cuja perda caiu no domínio público, ingressando no rol dos fatos notórios".

Notoriedade do fato: irrelevância

Quando o Código Penal proíbe a *exceção da verdade* para o crime de difamação, está englobando a exceção da notoriedade; em segundo lugar, a notoriedade é inócua, pois é irrelevante que o fato difamatório imputado seja falso ou verdadeiro; em terceiro lugar, ninguém tem o direito de vilipendiar ninguém.

Exceção da verdade: meio de prova

A *exceção da verdade*, enquanto meio de prova, é prevista pelo Código Penal, ou seja, é instituto de direito material; o Código de Processo Penal limita-se a disciplinar o seu procedimento, como faz em relação a própria ação penal e demais institutos.

Exceção de notoriedade

O Código Penal, isto é, o direito material, não prevê a indigitada exceção de notoriedade, ou seja, ela não foi consagrada pelo atual direito material brasileiro; logo, não existe como instituto autônomo de prova. A simples referência à exceção de notoriedade feita pelo Código de Processo Penal não tem o condão de criá-la, pois, pela orientação adotada pelo nosso sistema repressivo, ao direito adjetivo compete somente disciplinar o uso dos institutos existentes; no caso, só existe a exceção da verdade.

Desonrado: princípio da insignificância

No entanto, muito excepcionalmente, a desonra do imputado pode ser tanta, tão generalizada e a destruição moral ser tão devastadora, como o famoso exemplo do *Ébrio* de Vicente Celestino, que a notoriedade pode representar a *insignificância da ofensa* e, como tal, excluir a tipicidade da imputação.

Exceção de notoriedade: calúnia

O art. 523 do CPP, que refere, *à vol d'oiseau*, a exceção de notoriedade, integra o capítulo que disciplina o procedimento de calúnia e injúria. Essa constatação encerra a conclusão inevitável de que o procedimento ali previsto destina-se exclusivamente à calúnia, pois a difamação, regra geral, não admite aquela exceção. Logo, não se pode invocá-la como excludente.

12 Pena e ação penal

12.1 Pena cominada

A sanção penal é *cumulativa*, de três meses a um ano de detenção e multa. Pode ser *majorada em um terço*, se o fato é cometido contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; contra funcionário público em razão de suas funções; na presença de três ou mais pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa (art. 141, I, II e III), ou *duplicada*, quando é praticada mediante paga ou promessa de recompensa (art. 145, parágrafo único).

12.2 Natureza da ação penal

A *ação penal*, como regra geral (nos crimes contra a honra há inversão da regra geral), é de *exclusiva iniciativa privada* (art. 145). Será, porém, *pública condicionada* quando: a) praticada contra Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (a requisição do Ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções (a representação do ofendido) (art. 145, parágrafo único).

13 Questões especiais

O art. 142 prevê as hipóteses de exclusão do crime. O art. 7º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (EOAB) ampliou a imunidade do advogado. E quanto à

imunidade parlamentar *vide* art. 53 da CF/88.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Difamação, art. 139, *caput* c/c 141, II, ambos do Código Penal. Imprescindível para a configuração do delito de difamação que esteja presente o elemento subjetivo do tipo penal, que é o dolo, ou seja, a intenção consciente de ofender alguém. A comunicação de fato ou reclamação de fato, com pedido de providências à autoridade não configura o delito de difamação, havendo apenas o *animus narrandi*, tratando-se de fato atípico” (TJRS, Recurso Crime 71001530344, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 21-1-2008).

“Difamação. Rejeição da denúncia. Decadência. O *dies ad quem* relativo ao prazo de decadência para o oferecimento de queixa inicia-se quando o ofendido tem ciência inequívoca de quem é o autor do crime. Na hipótese em que os fatos tidos por criminosos constem do voto proferido em sessão de julgamento na qual a vítima estava ausente, a mera publicação do respectivo acórdão não é suficiente à comprovação de que a vítima tenha tomado conhecimento de prática de crime e de sua autoria na data de circulação do *Diário da Justiça*. Nos crimes contra a honra, inexistindo tipicidade em tese de condutas descritas como criminosas, inclusive porque ausente o dolo específico descaracterizando o crime, mesmo em tese, a denúncia deve ser rejeitada” (STJ, Apn 488/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17-10-2007).

“Injúria e difamação contra cirurgião plástico. Termos usados pela paciente em comunicação ao CRM. *Animus diffamandi e injuriandi*. Inexistência. No tocante aos crimes de difamação e injúria, restou evidenciada, no caso concreto, a atipicidade do fato ante a falta do elemento subjetivo consubstanciado no propósito de ofender a reputação do médico e sua esposa, ou a sua dignidade e decoro” (STJ, HC 43.955/PA, Rel. Min. Paulo Medina, j. 3-8-2006).

“Difamação. Art. 21 da Lei n. 5.250/67. Princípio da correlação. Embora o fato delituoso atribuído ao querelado esteja capitulado no art. 139 do Código Penal, a sua condenação por incurso nos termos do art. 21 da Lei n. 5.250/67 não viola o princípio da correlação, porquanto dos fatos narrados se extrai a divulgação da difamação através de jornal, incidindo no caso a Lei de Imprensa. *Animus Diffamandi*. O texto jornalístico publicado, ao insinuar que o querelante utilizou dinheiro público em seu próprio benefício, revela a intenção de atingir a sua reputação, a sua imagem como pessoa e homem público, de modo que caracterizado está o crime de difamação. *Exceptio veritatis* inviável ao caso, pois o ofendido não mais era funcionário público ao tempo da difamação” (TJRS, Apelação 70012003356, Rel. Roque Miguel Fank, j. 21-12-2005).

“Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no C. Penal. A própria difamação, *ex vi legis* (art. 139 do C. Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal), não se inclui a pessoa jurídica no polo passivo e, assim, especificamente (Cap. IV do Título I), só se protege a honra das pessoas físicas (Precedentes)” (STJ, AgRg no Ag 672.522/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4-10-2005).

Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

— V. arts. 107, IX, e 120 do CP.

I — quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

— V. art. 65, III, *c*, do CP.

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 3 (três) meses a 1 (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:

— § 3º com redação dada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Pena — reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

— V. art. 5º, X, da CF.

— V. arts. 256, 519 a 523 do CPP.

— V. art. 326 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

— V. art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O objeto da proteção, neste crime, também é a *honra*. A diferença é que, neste dispositivo, para aqueles que adotam essa divisão, trata-se da *honra subjetiva*, isto é, a pretensão de respeito à dignidade humana, representada pelo sentimento ou concepção que temos a nosso respeito. O próprio texto legal encarrega-se de limitar os aspectos da honra que podem ser ofendidos: a *dignidade* ou o *decoro*, que representam atributos morais e atributos físicos e intelectuais, respectivamente.

Dúvida: imputação de fato ou de qualidade negativa

Havendo dúvida razoável relativamente à atribuição de fato ou qualidade negativa, o intérprete deve optar pela injúria, não apenas por ser a figura

menos grave das três que lesam a honra, mas especialmente por ser a mais abrangente, pois toda calúnia ou difamação injuriam o destinatário, mas nenhuma injúria o calunia ou o difama. Com essa opção não se corre o risco de lesar ou ignorar o princípio da tipicidade.

Injúria real: honra e incolumidade física

A *injúria real*, definida no § 2º do art. 140, é um dos chamados crimes complexos, reunindo sob sua proteção dois bens jurídicos distintos: a honra e a integridade ou incolumidade física de alguém. Contudo, destacadamente, o *bem* visado e atingido, prioritariamente, é a honra pessoal. A *violência* ou *vias de fato* representam somente os meios pelos quais se busca atingir o fim de injuriar, de ultrajar o desafeto.

Honra pessoal: valor imaterial

O valor mais precioso que o agente objetiva atingir é imaterial, é interior, superior à própria dor ou sofrimento físico que o agente possa sentir, é o seu valor espiritual, a própria alma, é aquilo que interiormente o motiva a continuar a aventura humana na Terra: a sua honra pessoal. O corpo, a saúde, a integridade ou incolumidade são atingidos reflexamente.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime de injúria pode ser qualquer pessoa, sem qualquer condição especial. A pessoa jurídica, segundo o entendimento doutrinário-jurisprudencial mais aceito, não está legitimada a praticar este tipo de crime, apesar do crescimento do entusiasmo pela responsabilidade penal.

Sujeito passivo

Qualquer pessoa, igualmente, pode ser *sujeito passivo*, inclusive os inimputáveis. No entanto, relativamente aos inimputáveis, com cautela se deve analisar casuisticamente, pois é indispensável que tenham a capacidade de entender o caráter ofensivo da conduta do sujeito ativo, isto é, devem ter consciência de que está sendo lesada sua dignidade ou decoro.

Pessoas jurídicas

Ainda predomina o entendimento segundo o qual a pessoa jurídica não possui honra subjetiva e, por isso, não pode ser sujeito passivo do crime de injúria, embora se admita que os titulares da pessoa jurídica podem ter a honra lesada, nessas circunstâncias, passando à condição de vítimas do

crime.

Injúria aos mortos: impossibilidade

Os mortos, ao contrário do que ocorre com o crime de calúnia, não podem ser *injuriados*. O Código Penal atual ab-rogou a previsão contida no Código Penal de 1890 (art. 324), e a ausência de previsão legal, criminalizadora, não pode ser suprida por analogia ou mesmo por interpretação extensiva. No entanto, quem denegrir a memória do morto poderá estar injuriando o vivo, reflexamente.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. A injúria é essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno.

Injúria, calúnia e difamação

Na injúria, ao contrário da calúnia e da difamação, não há imputação de fatos, mas emissão de conceitos negativos sobre a vítima, que atingem esses atributos pessoais, a estima própria, o juízo positivo que cada um tem de si mesmo.

Dignidade e decoro

Dignidade é o sentimento da própria honorabilidade ou valor social, que pode ser lesada com expressões tais como: “bicha”, “ladrão”, “corno” etc. *Decoro* é o sentimento, a consciência da própria respeitabilidade pessoal; é a decência, respeitabilidade que a pessoa merece e que é ferida quando, por exemplo, se chama alguém de “anta”, “imbecil”, “ignorante” etc. Dignidade e decoro abrangem os atributos morais, físicos e intelectuais.

Conhecimento do ofendido: suficiência

É preciso que a *injúria* chegue ao conhecimento do ofendido ou de qualquer outra pessoa, pois a ofensa proferida ou executada que não chega ao conhecimento de ninguém não existe juridicamente.

Injúria e falta de educação

A injúria nem sempre decorre do sentido literal do texto ou das expressões proferidas, que, não raro, precisam ser contextualizadas para se

encontrar seu verdadeiro sentido. É indispensável que seja lesado um mínimo daquela consideração e respeito a que todos têm direito. Por isso, não se deve confundir injúria com grosseria, incivilidade, reveladoras somente de falta de educação.

Espécies de injúria

A injúria pode ser: *imediata* (quando proferida pelo próprio agente); *mediata* (quando se utilizar outro meio ou outra forma para executá-la: uma criança, um papagaio repetindo ofensas etc.); *direta* (quando se refere ao próprio ofendido); *indireta* ou *reflexa* (quando, ofendendo alguém, atinge-se também terceiro); *explícita* (quando é induvidosa); *equívoca* (quando se reveste de incertezas, de vacilações).

Injúria simples

A *injúria simples* pode ser praticada de qualquer forma: gestos, palavras, símbolos, atitudes, figuras etc. A injúria pode ser praticada por todos os meios idôneos para manifestar o pensamento.

Injúria qualificada

Se for empregada violência ou vias de fato na sua execução, com caráter aviltante, configurar-se-á *injúria real*, que é uma *forma qualificada* desse crime. Se tiver o propósito de discriminar, poderá configurar a injúria preconceituosa, outra forma de injúria qualificada.

Injúria por meio de omissão

A injúria também pode ser praticada por meio da omissão, como no exemplo lembrado por Magalhães Noronha: se uma pessoa chega a uma casa, onde várias outras se acham reunidas, e cumprimenta-as, recusando, entretanto, a mão a uma que lhe estende a destra, injuria-a.

Imputação de fatos vagos ou genéricos

Embora no crime de injúria não haja imputação de fatos, como ocorre na calúnia e na difamação, quando, no entanto, tratar-se de imputação de fatos vagos, genéricos, difusos, de difícil identificação, caracteriza-se a injúria. Assim, por exemplo, afirmar que alguém não costuma honrar seus compromissos; é pouco afeito ao trabalho etc.

Contra pessoa determinada

Por fim, é indispensável que a vítima seja pessoa determinada, embora não seja necessária a sua identificação nominal, sendo suficiente que seja possível a sua identificação com certa facilidade.

Contra determinada coletividade

Quando a ofensa é dirigida a determinada coletividade de razoável extensão equipara-se a pessoa indeterminada, como se fora, por exemplo, proferir uma injúria contra “os comunistas”, “os pretos”, “os católicos” etc.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* do crime de injúria é o *dolo de dano*, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido atribuindo-lhe um juízo depreciativo. A consciência tem de ser atual, isto é, existir no momento próprio da ação, sem o qual não se poderá falar em crime doloso.

“Animus injuriandi”: necessidade

Além do dolo, faz-se necessário o *elemento subjetivo especial do tipo*, representado pelo *especial fim* de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si só, são insuficientes para caracterizar o crime de injúria.

Incontinência verbal: mera discussão

Em acalorada discussão, por falta do elemento subjetivo, não há injúria quando as ofensas são produto de incontinência verbal. Enfim, como referimos nos crimes anteriores, a existência de qualquer outro *animus* distintos do *animus ofendendi* exclui o crime contra a honra.

Injúria preconceituosa

Na *injúria preconceituosa* deve estar presente especialmente a consciência de que ofende a honra alheia em razão de *raça, cor, etnia, religião* ou *origem*.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime de injúria quando a ofensa irrogada chega ao conhecimento do ofendido. Ao contrário da difamação e da calúnia, para consumar-se não é necessário que alguém além da vítima tenha conhecimento da imputação ofensiva, pois não é o aspecto externo da honra que é lesado pelo crime, mas o interno, ou seja, aquele sentimento de valor

e respeito que cada um deve ter de si próprio, isto é, a autoestima.

Proferida diretamente à vítima: irrelevância

É irrelevante que a injúria seja proferida pessoal e diretamente à vítima; pode chegar a seu conhecimento por intermédio de terceiro ou de qualquer meio de correspondência ou envio de mensagens modernas.

Injúria e desacato

Sendo o ofendido funcionário público, e o fato tendo sido praticado na sua presença e em razão da função, poderá configurar o crime de *desacato* (art. 331), desde que o sujeito ativo conheça a circunstância de tratar-se de funcionário público.

5.2 Tentativa: admissibilidade restrita

O crime de injúria não admite a tentativa, embora, em tese, ela seja possível, dependendo do *meio* utilizado, a exemplo da calúnia e da difamação: por meio de *escrito*, por exemplo, quando já não se tratará de crime unissubsistente, existindo um *iter criminis* que pode ser fracionado. A injúria pode ser *plurissubsistente* (por escrito), encerrando um *iter* que permite fracionamento (elaboração do escrito e recepção do conteúdo pelo destinatário).

Injúria real: possibilidade

A injúria real, particularmente, admite a tentativa, quando, por exemplo, a violência ou as vias de fato aviltantes não se consumam por circunstâncias estranhas à vontade do agente.

Injúria verbal: impossibilidade de tentativa

Se for praticada por meio da *fala*, entre a emissão da voz e a percepção pelo interlocutor não há espaço para fracionamento. Logo, a injúria verbal também não admite tentativa. Aliás, a situação é exatamente a mesma dos crimes de *calúnia e difamação*, pois são crimes do mesmo gênero e da mesma espécie, e que podem ser realizados pelos mesmos meios; enfim, a afinidade entre os três é muito grande.

6 Classificação doutrinária

Crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não sendo exigida nenhuma condição ou qualidade especial do sujeito ativo; a injúria é *crime formal*, pois, apesar de descrever ação e resultado, não é necessário

que a vítima se sinta ofendida com as atribuições depreciativas que sofre, sendo suficiente que a conduta injuriosa tenha idoneidade para ofender alguém de discernimento; ou seja, consuma-se independentemente de o sujeito ativo conseguir obter o resultado pretendido, que é o dano à dignidade ou ao decoro do ofendido; *instantâneo*, consuma-se no momento em que a ofensa chega ao conhecimento do ofendido; *comissivo*, realiza-se com uma ação de fazer; dificilmente poderá ser praticado por meio de conduta omissiva, embora doutrinariamente seja admissível; *doloso*, somente pode ser executado sob a forma dolosa, não havendo previsão de modalidade culposa.

Injúria real: crime complexo

Trata-se, em regra, de crime simples, pois atinge somente um bem jurídico, a honra pessoal ou profissional; na injúria real, contudo, o crime é complexo, ofendendo dois bens jurídicos: a *honra*, que, *in casu*, é o bem jurídico principalmente visado, e a integridade física, secundariamente visada.

7 Exceção da verdade: inadmissibilidade

A injúria é o único crime que em hipótese alguma admite a exceção da verdade, pois, como vimos na calúnia, sua admissão é a regra, na difamação, exceção, quando for praticado contra funcionário público em razão do exercício de suas funções.

Injúria: não há imputação de fato

Desnecessário repetir que nos crimes de calúnia e difamação há a imputação de fato (definido como crime, no primeiro; somente desonroso, no segundo), enquanto na injúria não há imputação de fato, mas atribuição de conceito depreciativo ao ofendido.

Juízo depreciativo: irrelevância da veracidade

Se é natural que fatos possam ser provados, o mesmo não ocorre com a atribuição de "qualidades negativas" (defeitos) a alguém, *sob pena de consagrar-se o direito à humilhação alheia*. Por outro lado, nunca é demais repetir, a *veracidade* ou *autenticidade* dos juízos depreciativos que maculam a honra subjetiva do ofendido é absolutamente irrelevante para a caracterização da injúria.

8 Perdão judicial: definição

Perdão judicial é o instituto por meio do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias expressamente determinadas (exs.: arts. 121, § 5º; 129, § 8º; 140, § 1º, I e II; 180, § 5º, 1ª parte; 240, § 4º, I e II; 242, parágrafo único; 249, § 2º). Na legislação especial também se encontram algumas hipóteses de perdão judicial.

Perdão judicial: direito público subjetivo

Embora as opiniões dominantes concebam o *perdão judicial* como mero benefício ou favor do juiz, entendemos que se trata de *um direito público subjetivo de liberdade* do indivíduo, a partir do momento que preenche os requisitos legais. Ademais, é inconcebível que uma causa extintiva de punibilidade fique relegada ao *puro arbítrio judicial*. Deverá, contudo, ser negado quando o réu não preencher os requisitos exigidos pela lei.

Hipóteses do perdão judicial

Relativamente aos crimes contra a honra, o Código Penal prevê a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena somente para o crime de injúria, nos seguintes casos: a) *quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;* b) *no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria*, que passamos a examinar.

Fundamento do perdão judicial

Reconhecendo que a *injúria* foi assacada em momento de irritação, com alteração emocional, causada pelo ofendido, irrefletidamente, o legislador reconhece o beneplácito do *perdão judicial*. No entanto, a provocação deve ser direta e pessoal, ou seja, deve ser praticada na presença do ofensor, caso contrário não será admitida a isenção de pena, pois o ofensor terá tempo para refletir e pensar em outra solução.

9 Provocação reprovável e retorsão imediata

As duas hipóteses, embora semelhantes, são inconfundíveis: na *provocação reprovável* há somente uma injúria, a de quem reage à provocação, pois a conduta do provocador não assume a condição de injúria, caso contrário haveria retorsão; na *retorsão imediata*, por sua vez, há *duas injúrias*, a inicial, a originadora do conflito, que é revidada com outra injúria.

Injúria contra injúria: retorsão

Convém destacar que para existir retorsão é fundamental a existência de duas injúrias, real ou formal, isto é, não poderá haver a figura da retorsão de uma injúria contra outro crime qualquer, pois o texto legal fala em "retorsão imediata, que consista em *outra injúria*". Nada impede que possa existir retorsão, a nosso juízo, na *injúria real*, desde que não se ignore o princípio da proporcionalidade, ou, nesse caso, talvez até seja mais adequado falar *da razoabilidade*.

Provocação e agressão

Provocação não se confunde com *agressão*, e a grande diferença reside na intensidade de ambas. A *provocação* não constitui crime, não chega ao nível de injúria, caso contrário estaríamos diante da *retorsão*; mas deve ser suficientemente desagradável, inoportuna e capaz de afetar o equilíbrio emocional do ofensor a ponto de levá-lo a retorquir a provocação proferindo a ofensa à dignidade ou ao decoro do provocador.

9.1 Provocação reprovável e provocação justa

O texto legal deixa muito claro que a *provocação* tem de ser *reprovável*, ou seja, censurável, injusta, não autorizada em lei. Logo, não a constituem o *exercício regular de direito* ou o *estrito cumprimento de dever legal*, a menos que não observem seus requisitos, agindo de forma ofensiva. Ora, provocação *justa* não é reprovável!

Provocação e proporcionalidade

Na hipótese de *provocação*, não há exigência de *proporcionalidade* absoluta, embora não seja tolerável uma absoluta *desproporcionalidade* entre a provocação e a injúria proferida, pois a complacência do legislador não pode servir de oportunidade para aproveitadores, insensíveis e difamadores vingarem-se ou simplesmente exteriorizarem o mal que encerram dentro de si, quando algum ingênuo ou inculto indivíduo, por exemplo, com sua ação temerária, oportunize essa benevolência legal.

9.2 Retorsão imediata: presença dos protagonistas

A provocação deve ser pessoal e direta, além, é claro, de censurável, ao passo que, como veremos, a retorsão deve ser imediata, pressupondo, nos dois casos, a necessidade da presença dos protagonistas para possibilitar a reação.

Retorsão imediata: outra injúria

A segunda hipótese de *perdão judicial*, nos crimes contra a honra, consiste na *retorsão imediata*, que é outra injúria, como se fora uma modalidade *light* do "olho por olho, dente por dente", ou seja, injúria por injúria, desde que haja relação de imediatidade, isto é, sem intervalo de tempo entre uma e outra.

Retorsão imediata e legítima defesa

A *retorsão imediata* não se confunde com *legítima defesa*, pois quando aquela tem lugar o crime de injúria já está consumado, algo impensável em termos de legítima defesa, cujo requisito temporal exige a *iminência ou atualidade* da agressão, que não se confunde com agressão passada. A reação do agredido, para caracterizar a *legítima defesa*, deve ser sempre *preventiva*, visando impedir o início ou prosseguimento da agressão. Na retorsão, a "agressão" já findou, consumou-se a injúria.

Injúria prolongada e legítima defesa

Pode até haver uma pequena *confusão* entre legítima defesa e retorsão, no caso, por exemplo, quando a *retorsão* reage a uma *injúria prolongada*, que, se não for interrompida, produzirá dano ainda maior, v. g. alguém fica proferindo publicamente um "arsenal" de impropérios ou então com violência ou vias de fato, cuja ação apresenta um *iter criminis* que, inclusive, pode alongar-se além do normal.

Injúria real e legítima defesa

Na *injúria real*, é bem mais fácil a admissibilidade da legítima defesa, quando, por exemplo, a retorsão imediata ocorrer antes de consumar-se a violência, estando presente o requisito da *atualidade ou iminência*, requerida pela excludente. Nesses casos, não é necessário que se espere o término definitivo da injúria para retorqui-la, e, em o fazendo enquanto está sofrendo essa agressão, não deixa de caracterizar-se, ao mesmo tempo, uma legítima defesa.

Retorsão imediata e desforço imediato

A *retorsão imediata*, consistente em outra injúria, na verdade, assemelha-se mais ao *desforço imediato*, excepcionalmente permitido, na *defesa da posse*. Com efeito, a defesa da posse, pelo desforço imediato, autorizada pelo art. 502 do Código Civil, é um bom exemplo de *exercício regular de direito*, no caso de *esbulho possessório*, uma vez que o desforço

realiza-se após a consumação do esbulho, sem o requisito da *atualidade*. Se houver esse requisito, será hipótese de *turbação da posse* e poderá caracterizar a legítima defesa da posse. *Desforço imediato* e *retorsão imediata* identificam-se pelo *requisito temporal* da imediatidade, que significa logo após.

Natureza jurídica da retorsão

Logo, a *natureza jurídica* da retorsão imediata é *exercício regular de um direito*, instituído pelo dispositivo em exame e à luz do qual deve ser examinado.

Retorsão e proporcionalidade

No caso da retorsão, mais que na provocação reprovável, a *proporcionalidade* assume importância relevante; não que se devam medir milimetricamente as *ofensas*, mas é inadmissível, por exemplo, retorquir uma *injúria comum* com uma *injúria real* ou, principalmente, com uma *injúria preconceituosa*. A desproporção e o abuso são flagrantes, e esse "aproveitamento" da situação é incompatível com os fins do Direito Penal.

10 Compensação de injúrias

A *retorsão imediata* não se confunde com *compensação de injúrias*, a não ser no plano puramente comportamental. No plano jurídico, essa compensação não existe, na medida em que o *perdão judicial* disciplinado no § 1º do art. 140 somente pode ser concedido àquele que respondeu com injúria à injúria que lhe havia sido atribuída. Quem proferiu a *injúria retorquida* deverá ser condenado sem qualquer benefício legal, pois foi sua a iniciativa e sua conduta criminosa desenvolveu-se livremente, sem uma *motivação especial* como a de quem responde à ofensa que sofre.

Injúria real contra injúria real, legítima defesa e provocação

A questão não é tão simples como pode parecer, demandando uma reflexão mais detida. Pode tratar-se de simples *retorsão* de uma injúria real já consumada com outra do mesmo gênero, pode tratar-se de resposta a uma provocação, mas pode também caracterizar uma excludente tradicional de criminalidade, como, por exemplo, legítima defesa.

Injúria real: possibilidade de legítima defesa

A natureza do crime da injúria real permite, em tese, a possibilidade de ocorrer *legítima defesa*, quando, por exemplo, a injúria real é praticada para

evitar que outra, do mesmo gênero, aconteça. Deve-se observar, no entanto, que os requisitos da excludente têm de fazer-se presentes, como a iminência ou atualidade da injúria que se quer evitar, que não tenha sido provocada por quem reage, que haja moderação na repulsa etc.

Injúria consumada: impossibilidade de legítima defesa

Mas se a injúria que se quer responder já se consumou, não se pode falar em legítima defesa, por faltar-lhe um requisito fundamental: *iminência ou atualidade* da ofensa. Resultando, contudo, lesões corporais graves cumuladas com injúria real, nenhum dos figurantes terá, quanto àquelas, qualquer benefício.

Concurso de crimes: possibilidade

Na última hipótese mencionada, já estaremos diante da *retorsão,* ou seja, a *injúria real* está revidando outra já *consumada* (falta o requisito da *iminência ou atualidade* para a legítima defesa), que também exige cautela na sua análise, pois os fatos podem assumir qualificações jurídicas distintas. Se houve, de parte a parte, somente *vias de fato*, a conjugação de dispositivos é uma, e, se houve *lesões corporais leves* cumuladas com a injúria real, os dispositivos serão outros. E, por fim, se resultaram *lesões corporais graves*, a consequência será absolutamente diferente.

§ 1º: interpretação extensiva

As previsões do § 1º têm inteira aplicação às hipóteses dos dois parágrafos seguintes. Assim, no primeiro caso das formulações que propusemos — com *vias de fato* recíprocas — aplica-se a previsão do inciso II do § 1º do art. 140: ou seja, "o juiz pode deixar de aplicar a pena, *no caso de retorsão imediata, que consiste em outra injúria*"; no segundo — com *lesões corporais leves* recíprocas —, os dispositivos aplicáveis a ambos (ofendidos e ofensores) são o art. 129, § 5º, II (em relação à pena pelas lesões corporais), e o art. 140, § 1º, II (em relação à pena pela injúria real).

Provocação: retribuição com injúria real

E quando o *provocad*o se limita a retribuir com *injúria real* por meio de *vias de fato*? Haveria algum benefício ao ofensor ou não? O ofendido, provocador, que se limitou à provocação, não praticou qualquer crime contra o ofensor. Em razão da provocação, relativamente à injúria real, o *ofensor* pode beneficiar-se da previsão contida no § 1º, I, se a provocação,

claro, puder ser definida como “de forma reprovável”, exigida pela lei; caso contrário, essa complacência legal não terá aplicação.

Provocação: retribuição com lesões graves

Em relação às lesões graves, o *ofensor* não terá qualquer benefício, por falta de previsão legal. Nenhuma das *lesões* — leves ou graves — inclui-se na expressão “violência” contida na descrição típica da injúria real; para as *leves*, há a previsão do art. 129, § 5º, II, enquanto para as *graves* não há qualquer previsão semelhante; ao contrário: a previsão que beneficia as lesões corporais leves exclui, expressamente, as lesões graves (“não sendo graves as lesões”).

11 Injúria real (qualificada)

Injúria real é a que é praticada mediante violência ou vias de fato, *que, por sua natureza ou pelo meio empregado,* consideram-se aviltantes. Para caracterizá-la é necessário que tanto a violência quanto as vias de fato sejam, em si mesmas, *aviltantes*.

Violência ou vias de fato

A despeito do meio utilizado — *violência ou vias de fato* —, o atual Código Penal situa a injúria real entre os crimes contra a honra, como uma espécie *sui generis* de injúria qualificada, atribuindo, corretamente, prevalência ao bem jurídico que o sujeito ativo pretende ofender.

Violência ou vias de fato e injúria real: distinção

Tanto a *violência* quanto as *vias de fato* necessitam ter sido empregadas com o *propósito de injuriar*, caso contrário subsistirá somente a ofensa à integridade ou à incolumidade pessoal. A distinção entre uma figura delituosa e outra reside exatamente no *elemento subjetivo do tipo* que distingue uma infração da outra, ainda que o fato objetivo seja o mesmo.

Sentido e natureza da violência

O termo *violência* empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis.* Não é necessário que a violência utilizada seja irresistível ou idônea para produzir graves danos; basta que possa ser definida como violência e tenha condições de *produzir* lesões corporais (não precisa, necessariamente, produzi-la).

Grave ameaça: não caracteriza injúria real

A *grave ameaça*, isto é, a violência moral (*vis compulsiva*), não está incluída como elementar da injúria real, pois quando o legislador deseja integrá-la o faz expressamente. Com efeito, sempre que o Código Penal usa a expressão "violência" sem a alternativa "ou grave ameaça" está excluindo a violência moral, limitando-se à violência física.

Vias de fato: definição

Vias de fato caracterizam-se pela prática de atos agressivos, sem *animus vulnerandi*, dos quais não resultem danos corporais. É a inexistência de lesões corporais aliada à ausência de *animus laedendi* que caracteriza a ofensa em vias de fato. Em outros termos, pode-se considerar *vias de fato* a ação violenta contra alguém com intenção de causar-lhe um mal físico, sem, contudo, feri-lo. Por exemplo: safanões, troca de empurrões ou mesmo de alguma bofetada, sem causar lesão corporal ou qualquer resultado danoso à saúde ou à integridade física.

Injúria real: necessidade do "animus injuriandi"

A ausência do propósito de ofender, na injúria real, levará o agente a responder somente pelo crime de *lesões corporais* (art. 129 do CP) ou pela contravenção de *vias de fato* (art. 21 da LCP), se estiverem devidamente caracterizados.

Natureza aviltante da ação

Além da violência ou vias de fato e do elemento subjetivo, é indispensável que as duas elementares referidas sejam em si mesmas ultrajantes, isto é, *que por sua natureza ou pelo meio empregado* — diz a lei — *sejam aviltantes*.

Exemplos de vias de fato

Raspagem de cabelo, chicotada, puxões de orelhas ou de cabelos, cuspir em alguém ou em sua direção, um tapa no rosto de pessoas adultas etc. O tapa no rosto da vítima, especialmente com a mão aberta ou com as costas da mão, traz em sua essência o desprezo, a demonstração de prepotência, de superioridade, ferindo mais a dignidade humana do que a própria integridade física.

Violência ou vias de fato: cumulação de penas

O § 2º determina a aplicação da pena que comina, além da pena correspondente à violência. A *contravenção*, se existir, será naturalmente absorvida pela injúria real, o que não ocorre com eventual crime

concorrente. Neste último caso, as penas devem ser aplicadas cumulativamente.

Concurso formal impróprio

Não há concurso material de crimes, como pode parecer. Na verdade, há concurso formal, em razão da unidade comportamental do agente, caracterizador dessa modalidade de *concursus delinquentius*; há somente a aplicação do *sistema de cumulação de penas*, em razão dos *desígnios autônomos* que orientaram a prática delitiva, nos termos do art. 70, *caput*, segunda parte.

12 Violência e lesões corporais: distinção

A *violência*, como elementar da *injúria real*, não se confunde com lesão corporal, caso contrário o legislador tê-lo-ia dito, como o fez em relação às *vias de fato*. É possível empregar violência, isto é, força física, gestos abruptos, exercendo-os injuriosamente, isto é, desrespeitosamente, sem, contudo, tipificar-se *lesões corporais*.

Injúria real: crime único e pena única

Há "cumulação compulsória" de pena na injúria real, enquanto crime complexo, pois, a exemplo do *roubo*, do *estupro* etc., há a violação de dois bens jurídicos (honra e incolumidade física), mas representando somente uma *unidade delitiva;* ou seja, haverá apenas um crime quando a violência não ultrapassar o umbral que lesa a integridade física do ofendido, aplicando-se somente a pena correspondente ao crime contra a honra.

Eventual concurso com lesões corporais

Quando a *violência aviltante* constituir, em si mesma, crime, nesse caso (e somente nesse caso) aplicar-se-ão cumulativamente as penas da injúria e do crime correspondente à violência. Com a devida vênia, essa é a interpretação que se pode dar ao dispositivo em exame, sem violentar a teoria do tipo penal.

13 Injúria preconceituosa (qualificada)

A Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, criou um novo tipo do crime de injúria, nos seguintes termos: "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem. Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa". Posteriormente, a Lei n. 10.741, de 1º de

outubro de 2003, acrescentou a menção à “condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Fundamento político da injúria racial

O fundamento político da alteração legislativa reside no fato de que a prática de crimes descritos na Lei n. 7.716/89 (preconceito de raça ou cor) não raro era desclassificada para o crime de injúria. O legislador, em sua política criminalizadora, resolveu dar nova fisionomia às condutas tidas como racistas e definiu-as como injuriosas, com exagerada elevação da sua consequência jurídico-penal.

Proteção jurídica preconceituosa

Há grande desproporção na proteção do bem jurídico *honra*, nesta modalidade, e na proteção de outros bens jurídicos, dentre os quais o bem jurídico *vida*, que, no *homicídio culposo*, recebe menor punição: a pena, isoladamente aplicada, é de *detenção*, de um a três anos, ao passo que, nesta modalidade de injúria, é de *reclusão* (a mesma quantidade) cumulada com multa. Na verdade, a própria proteção jurídica é preconceituosa.

13.1 Condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência

Custa crer na possibilidade de injuriar-se alguém por sua condição de idoso ou portador de deficiência; contudo, se ocorrer, conhecendo o agente tal circunstância, inegavelmente aumenta a desvalia da ação injuriosa, justificando-se a maior reprovação.

14 Dolo e elemento subjetivo especial do tipo

Para a configuração da *injúria por preconceito*, é fundamental, além do *dolo* representado pela vontade livre e consciente de injuriar, a presença do *elemento subjetivo especial do tipo*, constituído pelo *especial fim* de discriminar o ofendido, por razão de *raça*, *cor*, *etnia*, *religião*, *origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*.

Equívocos e excessos condenáveis

Têm-se cometido equívocos deploráveis com a nova lei, pois simples desentendimentos têm gerado prisões e processos criminais de duvidosa legitimidade, especialmente quando envolvem policiais negros e se invoca, sem qualquer testemunho idôneo, a prática de “crime de racismo”; ou então simples discussões rotineiras ou em caso de mau atendimento ao público,

quando qualquer das partes é de cor negra: invoca-se logo “crime de racismo”, independentemente do que tenha realmente havido.

Cautela redobrada na avaliação

Recomenda-se, mais que nos outros fatos delituosos, extrema cautela para não se correr o risco de inverter a discriminação preconceituosa, com o uso indevido e abusivo da proteção legal. Enfim, recomenda-se muita cautela para se evitar excessos e coibir as transgressões legais efetivas sem contribuir para o aumento das injustiças.

15 Pena e ação penal

15.1 Pena cominada

A sanção penal, para a figura simples, é *alternativa*, detenção de um a seis meses, ou multa (*caput*); na injúria real, é *cumulativa*, detenção de três meses a um ano e multa, além da pena correspondente à violência (§ 2º); finalmente, a injúria por preconceito é sancionada, *cumulativamente*, com *reclusão* de um a três anos e multa (§ 3º).

15.2 Natureza da ação penal

A ação penal, a exemplo da calúnia e da difamação, como regra geral, é *de exclusiva iniciativa privada* (art. 145); será, no entanto, *pública condicionada* (art. 145, parágrafo único) quando: a) praticada contra Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (com requisição do Ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções (com representação do ofendido). A terceira exceção à regra geral, segundo o texto legal, ocorre quando, na *injúria real*, da violência resultar *lesão corporal* (arts. 140, § 2º, e 145, *caput*, segunda parte). Essa é uma peculiaridade exclusiva da injúria, que os outros crimes contra a honra — calúnia e difamação — não têm.

Lei n. 9.099/95: influência do art. 88

O art. 88 da Lei n. 9.099/95 estabelece que a lesão corporal leve ou culposa é de ação pública condicionada à representação. Assim, é indispensável que se estabeleça uma distinção entre lesão corporal leve e lesão corporal grave ou gravíssima: no caso da primeira, a ação penal será *pública condicionada à representação*; no caso das outras lesões, será *pública incondicionada*. Mas, nesta hipótese, há mais uma ressalva a fazer:

a ação penal será pública incondicionada somente em relação às lesões, uma vez que em relação à injúria mantém-se a exclusiva iniciativa privativa do ofendido ou seu representante legal.

Injúria e lesões: litisconsórcio ativo

Na realidade, nessa hipótese, havendo interesse do ofendido em propor a ação privada pelo crime de injúria, cumulativa com a ação pública (condicionada, por lesões leves; incondicionada, por lesões graves), ocorrerá *litisconsórcio ativo* entre o ofendido e o Ministério Público. Por fim, a injúria nunca será crime de ação pública incondicionada, mesmo quando da violência resultar lesão corporal grave.

16 Pena e ação penal da injúria por preconceito

16.1 Pena cominada

Um a três anos de reclusão e multa. Referida sanção equipara-se à sanção aplicável ao *homicídio culposo*, afora a existência de eventual majorante que pode duplicá-la, ferindo o princípio da proporcionalidade, que, tradicionalmente, vem sendo ignorado em toda a última década.

16.2 Natureza da ação penal: iniciativa privada

A Lei n. 9.459/97, que criminalizou a *injúria preconceituosa*, equivocou-se quanto à *natureza da ação penal* correspondente: a despeito do rigor sancionatório (a mesma pena de um homicídio culposo, isso sem as majorantes), manteve-a de *exclusiva iniciativa privada*. Trata-se de postura discriminatória do legislador, que ao "desincumbir-se" de uma missão espinhosa, "deu com uma mão e tirou com a outra": criminalizou a conduta, mas não impôs a obrigatoriedade da ação penal!

17 Questões especiais

A testemunha que depõe não pratica injúria, a menos que seja visível a intenção de injuriar. Em discussão, por falta do elemento subjetivo, não há injúria quando as ofensas são produto de incontinência verbal. A *injúria* pode configurar, em determinadas circunstâncias, os crimes de *desacato* (art. 331) ou *ultraje a culto* (art. 208).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Injúria. Como afirmou a Magistrada, analisando a prova do processo, para condenar o recorrente pela prática do crime de injúria, ‘As afirmações de que a querelante estaria agindo de forma desonrosa, retratando o seu desequilíbrio, com gesto desleal, impensado, leviano e mal-intencionado... sem dúvidas ofende sua honra subjetiva e caracteriza a hipótese de injúria... as expressões empregadas pelo querelado, sem necessidade, foram além da argumentação e de levar àquele juízo fatos e informações do interesse da demanda. As ofensas constantes... contaram com o dolo de diminuir, de ferir, de machucar, ofendendo a honra da querelante’” (TJRS, Apelação 70019684505, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 30-10-2007).

“Os crimes de difamação e injúria prescritos, respectivamente, nos arts. 325 e 326 do Código Eleitoral exigem finalidade eleitoral para que restem configurados. Sendo os eventuais crimes de difamação e injúria praticados em conversa privada por candidato ao pleito eleitoral contra pessoa não diretamente interessada nas eleições, e aparentemente sem fins de obter vantagem eleitoral, restam afastadas as figuras típicas especiais dos arts. 325 e 326 do Código Eleitoral e subsistem os tipos penais previstos nos arts. 139 e 140 do Código Penal, se for o caso” (STJ, Conflito de Competência 72.448/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12-9-2007).

“O crime do art. 20, da Lei n. 7.716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, § 3º, do CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade). No caso em tela, a intenção dos réus, em princípio, não era precisamente depreciar o passageiro (a vítima), mas salientar sua humilhante condição em virtude de ser brasileiro, *i.e.*, a ideia foi exaltar a superioridade do povo americano em contraposição à posição inferior do povo brasileiro, atentando-se, dessa maneira, contra a coletividade brasileira. Assim, suas condutas, em tese, subsumem-se ao tipo legal do art. 20 da Lei n. 7.716/86” (STJ, RHC 19.166/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 24-10-2006).

Disposições comuns

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.

— Inciso IV acrescentado pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

— V. art. 65, III, *e*, do CP.

Parágrafo único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

Exclusão do crime

Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

I — a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

— V. art. 133 da CF.

II — a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

— V. art. 5º, IX, da CF.

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.

Retratação

Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

— V. art. 107, VI, do CP.

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.

Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n. I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n. II do mesmo artigo.

— V. art. 100, §§ 1º e 2º, do CP.

— V. art. 5º, II, do CPP.

D O U T R I N A

1 Formas majoradas dos crimes contra a honra

Os crimes contra a honra, com exceção da injúria, não têm *figuras qualificadas*. No entanto, circunstâncias de *especial gravidade* relativas à condição ou qualidade do sujeito passivo, ou mesmo em relação ao modo, meio ou motivo da ação, podem autorizar a *elevação da pena* aplicável. Essas hipóteses (art. 141), que não se confundem com qualificadoras, são *causas de aumento*.

"Quantum" de aumento

Referidas causas permitem a elevação da pena aplicada em um terço, mas, se o fato for cometido *mediante paga ou promessa de recompensa*, o parágrafo único autoriza a duplicação da pena imposta.

2 Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro

Essa proteção "reforçada" da honorabilidade do Presidente da República estende-se expressamente a "chefe de governo estrangeiro" por razões não apenas de política criminal mas também de política diplomática, que objetivam as boas relações internacionais. Enfim, a alta relevância política da função exercida pelo Presidente da República, primeiro mandatário da Nação, justifica essa majoração legal.

Fundamento político da majorante

Basicamente, as mesmas razões que impedem a utilização do instituto da *exceção da verdade* nos crimes praticados contra a honra do Presidente da República e de chefe de governo estrangeiro justificam a *majoração da pena*, considerando-se a alta relevância política das funções que exercem.

Chefe de governo estrangeiro

A interpretação do sentido ou da abrangência da locução "chefe de governo estrangeiro" *em se tratando de majorante* não pode ter a mesma liberalidade interpretativa concedida quando funciona como causa de exclusão da exceção da verdade. Questionam-se simplesmente os limites das garantias históricas do Direito Penal, que não podem ser violadas a nenhum título ou pretexto e sob nenhum fundamento político ou jurídico sem macular a própria Constituição Federal.

Chefe de governo e chefe de Estado

Para impedir a *exceção da verdade*, admitimos a ampliação do sentido da expressão "chefe de governo" para abranger "chefe de Estado" (art. 138, § 2º), porque objetiva preservar a honorabilidade dessa autoridade; mas essa ampliação interpretativa, contudo, será impossível para *majorar a pena* (art. 141, I), por violar o *princípio da reserva legal*, algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

3 Contra funcionário público, em razão de suas funções

É indispensável que, no momento do fato, o ofendido ostente a qualidade de *funcionário público* e que a ofensa lhe tenha sido dirigida em razão de suas funções, ou seja, é necessária uma espécie de vínculo ou de relação entre o ato ofensivo e a função exercida pelo ofendido.

Relação de causa e efeito: função pública e ofensa

Deve, enfim, haver entre o exercício da função pública e a ofensa irrogada uma relação de causa e efeito, sendo insuficiente a simples condição de funcionário público ou simples oportunidade.

Ofensa à atividade particular

Quando a ofensa referir-se à vida particular do funcionário público, sem qualquer relação com a função pública que desempenha, a agravante não existe. Igualmente, quando a ofensa ocorrer após a demissão do cargo ou função pública, não se há que falar na majorante, pois não existe a atualidade da função, exigida pela lei.

Funcionário público: honra pessoal

O *bem jurídico protegido é a honra pessoal*, no caso, do funcionário público, que, por ostentar essa condição, merece maior proteção, e não do Estado, que tampouco é o ofendido da história.

Administração Pública: ofensa mediata

Mediatamente, porém, a própria Administração acaba sendo atingida no seu prestígio e honorabilidade, e só por isso se justifica a majoração penal. A ofensa ao funcionário público não atinge somente a sua dignidade pessoal, mas também, por extensão, o prestígio da própria função pública que exerce.

Ofensa à honra e desacato

Se, por fim, a ofensa é proferida na presença ou diretamente ao funcionário público, no exercício da função ou em razão dela, o crime deixa de ser contra a honra para tipificar o desacato (art. 331), que é crime contra a Administração Pública.

4 Na presença de várias pessoas

Na presença de várias pessoas significa de um grupo indeterminado: ilimitado no máximo e que contenha no mínimo três, excluídos autores e vítima. Na realidade, toda vez que o Código Penal se refere a pluralidade de pessoas se contenta com duas; por isso, *várias pessoas* não podem ser menos de três.

Exclusão dos incapazes

É indispensável que as várias pessoas possam ouvir, perceber, entender ou presenciar a manifestação ofensiva. Assim, não integram o cômputo mínimo aquelas pessoas que, por deficiência de sentidos, forem incapazes de "testemunhar" a ofensa, por exemplo, o cego, o surdo, o louco, a criança inocente etc. ou quando a ofensa é proferida em idioma que os presentes desconhecem.

Situação de perigo: potencialidade divulgadora

Este inciso prevê, como majorante, uma situação de perigo e não de dano, que pode ser caracterizada de duas formas: *na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da ofensa*. Qualquer dessas formas possibilita a ocorrência de maior dano ao ofendido pela maior facilidade de divulgação da ofensa irrogada.

Idoneidade para divulgar

Não é necessário que a ofensa seja *divulgada*, sendo suficiente que qualquer das formas empregada seja idônea para divulgá-la, pois, como dissemos, estas configuram situação de perigo e não de dano.

Consciência da pluralidade de pessoas

O agente deve estar ciente da existência da pluralidade de pessoas presentes. Se, por qualquer razão, mesmo em lugar público, a diversidade de pessoas não foi ou nem poderia ser vista ou não era do conhecimento do agente, a majorante não se configura, pois não fora abrangida pelo dolo.

5 Meio que facilita a divulgação da ofensa

São meios que facilitam a divulgação: escrito e pichações em vias públicas e muros, pintura, escultura, disco, alto-falante etc. *Meios de divulgação*, por excelência, são aqueles que constituem a denominada *imprensa*, também conhecidos como "meios de comunicação".

Desnecessidade da efetiva divulgação

Não é necessário que a divulgação tenha efetivamente ocorrido; basta o emprego de meio capaz de facilitar a divulgação. Mas, não se pode esquecer, é preciso que o meio utilizado tenha condições de facilitar a divulgação, ou seja, precisa ser usado de modo que crie o *perigo* de divulgação, caso contrário a majorante é inaplicável.

6 Condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência

O legislador apenas repete neste dispositivo a mesma majorante que acrescentou para o crime de *injúria*. É indispensável, convém registrar, que o sujeito ativo conheça as condições da vítima, quer de pessoa idosa (inclusive que é maior de sessenta anos), quer de portadora de deficiência. O desconhecimento de tais condições afasta o dolo do agente.

7 Mediante paga ou promessa de recompensa

Nos crimes contra a honra, a *paga ou promessa de recompensa* é excepcionalmente elevada à condição de *causa de aumento de pena*. Trata-se do chamado *crime mercenário*, que sempre revela maior torpeza do agente, tornando-o merecedor de maior reprovação penal. Nesse caso, em que a pena aplicada deve ser dobrada, mandante e executor respondem igualmente pelo crime com pena majorada.

Paga ou promessa: distinção

Esta majorante não exige *habitualidade*, sendo suficiente a sua eventual ocorrência. Pode apresentar-se sob duas formas: *paga ou promessa*; na primeira, há o recebimento efetivo; na segunda, há o compromisso de recompensar. A recompensa normalmente é monetária, nada impedindo, porém, que possa assumir outra natureza de vantagem economicamente apreciável.

8 Consentimento do ofendido: afasta a tipicidade

O *consentimento do ofendido*, a despeito de algumas divergências, exclui a própria tipicidade da conduta ofensiva (alguns autores sustentam que é a antijuridicidade que fica excluída). Mas somente o titular do bem lesado pode consentir, e não seu representante legal.

9 Renúncia e perdão: excluem a punibilidade

A *renúncia* ou o *perdão*, que não deixam de significar uma espécie de *consentimento*, ainda que tardiamente manifestado, excluem apenas a punibilidade, porque o crime já se aperfeiçoou.

10 Causas especiais de exclusão de crimes

Além dessas *causas justificantes* comuns a outras infrações penais, nestes crimes podem existir *circunstâncias especiais* capazes de, excepcionalmente, justificar a prática da conduta geralmente ofensiva. Essas *causas especiais de exclusão de crime* estão relacionadas no art. 142 do CP.

10.1 Natureza jurídica das excludentes especiais

Há três correntes: 1ª) *causas de exclusão de pena*, subsistindo, portanto, a estrutura criminosa da conduta; 2ª) *causas de exclusão da antijuridicidade*, quando subsistiria a tipicidade do fato, sendo, excepcionalmente, afastada somente a contrariedade ao direito em razão dessas circunstâncias que legitimariam a ação; 3ª) *causas de exclusão da tipicidade*, ante a ausência do *animus vel diffamandi*, que não ignora, porém, a possibilidade da exclusão da ilicitude do fato. Na verdade, as duas últimas acepções praticamente se confundem ou se complementam.

10.2 Nossa posição: exclusão de crime

Com efeito, a *exclusão é de crime* (e não de pena): ou desaparece a *tipicidade* (pela falta do *animus ofendendis*) ou desaparece a *antijuridicidade*, pela excepcional autorização da prática de uma conduta típica, para preservar interesse social relevante. As excludentes aqui relacionadas referem-se somente à *difamação* e à *injúria*, não abrangendo a calúnia, como já referido.

10.3 Natureza constitutiva da previsão do art. 142

Os preceitos contidos no art. 142 do CP são *constitutivos*, pois criam o fundamento das *causas especiais* de exclusão do crime. Não são puramente *declaratórios*, isto é, não têm a finalidade exclusiva de lembrar ao julgador que a ofensa perde o caráter de antijurídica quando constitui meio adequado para atingir um fim permitido. Seria paradoxal adjetivar de *ilícito* um *meio justo* utilizado para um fim justo, para só, finalmente, afirmar que a pena é inaplicável ante a especial autorização legal da conduta.

10.4 Excludentes especiais e elemento subjetivo

Como se exige o dolo para a configuração do tipo, exige-se igualmente o mesmo *dolo de agir autorizadamente*. Não estará, por exemplo, amparado em legítima defesa quem agir movido por vingança, ainda que se comprove, a seguir, que a vítima estava prestes a sacar sua arma para matá-lo. Em outras palavras, só age em legítima defesa quem o faz com *animus defendendi*. A presença do elemento subjetivo afasta o *desvalor da ação*, pois, na verdade, age conforme ao direito.

10.5 Consciência e vontade de agir corretamente

Não basta que ocorra objetivamente a excludente de criminalidade, mas é necessário que o autor saiba e tenha vontade de atuar de forma autorizada, de forma juridicamente permitida, ou seja, nos moldes em que lhe assegura o art. 142. Quem, por exemplo, age movido por ódio, vingança ou simplesmente com o propósito de ofender, à evidência, não pode acobertar-se sob uma pretensa “imunidade” penal.

11 Espécies de excludentes especiais

a) *Ofensa irrogada em juízo (I):* para que haja a exclusão, a ofensa deve relacionar-se diretamente com a causa em questão. É também conhecida como *imunidade judiciária*. Incluem-se como partes: autor, réu, litisconsorte, interveniente. Prevalece o entendimento majoritário doutrinário-jurisprudencial de que a exclusão não inclui as ofensas irrogadas contra o juiz, embora o *Supremo* tenha recomendado *tolerância* dos juízes (STF, *RTJ*, *87*:854).

b) *Crítica literária, artística ou científica (II):* a crítica prudente, fundamentada, não traz em seu bojo conteúdo ilícito, seja de natureza literária, artística ou científica. Essa avaliação crítica faz parte da *liberdade*

de expressão, que está no mesmo nível da própria expressão literária, artística e científica, que, hoje, não encontra censura oficial. A imunidade não é aplicável quando for inequívoco o propósito de ofender.

c) *Conceito desfavorável emitido por funcionário público (III):* esta imunidade aplica-se somente quando o conceito for emitido no cumprimento de dever de ofício. "É indispensável que se trate de ato praticado no cumprimento de dever funcional, ou seja, no desempenho de suas funções legais, dentro das atribuições do funcionário".

11.1 Ofensa irrogada em juízo (I) — imunidade judiciária

Para que haja a exclusão, a ofensa deve relacionar-se diretamente com a causa em questão. Logo, dois requisitos precisam fazer-se presentes: a) *que a ofensa seja irrogada em juízo;* b) *que se relacione com a causa em discussão.* Assim, é indispensável uma relação causal entre o embate e a ofensa.

Fundamento político da imunidade judiciária

A excludente, neste caso, justifica-se por duas razões básicas: de um lado, para assegurar a mais *ampla defesa* dos interesses postos em juízo, sem o receio de que determinado argumento ou determinada expressão possa ser objeto de imputação criminal; de outro lado, a veemência dos debates, o ardor com que se defende esses direitos pode resultar, eventualmente, em alusões ofensivas à honra de outrem, embora desprovidas do *animus ofendendi*.

Ampliação constitucional da imunidade do advogado

A Constituição Federal de 1988 ampliou a imunidade do advogado, à semelhança do parlamentar, declarando-o "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (art. 133 da CF). Os limites e o conteúdo dessa inviolabilidade abordaremos em tópico especial, sob a rubrica *imunidade profissional*.

Limites subjetivos da imunidade judiciária

O texto legal refere-se expressamente à "parte ou seu procurador". Parte é qualquer dos sujeitos da relação processual: autor, réu, litisconsorte e interveniente etc.; *procurador*, por sua vez, é o representante legal da parte com *capacidade postulatória*, ou seja, o advogado, que "é indispensável à administração da justiça" (art. 133 da CF, 1ª parte).

Ministério Público enquanto parte

O Ministério Público é parte e se faz representar por um de seus órgãos. Expressões ofensivas podem ser trocadas entre as partes ou dirigidas por estas a qualquer outro, mesmo estranho à relação processual, desde que se relacionem com a causa em debate.

Outros agentes processuais: exclusão

Outros "agentes processuais", como, por exemplo, juiz, escrivão, perito, testemunha, não estão acobertados pela imunidade judiciária, podendo, eventualmente, resguardar-se pelo inciso III, na condição de funcionários públicos, ou, ainda, pelo art. 23, III (1ª parte), desde que ajam no "estrito cumprimento de dever legal".

Ofendido estranho à relação processual

Como o texto legal não refere que a injúria ou difamação deve ser dirigida contra a parte contrária ou seu procurador, não exclui a imunidade, mesmo quando a ofensa é dirigida contra alguém estranho à relação processual (exemplo: testemunha, perito ou qualquer terceiro), desde que haja conexão com a causa em discussão. Essa ausência de restrição legal vem a adequar-se ao princípio da ampla defesa.

Ofensa contra o juiz da causa

A imunidade judiciária abrange inclusive a ofensa que é irrogada contra o *juiz da causa*. O Poder Judiciário tem demonstrado grande dificuldade em absorver a inviolabilidade do *advogado*, quando, no exercício da profissão, profere ofensa dirigida a magistrado, embora o *Supremo Tribunal Federal* tenha recomendado *tolerância* dos juízes (STF, *RTJ, 87*:854).

Ofensa contra juiz da causa: entendimento doutrinário

Damásio de Jesus: "A interpretação da disposição, ao contrário do que entende pacificamente a jurisprudência, não conduz à conclusão de que a exclusão da ilicitude não alcança a hipótese de ofensa irrogada ao juiz, na discussão da causa. O tipo permissivo não faz nenhuma restrição à pessoa ofendida". Heleno Cláudio Fragoso, referindo-se à jurisprudência contrária: "Trata-se de distinção inadmissível, que cria uma exceção não prevista em lei".

Inviolabilidade profissional: em juízo ou fora dele

Segundo a Constituição, o advogado é "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (art. 133). E a

lei determina que “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...” (art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94).

Exclusão do juiz: ranço corporativo proscrito

A partir desse diploma legal, aquele entendimento jurisprudencial majoritário segundo o qual as ofensas irrogadas contra o juiz não eram abrangidas pela imunidade penal do art. 142 encontra-se completamente superado em relação ao advogado, a despeito da reticente posição do Supremo Tribunal Federal.

Imunidade constitucional do advogado: limites

A Constituição (art. 133) e a Lei n. 8.906/94 (art. 7º, § 2º) estabelecem os limites que devem ser respeitados pelos nossos pretórios, especialmente pela Corte Suprema, que é o seu guardião. Aquele entendimento superado, a nosso juízo equivocado, restringe-se à parte, não podendo alcançar o advogado, que passou a ter *imunidade* semelhante à do parlamentar. Eventual excesso, ressalva a Lei n. 8.906/94, estará sujeito às “sanções disciplinares”.

Imunidade profissional: constitucionalidade

A imunidade atribuída ao advogado, disciplinada pela Lei n. 8.906/94, que inclui o crime de *desacato*, no exercício profissional, em juízo ou fora dele, é absolutamente *constitucional*, e não há nenhuma ilegitimidade no fato de não ser estendida essa inviolabilidade aos demais sujeitos da relação processual, especialmente às partes do processo. Aliás, o advogado não é parte, mas procurador, e a *inviolabilidade profissional* foi reconhecida somente a ele (art. 133) e não às partes, pela própria Constituição.

Fundamento da imunidade constitucional

O constituinte brasileiro percebeu a dificuldade do mister exercido pelo advogado e do múnus público que assume no patrocínio da busca da Justiça, reconhecendo a necessidade de assegurar-lhe a inviolabilidade de suas manifestações quando no exercício desse múnus, em juízo ou fora dele. O Ministério Público e o juiz têm suas próprias garantias constitucionais, que tampouco se estendem ao advogado e nem por isso são inconstitucionais.

"Imunidades" judiciárias e inviolabilidade do advogado

Assim como a *vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos* são inerentes às atividades do Judiciário e do Ministério Público, esta, a *inviolabilidade profissional*, agora assegurada pela Constituição Federal, é igualmente inerente à atividade profissional do advogado, aliás reconhecido pela própria Constituição Federal como "indispensável à administração da justiça" (art. 133, 1ª parte).

No exercício da atividade: em juízo ou fora dele

A Lei n. 8.906/94, inegavelmente, ampliou a imunidade do advogado, que, pelo Código Penal, limitava-se às "ofensas irrogadas em juízo". No entanto, a *atividade postulatória* é exercida em todos os pleitos em que alguém precise ou queira fazer-se representar por advogado, em juízo ou fora. Não se trata de inviolabilidade ilimitada; ao contrário, o seu limite está contido na própria lei, qual seja, "no exercício da atividade profissional".

Limites éticos e jurídicos da inviolabilidade

Busca-se com a *inviolabilidade profissional* assegurar o exercício de uma advocacia ética e indispensável à *administração da justiça*, que não se confunde com autorização para, levianamente, usar os meios de comunicação de massa para realizar verdadeiros "debates processuais", com linguagens desnecessárias e inadequadas, resvalando, não raro, para ataques pessoais. Advogados, magistrados e o Ministério Público ninguém está autorizado a abusar dos meios de comunicação, deslocando o cerne do processo, sob a *falácia da publicidade dos atos processuais*.

11.2 Crítica literária, artística ou científica (II)

Obras literárias, artísticas ou científicas estão, naturalmente, sujeitas a exame, análise ou avaliação críticas, das quais o autor não pode subtrair-se, a menos que prefira mantê-las inéditas. A crítica prudente, fundamentada, realizada com *animus criticandi*, não traz em seu bojo conteúdo ilícito, seja de natureza literária, artística ou científica.

Crítica da obra e do autor

O fato é que o CP admite o exame crítico, por mais severo que seja, não apenas de determinada obra, mas da produção geral, e, inclusive, da capacidade do próprio autor, desde que elaborada com a linguagem necessária e suficiente para exprimir o pensamento do crítico.

Inequívoco propósito de ofender

O CP ressalva que a imunidade não é aplicável quando for inequívoco o propósito de ofender. Não seria ético nem justo permitir que o literato, o artista ou o cientista ficassem expostos ao ataque irresponsável e impune à sua dignidade e reputação por parte de quem quer que desejasse criticá-los.

11.3 Conceito desfavorável emitido por funcionário público (III)

Por vezes, o funcionário público pode ser levado a usar termos ou expressões ofensivos, mas necessários ao fiel relato dos fatos ou argumentos. É indispensável, para o bom exercício da função pública, conceder essa proteção ao servidor, que tem o dever legal de informar ou relatar, com seriedade e exatidão, o que seu cargo ou função lhe atribui.

Limites da imunidade: dever de ofício

Esta imunidade aplica-se somente quando o conceito for emitido no cumprimento de dever de ofício e, ainda, quando representar meio adequado ao exercício de um dever funcional, caso contrário ultrapassará os limites do *estrito dever legal*.

Adequação do meio ao fim pretendido

A *imunidade funcional* limita-se ao objeto do relatório, da informação, da comunicação ou parecer e nos limites do necessário; não há liberdade para ultrajar mesmo em nome do "dever de ofício", quando se mostrar desnecessário, desarrazoado ou prepotente. Em outros termos, deve-se atentar para a *adequação do meio ao fim pretendido*.

Necessidade da ausência do propósito de ofender

Se a ofensa não tiver relação direta com o ato funcional, mas com o propósito de ofender, não se caracteriza a excludente especial, como, por exemplo, aquele que estiver relatando ou informando sobre determinado indivíduo aproveitar a oportunidade para tecer considerações desairosas sobre terceiro ou mesmo relativas ao próprio "relatado".

"Animus ofendendi": descaracteriza a imunidade

Em qualquer das excludentes, inclusive da *imunidade profissional*, quando há a inequívoca intenção de ofender, é insustentável pretender que a conduta seja protegida pela imunidade do art. 142, sendo irrelevante a inexistência, nos incisos I e III, da ressalva constante do inciso II, conforme já demonstramos acima.

Publicidade da injúria e da difamação

Responde pela injúria ou difamação quem dá *publicidade*, nas hipóteses dos itens I e III, isto é, o parágrafo único do art. 142 refere-se somente à ofensa irrogada em juízo e ao conceito desfavorável emitido por funcionário público no exercício de seu dever funcional.

12 Exclusão do crime de calúnia

A imunidade contida no dispositivo em exame refere-se somente à difamação e à injúria, não abrangendo a calúnia. O Código Penal dispensa-lhe, no entanto, tratamento democrático: *não lhe concede imunidade, mas permite a exceção da verdade!* É justo, pois ou o ofensor prova a veracidade da acusação ou responde por ela, sem imunidade.

13 Retratação: definição

Retratação é o ato de desdizer-se, de retirar o que se disse. Retratação não se confunde com *negação do fato* ou *negativa de autoria*, pois retratação pressupõe o reconhecimento de uma afirmação confessadamente errada, inverídica. É necessário que o agente se desdiga, isto é, retire expressamente o que afirmara. Pela *retratação* o agente reconsidera a afirmação anterior e, assim, procura impedir o dano que poderia resultar da sua falsidade.

Injúria: não admite retratação

A retratação, nos crimes contra a honra, é admitida somente na calúnia e difamação, sendo inadmitida na injúria.

13.1 Falsa perícia e falso testemunho

A retratação ou *declaração da verdade* também exclui a punibilidade na *falsa perícia* ou no *falso testemunho*. A declaração da verdade é o meio de corrigir o silêncio com o qual o agente a ocultou (art. 342, § 3º). Nesta hipótese, a retratação deve ser completa e ocorrer antes da publicação da sentença no processo em que ocorreu a falsidade.

13.2 Efeitos da retratação

Os efeitos decorrentes da retratação são limitados à área criminal, não havendo nenhum reflexo no plano indenizatório, por exemplo. O próprio

Código Penal encarrega-se de definir a *natureza jurídica* da retratação ao relacioná-la como *causa extinta da punibilidade* (art. 107, VI).

Extinção da punibilidade: política criminal

Foram razões puramente de *política criminal* que levaram o legislador de 1940 a optar por atribuir o efeito extintivo da punibilidade à retratação cabal e definitiva levada a efeito antes da sentença. Nesse sentido, admitimos o entendimento de Hungria, segundo o qual "A *retratação* é uma espécie de arrependimento eficaz (art. 13) que se opera após o *eventus sceleris*".

13.3 Forma, conteúdo e momento processual da retratação

a) Forma e conteúdo da retratação

Não há exigência de qualquer formalidade para a validade da retratação. É suficiente que seja por escrito, nos autos; deve ser completa, cabal, isto é, abrangendo tudo o que o ofensor disse contra o ofendido, e incondicional. Sua incondicionalidade justifica-se por ser ato unilateral e produzir efeitos independentemente da aceitação da vítima. Pode ser feita pelo próprio ofensor ou por seu procurador com poderes especiais para esse fim.

Concurso de pessoas: incomunicabilidade

É uma circunstância subjetiva, de caráter pessoal, que não se comunica aos demais participantes, na hipótese de concurso de pessoas. Em se tratando de concurso de crimes, calúnia e difamação, a retratação produz seus efeitos somente em relação ao crime (ou fato) a que se refere.

Concurso de crimes: retratação de alguns

Havendo dois crimes, o agente pode retratar-se em relação a um e manter a imputação em relação a outro, sem que isso sirva para invalidar a retratação, e essa individualização tampouco pode ser entendida como retratação parcial, condicional ou incompleta, pois esses atributos são exigíveis em relação a cada fato em particular, capazes de configurar uma unidade delitiva.

b) Validade da retratação: momento processual

A previsão legal permite que a *retratação* possa ser feita somente até *antes da publicação da sentença*, embora haja decisão admitindo sua realização até antes do julgamento do recurso. Na verdade, retratação proferida após a publicação da sentença, mesmo recorrível, é absolutamente

ineficaz para fins de extinção da punibilidade. Deverá, no máximo, ser considerada na dosimetria penal.

14 Retratação nos crimes de ação pública condicionada: possibilidade

A doutrina e a jurisprudência, de modo geral, sustentam que a *retratação* somente é admissível *nos crimes de exclusiva iniciativa privada*. Mas os tribunais também já andaram admitindo que a *retratação* pode existir independentemente de tratar-se de ação privada ou pública condicionada. Adotamos a segunda orientação, desde que seus requisitos legais estejam presentes, independentemente da natureza da ação penal, privada ou pública condicionada.

15 Pedido de explicações em juízo: interpelação judicial

Quando houver dúvida na manifestação de alguém, quem se julgar ofendido pode pedir *explicação em juízo, nos precisos termos do art. 144.* Quem se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatoriamente responde pela ofensa.

Natureza cautelar do pedido de explicação

A "interpelação judicial" é providência de natureza cautelar, destinada a preparar a futura ação penal. O ofendido, ao formulá-la, postula uma tutela penal-cautelar, objetivando esclarecer situações equívocas, ambíguas ou dúbias, buscando viabilizar o exercício de futura ação penal.

Recusar-se a dar explicações ou dá-las insatisfatoriamente

A segunda parte do dispositivo em exame — q*uem se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias responde pela ofensa* — é obscura e tem sido objeto de justificados equívocos. O interpelado pode recusar-se a prestar explicações ou prestá-las insatisfatoriamente, e nem por isso poderá, por si só, ser considerado culpado; caso contrário teríamos aí um novo tipo penal implícito: "Não prestar explicações em juízo ou prestá-las de forma insatisfatória"!

Consequência da insuficiência das explicações

Deixar de prestar as explicações solicitadas ou prestá-las de forma insatisfatória apenas autorizará o *recebimento da preambular da ação penal*

(queixa ou denúncia, conforme o caso). Só isso. Durante a instrução criminal é que se deverá provar a existência ou inexistência do crime contra a honra, e dessa instrução é que se extrairá o resultado final, condenatório ou absolutório.

Competência para julgamento das explicações

O juiz que recebe o "pedido de explicações", que é uma "interpelação judicial", embora nosso Código não utilize essa terminologia, não deve emitir qualquer *juízo*, quer sobre a admissibilidade da interpelação, quer sobre a eficácia ou natureza das explicações prestadas ou deixadas de prestar.

Competência do juiz de eventual ação penal

A *competência* para avaliar ("julgar", neste caso, parece-nos uma expressão muito forte) a *eficácia* ou *prestabilidade* das explicações será do juiz da eventual ação penal, quando esta for proposta e se for. Na realidade, o juiz não julga a natureza das explicações ou a sua recusa, mas, havendo o oferecimento da peça preambular da ação penal (denúncia ou queixa), num exame prévio sobre a (in)existência de *justa causa*, avaliará se as explicações atendem os postulados do art. 144. Concebendo-as como satisfatórias, rejeitará a queixa ou a denúncia; o mesmo deverá ocorrer com eventual recusa do interpelado, que silencia.

Juízo de equivocidade

O *juízo de equivocidade* é do próprio ofendido e não do juiz que processa o pedido de explicação. Aliás, o juiz não julga nem a equivocidade das palavras que podem ter caráter ofensivo nem a recusa ou a natureza das explicações apresentadas.

Rito procedimental

Os diplomas criminais — Código Penal e Código de Processo Penal — não disciplinam o rito do "pedido de explicações em juízo". Ante essa omissão, o rito processual ou procedimental será o das "notificações ou interpelações judiciais" disciplinadas no Código de Processo Civil (arts. 867 a 873).

16 Ação penal nos crimes contra a honra

16.1 Fase preliminar da ação penal

A *ação penal* constitui apenas uma fase da *persecução penal*, que pode iniciar com as investigações policiais (inquérito policial), sindicância administrativa, Comissão Parlamentar de Inquérito etc. Essas investigações preliminares são meramente preparatórias de uma futura ação penal.

16.2 Início da ação penal

A ação penal propriamente somente nascerá em juízo, com o oferecimento de *denúncia* pelo Ministério Público, em caso de ação pública, ou de *queixa*, pelo particular, quando se tratar de ação penal privada. O *recebimento* de uma ou de outra marcará o início efetivo da ação penal.

16.3 Regra geral: ação de exclusiva iniciativa privada

A ação penal nos crimes contra a honra, como regra geral, é *de exclusiva iniciativa privada* (art. 145), ao contrário do Código Penal, onde a ação penal pública incondicionada é a regra geral.

16.4 Primeira exceção: pública condicionada

Será *pública condicionada* (art. 145, parágrafo único) quando: a) praticada contra Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (com requisição do Ministro da Justiça); b) contra funcionário público, em razão de suas funções (com representação do ofendido).

16.5 Segunda exceção: pública incondicionada

A ação penal será *pública incondicionada* (arts. 140, § 2º, e 145, *caput*, 2ª parte) quando, na *injúria real*, da violência resultar *lesão corporal*. Essa é uma peculiaridade exclusiva da injúria, que os outros crimes contra a honra — calúnia e difamação — não têm. No entanto, a ação penal será pública incondicionada somente em relação às lesões corporais, pois em relação ao crime de injúria a ação penal continua de exclusiva iniciativa privada.

16.6 Influência do art. 88 da Lei n. 9.099/95

Com o advento da Lei n. 9.099/95, que transformou a natureza da ação penal no crime de lesões corporais leves, deve-se rever essa previsão no crime de injúria. Assim, quando da violência resultarem lesões corporais

leves, a ação penal será pública condicionada à representação, e somente quando resultarem lesões graves a ação penal será pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 147 do STJ: "*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função".

"A imunidade prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal não abrange a ofensa caracterizada como calúnia (HC 84.107, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 18-6-2004). Ainda que se entenda que o preceito do art. 142, I, do Código Penal abrange as ofensas irrogadas ao Magistrado da causa, em virtude do disposto no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), e no art. 133 da Carta Magna, tal imunidade não é absoluta, dela se excluindo 'atos, gestos ou palavras que manifestamente desbordem do exercício da profissão, como a agressão (física ou moral), o insulto pessoal e a humilhação pública' (STF, AO 933/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, *DJU* de 6-2-2004)" (STJ, RHC 21.070/TO, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4-10-2007).

"Crime contra a honra. Magistrado. Exercício da função jurisdicional. Imunidade judiciária. Aplicação do art. 41 da LOMAN e 142, III, do Código Penal. Rejeição da queixa-crime" (STJ, Apn 482/PA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 4-10-2007).

"A imunidade a que se refere o inciso I do art. 142 do Código Penal acoberta apenas as coisas que sucedem na economia doméstica do processo; fora daí e daí por diante, cobertura alguma haverá" (STJ, HC 39.277/RS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 5-9-2006).

"Nos termos do art. 143 do Código Penal, a retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca. No caso, em que a ofensa foi praticada mediante texto veiculado na internet, o que potencializa o dano à honra do ofendido, a exigência de publicidade da retratação revela-se necessária para que esta cumpra a sua finalidade e alcance o efeito previsto na lei" (STJ, REsp 320.958/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 5-9-2006).

"Art. 138 c/c art. 141, II, do CP. Para que a conduta descrita no art. 138 do Código Penal seja típica, é necessário que as declarações do autor da acusação sejam falsas, ou quanto a ocorrência dos fatos, ou quanto à autoria (Precedentes)" (STJ, HC 45.779/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-12-2005).

"Crimes contra a honra. A admissão da ação penal pública, quando se tratar de ofensa *propter officium*, é uma alternativa oferecida ao ofendido, não uma privação do seu direito de queixa. Legitimidade, pois, do servidor público, de ajuizar a ação penal para defesa de seus direitos. Precedentes do STF" (STJ, Apn 348/PA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18-5-2005).

"O prazo para propositura de ação penal privada, ante seu caráter decadencial, não se suspende ou interrompe pela formulação de pedido de explicações, nos moldes do art. 144 do Código Penal, em face da ausência de previsão legal a respeito" (STJ, REsp 204.291/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17-8-2000).

"Os crimes contra a honra, no Código Penal, não se confundem com os Crimes de Imprensa. Evidência, é o disposto no art. 141, II, Código Penal — na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria" (STJ, EDcl no RHC 7.512/MG, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 30-6-1999).

“A retratação, prevista no art. 143 do CP, tem sua aplicabilidade restrita a ação penal privada, relativa aos crimes de calúnia e de difamação. Tratando-se de ação penal pública, incabível é a retratação. Precedente do STF (RHC 61.303-SP/STJ 108/586)” (STJ, REsp 60.048/DF, Rel. Min. Assis Toledo, j. 5-6-1995).

Capítulo VI - Dos Crimes Contra a Liberdade Individual

Seção I - Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal

— V. art. 3º, *a*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).
— V. art. 28 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

Constrangimento ilegal

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:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

— V. art. 5º, III, da CF.
— V. art. 61, I, do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).
— V. arts. 6º, n. 2 e 6, e 9º, n. 6, da Lei n. 1.079/50 (crimes de responsabilidade).
— V. art. 301 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).
— V. art. 4º da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).
— V. art. 232 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).
— V. art. 71 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Aumento de pena

§ 1º As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de 3 (três) pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I — a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II — a coação exercida para impedir suicídio.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido* é a liberdade individual ou pessoal de autodeterminação, ou seja, a liberdade do indivíduo de fazer ou não fazer o que lhe aprouver, dentro dos limites da ordem jurídica. Assegura-se, assim, ao indivíduo o direito de fazer tudo o que a lei não proibir, não podendo ser obrigado a fazer senão aquilo que a lei lhe impuser.

Liberdade física e psíquica

A liberdade que se protege é a *psíquica* (livre formação da vontade, isto é, sem coação) e a *física*, ou seja, liberdade de movimento. A proteção desse bem jurídico, liberdade, ganhou assento constitucional, nos seguintes termos: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, da CF).

Liberdade e o direito de querer

O que se viola ou restringe, no crime de *constrangimento ilegal*, não é propriamente uma vontade juridicamente válida, mas a *liberdade* e o *direito de querer* e *atuar* (agir ou não agir), de acordo com as condições pessoais e individuais de cada um.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

O *sujeito ativo pode ser qualquer pessoa*, não requerendo nenhuma qualidade ou condição particular; cuida-se, pois, de crime comum. Tratando-se, contudo, de *funcionário público*, desde que no exercício de suas funções, o crime praticado poderá ser, de acordo com as circunstâncias, não este, mas qualquer outro, como, por exemplo, os arts. 322 e 350 do CP, o art. 3º da Lei n. 4.898/65 etc.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, desde que capaz de sentir a

violência e *motivar-se* com ela; em outros termos, é necessária a *capacidade de autodeterminação*, ou seja, a capacidade de conhecer e se autodeterminar de acordo com esse conhecimento. Assim, estão excluídos os enfermos mentais, as crianças, os loucos de todo gênero etc.

Representantes dos incapazes

Se o *constrangimento* for praticado contra os representantes legais, com a finalidade de permitir que se faça algo com eles desautorizado em lei, os incapazes serão, nesse caso, *objeto do crime*, e seus responsáveis serão os sujeitos passivos.

Incapacidade física ou operacional: agravante

A *incapacidade física*, isto é, a *incapacidade operacional* (aleijados, paralíticos etc.), do sujeito passivo não afasta a possibilidade de ser sujeito passivo do crime de constrangimento ilegal; aliás, poderá configurar uma *agravante* — art. 61, III, *h* (enfermo) ou *j* (desgraça particular do ofendido), conforme o caso.

Constrangimento ilegal contra criança

Quando o *constrangimento* for praticado contra *criança*, constituirá o crime descrito no art. 232 da Lei n. 8.069/90 (ECA), desde que esta se encontre "sob sua autoridade, guarda, ou vigilância". Essa previsão minimiza aquele entendimento de que incapaz não pode ser sujeito passivo desse crime.

Violência contra terceiro: autoria mediata

Nada impede que a violência ou a grave ameaça sejam exercidas contra pessoa diversa daquela que se pretende constranger. Nessa hipótese, se a *ameaça* for irresistível, e a conduta do ameaçado for tipificada criminalmente, haverá *autoria mediata*. O sujeito ativo será o *autor mediato*, e o *constrangido* não será autor, mas mero *executor.* Nesse caso, não haverá concurso de pessoas — coautoria ou participação —, pois o *executor* agiu sem culpabilidade; na verdade, faltou-lhe o próprio dolo, nem se podendo falar em ação, que pressupõe voluntariedade, e, por extensão, não se pode falar em tipicidade.

Autor mediato: responde por dois crimes

O *autor mediato* responderá por dois crimes, em concurso material, pelo *constrangimento ilegal* e mais o crime que o *executor* for obrigado a praticar.

Crime contra a segurança nacional

Atentar contra a liberdade do Presidente da República ou os Presidentes dos demais Poderes, Legislativo (Senado e Câmara) e Judiciário constitui crime contra a segurança nacional (art. 28 da Lei n. 7.170, de 14-12-1983).

3 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo é *constranger*, que significa obrigar, forçar, compelir, coagir alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigado. A finalidade pretendida pelo constrangimento ilegal pode ser qualquer prestação de ordem pessoal, moral, física, psíquica, social ou de qualquer natureza, profissional, econômica, comercial, jurídica etc., desde que não constitua infração penal.

Característica genérica do constrangimento

Com sua característica de generalidade, este tipo penal abrange todo constrangimento à livre determinação de vontade que não tenha recebido configuração legal específica. Não há especificação legal sobre em que deve consistir o *fazer* ou o *não fazer* exigido pelo agente.

Constrangimento à prática de infração penal

Se objetivar a realização de infração penal, que o constrangimento sirva de meio ou seja sua elementar, será por esta absorvido. Se, no entanto, tratar-se de outra infração penal, poderá configurar-se o crime de tortura, como adiante analisamos.

Modalidades da conduta típica

A conduta típica pode apresentar-se sob duas modalidades: a) *fazer o que a lei não obriga;* b) *não fazer o que ela permite*. Na primeira hipótese, a vítima é *forçada* a fazer alguma coisa: um cruzeiro, um passeio, uma cirurgia etc. Na segunda hipótese, a conduta do agente impõe uma *omissão* da vítima em relação a alguma coisa, sem exigência legal.

Constrangimento legal

Se não for *ilegítima* a *coação*, não haverá constrangimento ilegal, podendo, eventualmente, caracterizar outro crime. No entanto, ainda que a finalidade do constrangimento seja legítima, pertencendo a terceiro, constituirá o crime de constrangimento ilegal.

Constrangimento para evitar ato imoral: constitui crime

Se objetiva evitar a prática de ato puramente *imoral*, não proibido por lei, haverá o crime de constrangimento ilegal, como, por exemplo, impedir o *incesto*, o *homossexualismo*, o exercício da *prostituição* etc. Ora, não sendo proibido nem ordenado por lei, não pode ser legitimamente impedido ou imposto pela força.

Constrangimento para impedir prática de crime

No entanto, se o constrangimento for empregado para impedir a prática de uma infração penal ou qualquer conduta ilícita, não constituirá, em tese, crime, pois ninguém tem o direito ou a liberdade de delinquir. Evidentemente, deve-se obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo puníveis eventuais excessos.

Exercício arbitrário das próprias razões

Se o *constrangimento* visar *pretensão* legítima do sujeito passivo, poderá caracterizar o crime do art. 345. Na verdade, se a finalidade pretendida pelo sujeito passivo pode ser obtida em juízo, que preferiu consegui-la coativamente, a tipificação de sua conduta desloca-se para os crimes contra a Administração da Justiça, qual seja, "exercício arbitrário das próprias razões" (art. 345).

Desnecessidade de resistência efetiva da vítima

Não é indispensável que o ofendido oponha resistência efetiva contra a coação ou procure superá-la por meio da fuga, pedindo socorro ou empregando qualquer outro recurso; é suficiente que, mediante violência ou grave ameaça, tenha-se violentado a sua liberdade interna, constrangendo-o, assim, a realizar o que lhe foi imposto, sem amparo legal.

Natureza da ilegitimidade da coação

A *ilegitimidade da coação* pode ser: a) *absoluta* — quando o agente não tem qualquer direito à ação ou omissão constrangida; b) *relativa* — há o direito, mas a vítima não pode ser forçada, como, por exemplo, constranger a vítima a pagar dívida de jogo.

Relação causal entre coação e submissão da vítima

É indispensável a *relação de causalidade* entre o emprego da violência ou grave ameaça ou qualquer outro meio e a submissão da vítima à vontade do coator.

Erro sobre a legitimidade da ação

O *erro* sobre a legitimidade da ação, se for inevitável, exclui a

responsabilidade penal a qualquer título; se for *evitável*, excluirá o dolo, restando, subsidiariamente, a culpa (art. 20, *caput*), que, neste crime, é impunível, salvo se houver lesão corporal, que criminaliza a modalidade culposa.

Irrelevância dos motivos do crime

São irrelevantes os motivos. O fim mediato ou ulterior do agente não interessa à norma penal.

3.1 Formas ou meios de execução

A lei estabelece as seguintes formas de realização do constrangimento ilegal: (a) mediante *violência* (força física, real), (b) *grave ameaça* (violência moral, intimidação, *vis compulsiva*) ou (c) *qualquer outro meio* (ingestão de álcool, drogas, hipnose etc.), *reduzindo a capacidade de resistência da vítima*. Esses quaisquer outros meios precisam ter a capacidade de reduzir ou diminuir sua resistência. Há quem classifique esses meios como "violência física, violência moral, violência imprópria", algo semelhante ao que fazia Mezger.

a) Mediante violência

O termo *violência* empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc.

Violência mediante omissão

A violência pode ser empregada mediante omissão, por exemplo, submetendo o ofendido a fome ou sede com a finalidade de fazê-lo ceder à vontade do agente.

Violência mediata

A violência poderá ser *imediata*, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, ou *mediata*, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada.

Força irresistível: desnecessidade

Não é indispensável que a força empregada seja *irresistível*; basta que seja idônea para coagir a vítima a fazer ou não fazer o que o sujeito ativo quer. Se, no entanto, a *força for resistível* e o resultado da ação do coagido

constituir crime, o coagido também responderá por ele, nos termos do art. 22 do CP, embora com pena atenuada (art. 65, III, *c*).

b) Mediante grave ameaça

Grave ameaça é a "violência moral", a *vis compulsiva*, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a ameaça também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa como a violência material.

Formas de violência moral

A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir.

Mal futuro, imediato e determinado

O *mal* prometido, a título de ameaça, além de *futuro* e *imediato*, deve ser *determinado*, sabendo o agente o que quer impor. Enfim, esses são os requisitos que, em tese, a ameaça de mal ou dano deve apresentar. Não são nem absolutos nem *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar-se alguns e outros não, sem desnaturar a gravidade da ameaça. É indispensável que a ameaça tenha idoneidade intimidativa, isto é, que tenha condições efetivas de constranger a vítima.

Crime de ameaça: distinção

Ao contrário do que ocorre com o *crime de ameaça*, no crime de *constrangimento ilegal* não é necessário que o mal prometido seja *injusto*, sendo suficiente que injusta seja a pretensão ou a forma de obtê-la. A *injustiça do mal* não se encerra em si mesma, mas deverá relacionar-se ao fim pretendido e à forma de consegui-lo. O mal pode ser justo, mas o fundamento que leva o agente a prometê-lo ou o método utilizado podem não sê-lo.

c) Qualquer outro meio, reduzindo-lhe a capacidade de resistência

Esses outros *meios* devem ser empregados sub-reptícia ou fraudulentamente, isto é, sem violência física ou grave ameaça, caso contrário estariam incluídos nas outras duas alternativas. Estão abrangidas pela expressão *qualquer outro meio* as ações químicas, estranhas ameaças,

que restrinjam ou anulem a consciência, como, por exemplo, o emprego de inebriantes, entorpecentes ou similares, ou até mesmo a "máquina da verdade" ou "pílulas da confissão", destinadas a violentar a vontade e a liberdade do ofendido, levando-o a declarar o que pretendia calar.

Fórmula genérica: distinta de interpretação analógica

Aqui, para descrever o *meio* possível de executar o constrangimento ilegal, após relacionar duas hipóteses casuísticas, o legislador adotou, como em tantas outras oportunidades, uma *fórmula genérica*, que não se confunde com *interpretação analógica*, aliás inadmissível em sede de criminalização.

3.2 Crime de constrangimento ilegal e crime de tortura

Se a *violência* ou *grave ameaça* visar a prática de crime, configurar-se-á o crime de *tortura*, previsto no art. 1º, I, *b*, da Lei n. 9.455/97, que estabelece: "constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental para provocar ação ou omissão de natureza criminosa". Antes da vigência dessa lei, a doutrina sustentava que, nesses casos, ou seja, quando o constrangimento fosse para a prática de alguma conduta criminosa, o agente responderia pelo crime de constrangimento ilegal, e pelo crime que a vítima fora obrigada a praticar (nesta hipótese, como *autor mediato*), em "concurso material".

Crime de tortura: consumação e exaurimento

O crime de tortura pode *consumar-se* somente, mas pode também se *exaurir*. No crime de tortura a *consumação* não se confunde com o *exaurimento*, pois podem ocorrer em momentos distintos ou simplesmente não haver exaurimento, a despeito de consumar-se. Na verdade, o *crime de tortura*, nesta hipótese, *consuma-se* com a simples conduta de *constranger*, na forma descrita no *caput* do art. 1º e inciso I, independentemente de a vítima praticar a conduta criminosa pretendida pelo sujeito ativo; se, no entanto, o torturado não "resistir" e praticar o comportamento criminoso exigido pelo sujeito ativo, ocorrerá somente o *exaurimento* do crime de tortura, que já se havia consumado.

Absorção e concurso de crimes

Na primeira hipótese, quando o crime de tortura apenas se consumou, o *sujeito ativo* responde somente pelo crime de tortura, pois o constrangimento é *elementar típica* desse crime, ficando por ele absorvido. Na segunda hipótese, no entanto, havendo *exaurimento* do crime de tortura,

o sujeito ativo responderá, *cumulativamente*, pelo crime de tortura e pelo crime que o torturado coagido tiver praticado (em relação a este, como *autor mediato*). O *executor*, coagido, não responderá por nada, a menos que tenha agido com culpabilidade, e nos limites de sua culpabilidade.

Coação resistível: atipicidade da tortura

Se a "tortura" for resistível não tipificará o crime de tortura, pois um "constrangimento" resistível não teria gravidade suficiente para tipificar esse crime, e, nessa hipótese, ambos — *coator* e *coato* — responderão pelo crime que este praticou, pois, neste caso, não haverá figura do simples executor. Poderão ser *coautores*, *partícipe* e *autor* etc., segundo a *funcionalidade* da posição de cada um e de acordo com a autonomia de vontade que existir, conforme procuramos demonstrar ao examinarmos a *teoria do domínio do fato* e a *autoria mediata*, para onde remetemos o leitor.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo*, geral, é o dolo, que é representado pela *vontade* e a *consciência* de constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a fazer o que a lei não determina ou não fazer o que ela manda. A *consciência* deve abranger a ilegitimidade da ação, dos meios escolhidos (violência ou grave ameaça) e a relação de causalidade entre o constrangimento e a ação ou omissão do sujeito passivo, sendo irrelevantes os motivos determinantes, com exceção daqueles que excluem a antijuridicidade da conduta. O dolo poderá ser direto ou eventual.

Constrangimento e violência arbitrária

Se o constrangimento for praticado para satisfazer pretensão legítima, ou se a violência for praticada no exercício da função ou em razão dela, poderá configurar *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345) ou *violência arbitrária* (art. 322), de acordo com as demais circunstâncias.

Elemento subjetivo especial do tipo: necessidade

O e*lemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *especial fim de agir*, qual seja, o *fim* de constranger a vítima à ação ou omissão pretendida. Não havendo a finalidade de constranger o ofendido a fazer ou não fazer algo, ao desamparo da lei, o crime não será o de constrangimento ilegal, mas somente aquele que resultar da violência ou grave ameaça (vias de

fato, ameaça, lesões corporais etc.), e desde que objetive a prática de alguma infração penal, pois, nesse caso, poderá configurar *crime de tortura* (Lei n. 9.455/97).

Constrangimento ilegal culposo

Não há previsão de constrangimento ilegal culposo. Assim, a ação mediante erro de tipo resistível é atípica.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime de constrangimento ilegal quando o ofendido *faz* ou *deixa de fazer* aquilo a que foi constrangido. *Não se trata de crime de mera atividade*, que se consuma com a simples ação, mas de crime de lesão, que tem *execução complexa*, exigindo duplicidade comportamental: a *ação coativa* do sujeito ativo e a *atividade coagida* do sujeito passivo, fazendo ou não fazendo aquilo a que foi constrangido. Assim, *consuma-se* o crime quando o *constrangido*, em razão da *violência* ou *grave ameaça* sofrida, começa a fazer ou não fazer a imposição do sujeito ativo. Enquanto o coagido não ceder à vontade do sujeito ativo, isto é, enquanto não der início ao "fazer ou não fazer", a *violência ou grave ameaça* podem configurar somente a tentativa.

5.2 Tentativa

Como *crime material*, admite a *tentativa*, que se verifica com o início da ação constrangedora, que pode ser fracionada. A exigência de execução complexa, com a ação do sujeito ativo, de um lado, e a atividade do coagido, de outro, facilita a identificação do *conatus*.

5.3 Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Podem ocorrer também as hipóteses de *desistência voluntária* e *arrependimento eficaz*, respondendo o agente, é claro, pelos atos já executados, nos termos do art. 15.

6 Concurso com crimes praticados com violência

O que caracteriza o *concurso material* de crimes não é a soma ou

cumulação de penas, como prevê o dispositivo em exame, mas a *pluralidade de condutas*, pois, no *concurso formal impróprio*, isto é, naquele cuja conduta única produz dois ou mais crimes, resultante de *desígnios autônomos*, as penas também são aplicadas *cumulativamente*. Ora, esse comando legal — art. 146, § 2º — determinando a *aplicação cumulativa de penas* não autorizou o intérprete a confundir o concurso formal com o concurso material.

Cúmulo material de penas: concurso formal

O § 2º do art. 146 não criou uma espécie *sui generis* de concurso material, mas adotou tão somente o *sistema do cúmulo material* de aplicação de pena, a exemplo do que fez em relação ao *concurso formal impróprio* (art. 70, 2ª parte). Assim, quando a violência empregada na prática do crime de constrangimento ilegal constituir em si mesma outro crime, havendo *unidade* de ação e *pluralidade* de crimes, estamos diante de concurso formal de crimes. Aplica-se, neste caso, por expressa determinação legal, o sistema de aplicação de pena do cúmulo material, independentemente da existência ou não de "desígnios autônomos".

Concurso material de crimes: possibilidade

A despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material*, como acontece com quaisquer outras infrações penais, do crime de constrangimento ilegal com outros crimes violentos, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de unidade de ação ou omissão, caracterizadora do concurso formal.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum*, podendo ser praticado por qualquer pessoa, pois não exige qualquer qualidade ou condição especial; *material*, somente se consuma com a produção do resultado, representado pela atividade do ofendido que cumpre as exigências do sujeito ativo; eventualmente *subsidiário*, quando constitui meio de execução ou elementar de alguns tipos penais, como já foi exemplificado; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

8 Formas majoradas (§ 1º)

Não há previsão de figuras *qualificadas;* o que existe são *figuras majoradas.* As penas são aplicadas em dobro e cumulativamente, se houver qualquer das duas majorantes: *utilização de armas* ou *reunirem-se mais de três pessoas* para a execução do crime.

8.1 Reunião de mais de três pessoas

Será necessário que, no mínimo, quatro pessoas tenham participado da *fase executória* do crime, incluindo-se nesse número o próprio autor principal, se houver, menores e incapazes. Se qualquer delas participou somente da *preparação* do crime, sem intervir na execução, ou se limitou à simples atividade de partícipe, instigando ou induzindo, não será computada no número mínimo necessário para caracterizar a *majorante*, uma vez que o texto legal exige que tenha participado da "execução do crime", e o simples *partícipe* não intervém na execução propriamente da conduta típica.

Fundamento da majoração da pena

O *fundamento* da majoração da pena reside no maior *desvalor da ação* e, especialmente, no aumento do temor infundido à vítima, diminuindo ou, muitas vezes, até eliminando a possibilidade de defesa. Por isso, a necessidade de o número mínimo dos participantes intervir diretamente na execução do crime. A relação desses "intervenientes" é regida pelos princípios que orientam o instituto do *concurso de pessoas*, para o qual não se exige o antigo "acordo prévio".

8.2 Emprego de armas

Segundo doutrina e jurisprudência, refere-se ao *gênero* e não ao *número* de "arma". Parece-nos, contudo, um pouco estranho que o legislador, tão conhecedor do vernáculo, adote um critério definidor do *número* — plural — para indicar o *gênero*. *Armas*, a nosso juízo, é *plural* e significa mais de uma. Para definir-se o gênero, ou se utilizaria o coletivo — arsenal — ou, quem sabe, arma branca, arma de fogo, armas proibidas etc.

Fundamento da majoração

Como o fundamento da majoração é a elevação do temor que o emprego de "armas" causaria à vítima, é suficiente que, pelo menos, algum deles esteja armado, por isso se referiu a "armas". Por outro lado, dependendo da forma, o emprego de uma arma poderá caracterizar somente a grave

ameaça.

Orientação de Nélson Hungria

Nélson Hungria, um dos coautores do Projeto do Código Penal de 1940, foi o primeiro a sustentar que o "plural" — *armas* — não significa mais de uma, mas somente *gênero;* não se ousou contestá-lo, e até hoje se repete a mesma coisa. Assim, deixamos, pelo menos, nossa provocação à reflexão sobre os limites do *princípio da tipicidade*, sessenta anos após o emprego do vocábulo discutido.

Espécies de armas: próprias e impróprias

As armas podem ser próprias ou impróprias: a) *próprias* são aquelas que têm a finalidade específica de ataque ou defesa. As armas próprias podem ser *de fogo*, como revólver, espingarda, bombas, granadas etc.; ou ainda armas brancas, como punhal, faca, facão etc.; b) *armas impróprias* são aqueles instrumentos cuja finalidade natural não se destina a ataque ou defesa, como as próprias, embora apresentem potencialidade lesiva; normalmente, têm sua finalidade desvirtuada, por exemplo, machado, foice, tesoura, navalha etc. Não podem, porém, ser equiparados a armas objeto tais como pedras, madeiras, sarrafos, cordas, móveis (mesas, cadeiras etc.).

Necessidade do emprego efetivo de arma

Somente haverá incidência da majorante se as armas forem efetivamente empregadas na execução do crime. "Emprego" significa "uso" real, efetivo, concreto. Assim, o simples "portar" arma não o caracteriza, desde que não seja ostensivo e com finalidade intimidatória, pois o *porte ostensivo* com a finalidade de infundir medo pode ser uma forma de "emprego de arma" na execução do crime.

Arma de brinquedo: heresia sumulada

Finalmente, a discussão mais atual e, ao mesmo tempo, mais despropositada é acerca da *arma de brinquedo*, a partir da infeliz e equivocada Súmula 174 do STJ, sobre a possibilidade de estender sua aplicação nesta majorante. A súmula tem o seguinte verbete: "Nos crimes de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena".

Heresia faz escola: analogia "in malam partem"

A despeito da paradoxal infelicidade dessa sumulação lá no crime de roubo, há quem sustente sua aplicação analógica no crime de

constrangimento ilegal. Essa orientação ignora os princípios mais comezinhos de Direito Penal, adota a analogia *in malam partem* e viola o princípio da legalidade e da tipicidade estrita. Mesmo que integrasse da prescrição legal definidora do crime de roubo ou de suas majorantes, não poderia ser estendida ao crime de constrangimento ilegal sem expressa previsão legal.

9 Natureza subsidiária

Não é recomendável afirmar, simplistamente, que é um crime *tipicamente subsidiário*; ao contrário, o § 2º determina que, "além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência"; logo, o constrangimento ilegal não é *sempre* absorvido pela violência.

Subsidiariedade eventual

Somente haverá *subsidiariedade* naqueles crimes em que o *constrangimento* constituir *meio* de realização ou for seu elemento integrante, tais como roubo, extorsão, estupro, atentado violento ao pudor etc., ficando o constrangimento ilegal *absorvido*. Assim, pode-se admitir que se trata de um crime, *eventualmente, subsidiário.*

Absorção do constrangimento ilegal

Quando determinado *comportamento*, mesmo tipificado, como ocorre com o "constrangimento ilegal", constitui "meio executivo" ou "elemento constitutivo" de outro crime, integra a definição típica deste, configurando *fato único*, que é objeto de um único e mesmo *dolo*, por exemplo: roubar, extorquir, estuprar, atentar contra ao pudor etc. Contudo, o *fim* pretendido — nesses crimes referidos — não é somente o "constrangimento" *de não fazer o que a lei não obriga ou abster-se de fazer o que a lei não proíbe*, mas vai além, objetiva atingir outros bens jurídicos, sendo o *constrangimento*, nesses casos, o *meio normal* e natural para a realização da conduta pretendida; este é parte de um todo, integrando o *iter criminis* já em sua fase executória.

10 Exclusão de tipicidade

Intervenção médica ou cirúrgica

As *intervenções médicas* e *cirúrgicas* constituem, em regra, *exercício regular de direito*. Nada impede, é claro, que excepcionalmente

caracterizem *estado de necessidade*, como ocorre, por exemplo, com situações semelhantes à prevista no art. 146, § 3º, I, do CP, embora, nessa hipótese específica, constitua *exclusão da tipicidade*.

Exclusão da adequação típica

A *intervenção do médico*, sem consentimento, ou a *coação*, nas circunstâncias descritas, *estão excluídas da adequação típica* contida no *caput* do art. 146, ou seja, a *intervenção médica* para evitar iminente perigo de vida ou a coação de qualquer pessoa para impedir o suicídio são *atípicas*. A *iminência de perigo de vida* ou de *suicídio* constitui causa *excludente de tipicidade*.

Consentimento do paciente: consequência

Com o *consentimento do paciente* ou de seu representante legal estará afastada a *exclusão da tipicidade*, pela ausência da elementar "sem consentimento", mas o *estado de necessidade* permanecerá como fundamento da intervenção.

Constrangimento para impedir o suicídio

Embora o suicídio não constitua crime, em si mesmo (somente a participação o caracteriza), não deixa de ser um comportamento *antijurídico*, e impedir a sua prática, ainda que mediante violência ou grave ameaça, não constitui *constrangimento ilegal*, mas *legal*, diante da exceção aqui prevista. Essa previsão afasta, definitivamente, a controvérsia acerca do direito de pôr fim à própria vida, que é um *bem jurídico indisponível*, e essa indisponibilidade justifica a intervenção do Estado.

Risco de vida: desnecessidade de consentimento

As intervenções médicas ou cirúrgicas justificadas por iminente risco de vida ou a *coação* exercida para impedir o suicídio independem de consentimento de quem quer que seja (§ 3º). A presença dessas circunstâncias *exclui a própria tipicidade do fato*. O *fundamento* da previsão legal é o *estado de necessidade (de terceiro)*, mas *a existência da previsão* em si constitui causa de exclusão da adequação típica. São, digamos, hipóteses em que o *estado de necessidade* funciona não como excludente da antijuridicidade, mas da tipicidade, em razão de expressa previsão legal.

11 Pena e ação penal

11.1 Penas cominadas

A pena é *alternativa*, detenção, de três meses a um ano, ou multa. No entanto, aplicam-se *cumulativamente* e em dobro, se houver utilização de armas, ou a reunião de mais de três pessoas para a execução do crime. Configurando-se qualquer das *majorantes*, o magistrado não pode aplicar isoladamente a detenção ou a multa; deverá, necessariamente, aplicar as duas penas e duplicá-las. A operação deverá ser procedida da seguinte forma: primeiro se encontram as penas definitivas, depois se as soma e, finalmente, duplica-se-as.

11.2 Natureza da ação penal

A ação penal é *pública incondicionada*, sendo desnecessária qualquer condição de procedibilidade, devendo a autoridade competente proceder *ex officio*.

12 Questões especiais

Há vários crimes afins com este: ameaça, sequestro ou cárcere privado, exercício arbitrário das próprias razões, abuso de poder, violência arbitrária etc. Como já afirmado, quando o constrangimento for meio ou elemento de outro crime, fica absorvido por este. O constrangimento ilegal é sempre absorvido, nunca absorvente.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Constrangimento ilegal. Art. 146 do CPB. Internação compulsória ou involuntária. Quando, então, a liberdade de ir-vir da impetrante-paciente foi restringida por imperativo médico, com objetivo de preservação da sua própria vida e dos terceiros com quem interagia, deixa de haver constrangimento ilegal passível de correção, mediante *habeas corpus*” (TJRS, HC 71001461623, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 22-10-2007).

“Constrangimento ilegal (art. 146 do CP) configurado. Menor constrangido, mediante grave ameaça, a ingerir bebida alcoólica. Existência do fato comprovada e autoria bem determinada” (TJRS, Apelação 70017952862, Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 13-6-2007).

“Constrangimento ilegal. Prova conclusiva da prática do delito conduz à confirmação da sentença condenatória. O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 146, do Código Penal, por ter constrangido, mediante grave ameaça, a vítima Letícia dos Santos, a fazer o que a lei não manda, consistente em levá-la para local ermo. A materialidade do delito de constrangimento ilegal encontra respaldo no boletim de ocorrência, além da prova oral produzida” (TJRS, Recurso Crime 71001259852, Rel.

Ângela Maria Silveira, j. 21-5-2007).

"Tendo o acórdão recorrido reconhecido a ofensa à liberdade sexual da menor, é indevida a tipificação da conduta do Réu apenas como o delito do art. 146, do Código Penal, já que o constrangimento ilegal é elementar do tipo objetivo do crime de atentado violento ao pudor, no qual a coação tem o especial fim de satisfação da concupiscência, por atos diversos da conjunção carnal" (STJ, REsp 736.346/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-2-2006).

Ameaça

Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

— V. art. 100, § 1º, do CP.
— V. arts. 24 e 39 do CPP.
— V. art. 3º, *a*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).
— V. art. 28 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).
— V. art. 71 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido*, a exemplo do crime de *constrangimento ilegal*, é a liberdade pessoal e individual de autodeterminação, isto é, a liberdade psíquica do indivíduo, que será abalada pelo temor infundido pela ameaça.

Liberdade física e psíquica

Além da liberdade *psíquica* (livre formação da vontade), o dispositivo protege também a liberdade *física*, pois em razão da gravidade da ameaça produz-se grande temor, acompanhado de sensação de insegurança, que tolhe a liberdade de movimento. A liberdade, enquanto bem jurídico, está protegida pela atual Constituição (art. 5º, II, da CF).

Ameaça de um mal injusto e grave

A ameaça de um mal injusto e grave perturba a tranquilidade e a paz interior do ofendido, que é corroída pelo medo, causando-lhe insegurança e desequilíbrio psíquico e emocional. O que se viola ou restringe, no crime de *ameaça*, não é propriamente uma vontade determinada, mas a liberdade de

elaborar seus pensamentos, suas elucubrações, suas vontades e podê-las concretizar destemidamente.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma qualidade ou condição particular, tratando-se, pois, de crime comum. Tratando-se de funcionário público, no exercício de suas funções, a ameaça poderá configurar o crime de *abuso de autoridade* (art. 3º da Lei n. 4.898/65).

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa física, desde que seja capaz de sentir a idoneidade da ameaça e *motivar-se* com ela, atemorizando-se; em outros termos, é necessária a *capacidade* de conhecer e de se autodeterminar de acordo com esse conhecimento. Essa exigência afasta os enfermos mentais, as crianças de tenra idade, os loucos de todo gênero etc., desde que não tenham capacidade de compreensão e entendimento, que não se confunde com capacidade jurídica.

Incapacidade absoluta: crime impossível

A falta de consciência, de capacidade mental para entender a gravidade do mal ameaçado afasta a possibilidade do crime. Nesses casos, pode-se afirmar, haverá crime impossível, pela absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do CP). Se, no entanto, a incapacidade for relativa, haverá o crime.

Pessoa jurídica: impossibilidade

A *pessoa jurídica* não é dotada de capacidade de entender e não é portadora de liberdade psíquica. Ademais, não é intimidável e é incapaz de qualquer sentimento, como, por exemplo, de insegurança, medo etc. Assim, quando a ameaçada for uma pessoa jurídica, recairá sobre as pessoas que a compõem e estes, se sentirem-se atemorizados, poderão ser os sujeitos passivos da ameaça. Nesse caso, haverá somente um crime, o de *ameaça* contra os representantes do ente jurídico.

Pluralidade de sujeitos passivos: concurso formal

Na hipótese de mais de um ofendido, a *conduta unitária* constituirá

concurso formal, em razão da pluralidade de crimes. A despeito da unidade da conduta, caracterizadora do concurso formal, acreditamos que, nessas hipóteses, estarão bem configurados os desígnios autônomos, justificando-se a imposição cumulativa das penas.

Pessoa determinada: necessidade de individualização

Somente *pessoas determinadas* podem ser sujeito passivo do crime de ameaça. Essa necessidade não chega ao exagero de exigir rigorosa individualização da vítima, sendo suficiente que o conteúdo da ameaça se conduza a determinada pessoa, que possa ser individualizada com facilidade. Enfim, ante os termos do art. 147 — "ameaçar *alguém*" —, pessoa *indeterminada* não pode ser sujeito passivo desse crime.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Ameaçar significa procurar intimidar, meter medo em alguém, e pode configurar crime em si mesmo, como o previsto neste art. 147, mas pode ser e, geralmente é, prevista como *meio ou forma* de comportamento para atingir determinado resultado ou como *elementar* de certas condutas, ou seja, a *ameaça* pode figurar como a *violência* em sentido instrumental.

Medo: intensidade

Medo é um sentimento cuja valoração é extremamente *subjetiva* e pode variar de pessoa para pessoa, de situação para situação, por isso se tem dito que a essência é menos importante que a aparência. Mas não se ignora que o temor pode ser de tal nível que cause uma perturbação da mente, impedindo completamente a livre determinação da vontade; pode a *ameaça* ser de tal forma aterradora e excluir totalmente a vontade, agindo como verdadeira *coação irresistível*.

Mal justo ou não grave: atipicidade

O *crime de ameaça* consiste na promessa feita pelo sujeito ativo de um mal *injusto* e *grave* feita à alguém, violando sua liberdade psíquica. O *mal* ameaçado deve ser *injusto* e *grave*. Se o "mal" for justo ou não for grave, não constituirá o crime. A ameaça é a violência moral (*vis compulsiva*), que tem a finalidade de perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade do ofendido por meio da intimidação.

Idoneidade da ameaça

A *ameaça* para constituir o crime tem de ser idônea, séria e concreta,

capaz de efetivamente impingir medo à vítima; quando a vítima não lhe dá crédito, falta-lhe potencialidade lesiva; não se configura o crime, consequentemente.

Ameaça inidônea: crime impossível

Se, com o comportamento intimidatório ineficaz, o agente tinha efetivamente o propósito de *ameaçar*, isto é, de intimidar a vítima, configura-se *crime impossível* pela absoluta ineficácia do meio empregado.

É indiferente se o agente estava ou não disposto a cumpri-la, nem que seja possível cumpri-la. É suficiente que tenha idoneidade para constranger e que o agente tenha consciência dessa idoneidade.

Formas de ameaça

"*Direta:* o que ocorre quando o mal prometido visa à pessoa ou ao patrimônio do ameaçado. *Indireta:* quando recai sobre pessoa presa ao ofendido por laços de consanguinidade ou afeto (intimidar a mãe, por um mal ao filho; a esposa, por um dano ao cônjuge). *Explícita:* quando feita às claras, abertamente, sem subterfúgios: dizer a alguém que vai matá-lo; exibir-lhe uma arma em tom ameaçador etc. *Implícita:* quando o sentido está subentendido ou incluso: '*Costumo liquidar minhas questões com sangue*' etc. *Condicional:* quando dependente de um fato do sujeito passivo ou de outrem: '*Se repetir o que disse, eu lhe parto a cara'; 'Se fulano me denunciar, eu matarei você*' etc." (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, p. 170).

Meios de execução

Os *meios* enumerados pela lei englobam praticamente todas as possíveis formas de sua realização: a) *por palavra* (oral) — que pode ser diretamente, por telefone ou até mesmo gravada; b) *escrito* — relativamente ao escrito é indiferente que seja assinado, anônimo ou com pseudônimo; c) *gesto* (mímica) — determinados gestos ameaçadores podem simbolizar uma gravidade muito mais intensa da ameaça que as próprias palavras ou escrito, como, por exemplo, descobrir uma arma de fogo, ou apontá-la em direção à vítima etc.; d) *qualquer outro meio simbólico* (simbolizada) — pode materializar-se por meio da exibição de bonecos perfurados com agulha, "despachos" etc.

Ameaça de mal futuro

Só a ameaça de *mal futuro*, mas de realização próxima, caracterizará o

crime, e não a que se exaure no próprio ato; ou seja, se o mal concretizar-se no mesmo instante da ameaça, altera-se a sua natureza e o crime será outro e não este. Por outro lado, não o caracteriza a ameaça de mal para futuro remoto ou inverossímil, isto é, inconcretizável.

Ameaça injusta e exercício irregular de direito

A ameaça de causar *mal justo* constitui *exercício regular de direito* (desforço imediato na defesa da posse (art. 502), intervenção cirúrgica, protesto de títulos etc.) ou *estrito cumprimento de dever legal* (executar a sentença de morte, policial que prende o condenado, carcereiro que recolhe criminoso à prisão etc.), conforme o caso.

Ameaça condicional: possibilidade

A *ameaça* feita sob a forma *condicional*, subordinando a realização do mal à própria vontade ou conduta da pessoa ameaçada, ou mesmo a conduta de terceiro ou a fato alheio, não exclui o crime, pois crime existe em razão da simples intimidação. Nélson Hungria já afirmava: "a ameaça pode ser *condicional*, mas nem por isso se identifica com a tentativa e constrangimento ilegal: nesta, há o propósito de intimidação como *meio compulsivo* para uma determinada ação ou abstenção do paciente, ao passo que na ameaça condicional o principal fim do agente não deixa de ser simples incutimento de medo".

Ameaça em estado de raiva: possibilidade

O estado de *ira*, de *raiva* ou de *cólera* não exclui a *intenção* de intimidar. Ao contrário, a ira é a força propulsora da vontade de intimidar. Ademais, é incorreta a afirmação de que a ameaça do homem irado não tem possibilidade de atemorizar, pois exatamente por isso apresenta maior potencialidade de intimidação, pelo desequilíbrio que o estado colérico pode produzir em determinadas pessoas. Aliás, não raro os crimes de ameaça são praticados nesses estados. E exatamente o estado de ira ou de cólera é o que mais atemoriza o ameaçado.

Ameaça em estado de embriaguez

Afirmação de que ameaça proferida em *estado de embriaguez* não configura o crime, igualmente, deve ser recebida com reservas, pois não se pode ignorar os *vários estágios que o estado de embriaguez* pode apresentar, além dos mais diversificados efeitos que pode produzir nos mais variados indivíduos. Por isso, somente a análise casuística, *in concreto*,

pode apresentar a solução mais adequada, admitindo-se ou excluindo-se a tipificação do comportamento.

Embriaguez: exame na culpabilidade

A nosso juízo, a questão nem se resolve no exame da tipicidade, mas no da culpabilidade. Com efeito, para o exame da potencialidade lesiva da ameaça proferida, em estado de embriaguez, deve-se considerar o nível de capacidade de culpabilidade do agente, aliado, é claro, à idoneidade da ameaça no incutimento de medo no ofendido. Se se mostrar suficientemente idônea para amedrontar a vítima, ainda que, concretamente, esta não sinta medo, a ameaça estará tipificada.

Embriaguez: entendimento de Damásio de Jesus

Para Damásio de Jesus, "é possível que o estado de embriaguez seja tal que exclua a seriedade exigida pelo tipo. É possível, porém, que a embriaguez do sujeito não exclua, mas, ao contrário, torne sério o prenúncio de mal injusto e grave, pelo que o crime deve subsistir".

Ameaça e advertência: distinção

A *ameaça* não se confunde com a simples *advertência*, porque nesta a superveniência do mal está condicionada à vontade do agente; não se confunde, igualmente, com a "praga" ou esconjuro, por duas razões básicas: primeiro, porque o evento não depende da vontade do sujeito ativo ou de alguém que lhe seja submisso; segundo, porque representa simples desejo ou intenção, e, como dizia Welzel, a vontade má, como tal, não se pune; só se pune a vontade má *realizada*.

Constrangimento ilegal e ameaça: distinção

No crime de *constrangimento ilegal*, a ameaça e a consequente submissão da vontade do ofendido são meios para atingir outro fim, representado pelo fazer ou não fazer a que é constrangido. Na *ameaça*, ao contrário, a finalidade do agente esgota-se na própria intimidação e na perturbação da tranquilidade e paz espirituais do ofendido. No *constrangimento ilegal*, o sujeito ativo pretende uma conduta positiva ou negativa da vítima, enquanto na *ameaça* deseja somente amedrontá-la, atemorizá-la, apavorá-la.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *dolo*, que pode ser direto ou eventual, representado pela *vontade* e

consciência de ameaçar alguém de mal injusto e grave, constitui o *elemento subjetivo*. A consciência, atual, da injustiça do mal e da sua gravidade é fundamental para a tipificação da ameaça. Assim, se o agente, na situação concreta, imagina ou supõe, equivocadamente, que tem o direito de praticar contra a vítima o mal que ameaça, incorre em erro, que lhe afasta a responsabilidade penal.

Irrelevância da intenção de concretizar o mal ameaçado

Não é necessário que o dolo se estenda à decisão de causar efetivamente o mal ameaçado, até porque, para caracterizar o crime de ameaça, não é necessário que o agente tenha a intenção de concretizá-la, sendo suficiente a finalidade de infundir medo.

"Animus jocandi": exclusão do dolo

O *animus jocandi* exclui o dolo. Mas a seriedade da ameaça comporta uma valoração subjetiva, muitas vezes de difícil comprovação, por isso, mais que ser séria a ameaça, importa parecer sê-lo. A idoneidade da ameaça não será avaliada segundo o grau de temor sentido pela vítima, mas será valorada de acordo o padrão do homem normal em circunstâncias igualmente normais, de acordo com aquilo que naturalmente acontece na sociedade.

Necessidade do elemento subjetivo especial do tipo

Além do dolo, está implícito o *elemento subjetivo especial do tipo, que é* constituído pelo *especial fim* de intimidar. Esse elemento subjetivo especial do crime de ameaça só se identifica na perversa intenção de incutir medo, exteriorizada seriamente e com ânimo frio pelo agente.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime no momento em que o teor da ameaça chega ao conhecimento do ameaçado. Se este a desconhece, não se pode dizer ameaçado. Consuma-se com o resultado da ameaça, isto é, com a *intimidação sofrida* pelo sujeito passivo ou simplesmente com a idoneidade intimidativa da ação.

Temor na vítima: desnecessidade

É desnecessário que a ameaça crie na vítima o temor da sua

concretização ou que, de qualquer forma, perturbe a sua tranquilidade, tratando-se, pois, de crime formal. É suficiente que tenha idoneidade para atemorizar, para amedrontar, isto é, que tenha potencial intimidatório. O medo não é fundamental à existência do crime de ameaça; aliás, é igualmente desnecessária a presença do ofendido no momento em que a ameaça é exteriorizada pelo sujeito ativo.

5.2 Tentativa: dificuldade

A *tentativa* é de difícil configuração, embora, na *forma escrita*, haja quem sustente sua viabilidade. Como se trata de crime de ação pública condicionada, isto é, a que somente se procede mediante representação, destaca Damásio de Jesus, com muita precisão, que "se o sujeito exerce o direito de representação é porque tomou conhecimento do mal prenunciado. Se isso ocorreu, o crime é consumado e não tentado".

Ameaça: crime unissubsistente

A impossibilidade de tentativa do crime de ameaça não reside na sua natureza formal, até porque, a nosso juízo, a tentativa não é exclusividade do crime material, pois o crime formal também contém, na sua essência, o resultado, que apenas não precisa verificar-se para que esse tipo se consume. Na verdade, regra geral, o crime de ameaça é unissubsistente, ou seja, não é passível de fracionamento.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum*, que pode ser praticado por qualquer pessoa, pois não exigindo qualquer qualidade ou condição especial; formal, pois a vítima não precisa sentir-se intimidada: basta a ação do agente e a vontade de amedrontá-la. A exemplo dos crimes materiais, o tipo descreve um resultado, mas este (que, no caso, seria o medo sentido pela vítima) não precisa verificar-se para que o crime se consume. Neste crime, o legislador "antecipa a consumação", satisfazendo-se com o simples desvalor da ação; *subsidiário*, quando constitui meio de execução ou elementar de alguns tipos penais; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

7 Natureza subsidiária da ameaça

Trata-se de um crime *tipicamente subsidiário*, se a *ameaça* deixa de ser

um fim em si mesmo, já não se configura um crime autônomo, passando a constituir elemento, essencial ou acidental, de outro crime; a *ameaça*, nesses casos, é absorvida por esse outro crime. A ameaça é absorvida quando for *elemento* ou *meio* de outro crime.

Fim específico distinto: pode ser de outro crime

A finalidade de incutir medo na vítima caracteriza o crime de ameaça, embora não se produza nesta a intimidação pretendida. Mas a existência de determinado fim específico do agente pode, com a mesma ação, configurar outro crime, como, por exemplo, constrangimento ilegal, entre outros.

8 Pena e ação penal

8.1 Cominada

A *pena cominada ao crime de ameaça é, alternativamente*, a de detenção, de um a três meses, ou multa. A regra é que este crime se resolva na *audiência preliminar* do Juizado Especial Criminal (art. 74 da Lei n. 9.099/95). Em tese, a pena de prisão não deverá ser aplicada, ante a política criminal implantada com a referida lei, reforçada pela Lei n. 9.714/99.

8.2 Natureza da ação penal

A ação penal é *pública condicionada à representação* do ofendido. A *natureza da ação penal* é pública, mas a iniciativa da autoridade (Polícia, na fase investigatória, e Ministério Público, para iniciar a fase processual) depende da provocação (ou aquiescência) da vítima. O ameaçado deverá avaliar a conveniência de instaurar-se o procedimento investigatório ou não.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Responde pelas sanções do delito previsto no art. 147, do CPB, aquele que ameaça, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro modo, de causar mal injusto e grave às vítimas. Todavia, se a ameaça foi proferida em meio a discussão entre agente e vítimas, o delito não resta configurado, por ausência de dolo específico. Ademais, não sendo encontrada a suposta arma com a qual o agente teria proferido as ameaças e apresentando-se confusos os depoimentos das vítimas quanto a sua efetiva existência, não há como considerá-la para a configuração do delito de ameaça” (TJMG, Apelação 1.0467.05.930550-9/001, Rel. Armando Freire, j. 8-11-2005).

“Essencializando-se os fatos descritos, num primeiro exame, na ameaça de que trata o tipo inserto no art. 147 do Código Penal, embora se cuide de crime de ação pública, depende de representação, mostrando-se inviáveis a requisição ministerial e o inquérito policial

instaurado em consequência" (STJ, HC 22.843/PI, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19-4-2005).

"Recurso em Mandado de Segurança. Crime de ameaça – art. 147 do CP. Sujeito passivo. Pessoa jurídica. Impossibilidade. O Hospital impetrante, na qualidade de pessoa jurídica, não tem qualquer direito, muito menos líquido e certo, em ser incluído na relação penal que busca averiguação do crime de ameaça – art. 147 do Código Penal. Não obstante, pode acionar procedimento administrativo com vistas à possível punição das funcionárias envolvidas na esfera administrativa" (STJ, RMS 15.627/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 7-8-2003).

"Ameaça. Ânimo exaltado. Se o ato foi praticado no momento de exaltação de ânimos, por motivo de disputa política, não há que se falar em configuração do crime de ameaça e sim em simples bravata, que não constitui figura típica" (TJMG, Processo-crime 1.0000.00.276156-7/000, Rel. José Antonino Baía Borges, j. 7-8-2003).

"Crime de ameaça – Art. 147 do Código Penal — Ausência de configuração — Discussão entre vizinhos. A ameaça de que se acabaria com a vítima e filha decorreu de discussão acalorada entre vizinhos, surgindo a retratação. Falta de justa causa para a ação penal" (STF, HC 82.895/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24-6-2003).

Sequestro e cárcere privado

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos:

I — se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

— Inciso I com redação dada pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

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 15 (quinze) dias.

IV — se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V — se o crime é praticado com fins libidinosos.

— Incisos IV e V incluídos pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

§ 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

— V. art. 5º, XV, da CF.

— V. art. 1º da Lei n. 2.889/56 (crimes de genocídio).

— V. art. 3º, *a*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

— V. art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

— V. art. 1º, III, *b*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

— V. art. 230 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, neste tipo penal, é a liberdade individual, especialmente a *liberdade de locomoção*, isto é, a liberdade de movimento, do direito de ir, vir e ficar: liberdade de escolher o local em que se deseja permanecer. Não deixa de ser, em sentido amplo, uma espécie de constrangimento ilegal, apenas se diferenciando pela especialidade.

Livre gozo da liberdade

Protege-se, na verdade, o livre gozo da liberdade, que não é destruída ou eliminada tanto com o cárcere privado quanto com o sequestro: seu exercício ou livre gozo é que fica suprimido; cessada a privação, o sujeito passivo volta a gozá-la livremente, em toda a sua plenitude. A liberdade, no sentido em que é protegida neste dispositivo, consiste na possibilidade de mudança de lugar, sempre e quando a pessoa queira, sendo indiferente que a vontade desta se dirija a essa mudança.

Valoração objetiva da violação

A valoração da liberdade violada opera-se por meio de critério puramente objetivo, sendo irrelevante que o ofendido tenha conhecimento de que a sua liberdade pessoal está sendo violada.

Consentimento da vítima: justificante supralegal

O *consentimento da vítima*, desde que validamente manifestado, exclui o crime, como tivemos oportunidade de afirmar: “o consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a *conduta consentida* se adeque a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o *consentimento* opera como *causa justificante supralegal*, afastando a proibição da conduta”.

Consentimento da vítima: extensão restrita

Contudo, tratando-se de bem jurídico tão elementar como é o direito de liberdade, convém destacar que o efeito excludente do consentimento da vítima não goza de um *absolutismo pleno*, capaz de legitimar toda e qualquer supressão da liberdade do indivíduo. O *consentimento* não terá

valor se violar princípios fundamentais de Direito Público ou, de alguma forma, ferir a *dignidade da pessoa humana*, como, por exemplo, "tempo de privação de liberdade (perpétua ou por muito tempo) ou o modo de sua supressão (p. ex., ligado o indivíduo a cadeias, encerrado em lugar malsão etc.) ou o objetivo (prestação servil ou de qualquer modo ilícita)".

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Como se trata de crime comum, sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma qualidade ou condição particular; se, no entanto, apresentar a qualidade de funcionário público, e praticar o fato no exercício de suas funções, poderá configurar-se o crime de *abuso de autoridade* (Lei n. 4.898/65). Igualmente, quem receber e/ou recolher alguém à prisão, sem ordem escrita da autoridade competente, também incorre em crime de abuso de autoridade.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, independentemente de *capacidade* de conhecer e de autodeterminar-se de acordo com esse conhecimento, incluindo-se, portanto, os enfermos mentais, as crianças de tenra idade, os loucos de todo gênero etc., ao contrário do que ocorre com os crimes anteriores. Embora essas pessoas possam não ter capacidade de querer e de exercer o seu direito de liberdade, o sequestro ou cárcere privado elimina-lhes a possibilidade de serem auxiliadas.

Pessoas impossibilitadas de locomoção

A despeito do entendimento contrário de alguns intérpretes, pessoas impossibilitadas de locomover-se, por exemplo, *paralíticos, aleijados, paraplégicos* ou *tetraplégicos*, também podem ser sujeito passivo deste crime, pois a proteção legal garante o direito à locomoção, por qualquer meio, e nesse direito se inclui o direito de ir, vir e ficar, livremente.

Pessoa jurídica: impossibilidade

A *pessoa jurídica* não pode ser sujeito passivo deste tipo de crime: assim como não pode ser aprisionada, também não pode ser tolhida em sua liberdade de locomoção, pois não dispõe dessa liberdade de movimento.

Ofendido criança: disciplina do ECA

Se o sujeito passivo for *criança*, poderá ocorrer um sequestro *sui generis*, disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus arts. 230, 234 e 235 (Lei n. 8.069/90).

3 Tipo objetivo: adequação típica

O Código Penal não define *cárcere privado* nem *sequestro*, limitando-se a puni-los igualmente; utiliza as expressões *sequestro* ou *cárcere privado* com sentidos semelhantes, embora, estritamente, se possa dizer que no *cárcere privado* há *confinamento* ou *clausura*, enquanto no *sequestro* a supressão da liberdade não precisa ser confinada em limites tão estreitos. Assim, pode-se *encarcerar* alguém em um quarto, em uma sala, em uma casa etc.; e pode-se *sequestrar* retirando-o de determinado lugar e levando-o para outro, como para uma ilha, um sítio etc.

Sequestrar e encarcerar: "modus operandi"

Nada impede que as duas figuras ocorram em um mesmo fato: por exemplo, sequestrar e encarcerar, aliás, nos dias atuais, é a modalidade mais comum — quem sequestra encarcera. Embora não se trate de *crime de ação múltipla*, o agente que *sequestrar* e *encarcerar* responderá por um único crime, pois, na verdade, a conduta tipificada é "privar" alguém de sua liberdade, e *sequestrar* e *encarcerar* representam tão somente o *modus operandi*. Contudo, essa circunstância comprova a maior censurabilidade da ação, que deverá ser objeto de avaliação no momento da aplicação da pena.

Conteúdo material: impossibilidade de deslocar-se livremente

O conteúdo material do crime, nas suas modalidades, é a impossibilidade de a vítima deslocar-se ou afastar-se livremente. Não é necessária a absoluta impossibilidade de a vítima afastar-se do local onde foi colocada ou retirada pelo agente, sendo suficiente que não possa fazê-lo sem grave risco pessoal. A própria *inexperiência* ou *ignorância* da vítima sobre as condições do local que lhe possibilitariam fugir não desnatura o crime.

Elementos constitutivos do tipo

A conduta tipificada, com efeito, é *privar alguém de liberdade*, sendo indiferente o meio escolhido pelo agente, que poderá ser o mais diverso: violência física ou moral, fraude etc. Os elementos constitutivos do crime de *sequestro* ou *cárcere privado* são: a detenção ou retenção de alguém em

determinado lugar, dissentimento, explícito ou implícito, do sujeito passivo e a ilegitimidade objetiva da retenção ou detenção, além, é claro, do dolo, como elemento subjetivo.

Extensão da privação de liberdade

Sequestro ou *cárcere privado* exige que a privação de liberdade tenha certa duração. Uma privação rápida configuraria tentativa ou constrangimento ilegal. Configura-se o crime ainda que reste alguma liberdade de locomover-se, dentro de certos limites.

Ilegitimidade da privação de liberdade

Embora a ilegitimidade não constitua expressamente elemento normativo do tipo, *se a privação da liberdade for legítima*, não se pode falar em crime; por exemplo: alguém prende um delinquente em flagrante delito e o retém até a chegada da autoridade pública (art. 301 do CPP: "Qualquer do povo poderá... prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito").

Privação legítima: prolongamento indevido

Configurar-se-á, igualmente, o crime de *cárcere privado* quando, após a privação legítima da liberdade, cessada a legitimidade, prolongue-se, indevidamente, a privação de liberdade; ou quando, por exemplo, o paciente recebe alta, mas é retido pela administração por falta de pagamento.

Maus-tratos e cárcere privado

Pai que encarcera menor com finalidade corretiva pratica o crime de maus-tratos e não cárcere privado.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de *privar* alguém de sua liberdade, desde que tenha conhecimento da sua *ilegitimidade*, e que pode ser praticado tanto por meio de sequestro como de cárcere privado.

Elemento subjetivo especial: desnecessidade

Não se exige nenhum elemento *subjetivo especial do injusto*, que, se houver, poderá configurar outro crime; se a privação da liberdade objetivar a *obtenção de vantagem ilícita*, caracterizará o crime de *extorsão mediante*

sequestro (art. 159); se a *finalidade* for *libidinosa*, poderá configurar um crime contra os costumes (art. 215 ou 219, conforme o caso) etc.

Fins especiais e outros crimes

Se a finalidade for atentar contra a segurança nacional, constituirá crime especial, tipificado no art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14-12-1983). Se for praticado por funcionário público, constituirá o crime de violência arbitrária (art. 322). Se o sequestro for meio para a prática de outro crime, será absorvido pelo delito-fim.

Finalidade da ação física: definição do tipo

A mesma *conduta física* poderá configurar um ou outro crime, de acordo com a sua finalidade, isto é, segundo a intenção com que fora praticada. Assim, por exemplo, se a intenção do agente não é a de privar a criança de sua liberdade de locomoção, mas, ao contrário, de tê-la para si, e criá-la como se fora sua, o crime não é de *sequestro ou cárcere privado*, mas o de *subtração de incapazes*, previsto no art. 249 do CP; se não houver a intenção de privação ou restrição de liberdade da vítima — menor de 18 anos ou interdito —, mas somente deixar de entregar, sem *justa causa*, a quem legitimamente o reclame, o crime será o de *sonegação de incapazes* (art. 248, 3ª figura).

Possibilidade do erro

O *erro*, seja *de tipo*, seja *de proibição*, como em qualquer crime, projeta seus efeitos sobre esta infração penal, quer para afastar o *dolo*, e, por extensão a tipicidade, ante a ausência da modalidade culposa, quer para eliminar ou diminuir a *culpabilidade*.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se com a efetiva restrição ou privação da liberdade de locomoção, por tempo juridicamente relevante. Afirma-se que se a privação da liberdade for *rápida*, *instantânea* ou *momentânea* não configurará o crime, admitindo-se, no máximo, sua figura tentada ou, quem sabe, constrangimento ilegal.

Crime permanente

Esta fase do *iter criminis* alonga-se no tempo, perdurando enquanto a

vítima permanecer privada de sua liberdade. Enquanto a vítima não for restituída à liberdade, não se encerra a consumação, podendo, inclusive, o sujeito ativo ser preso em flagrante.

Consumação e exaurimento: simultâneos

Convém destacar que, neste crime, ao contrário do que acontece no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159), o exaurimento não ocorre em momento distinto da consumação; há entre ambos uma identificação temporal, coincidindo consumação e exaurimento.

Constrangimento ilegal: distinção

Sequestro ou cárcere privado não se confunde com constrangimento ilegal: enquanto naquele a privação de liberdade perdura no tempo, neste a privação de liberdade é momentânea, para obrigar a vítima a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Recinto aberto: possibilidade de privação

Se o ofendido, mesmo em recinto aberto, for privado da prática de uma série de atos ou fatos, que desejava realizar e foi impedido, estará configurado o crime de *cárcere privado*, na medida em que esse tipo penal não exige uma prisão, local fechado ou cercado para caracterizar o crime.

5.2 Tentativa: admissibilidade

Como crime material, admite a *tentativa*, que se verifica com a prática de atos de execução, sem chegar à restrição da liberdade da vítima, como, por exemplo, quando o sujeito ativo está encerrando a vítima em um depósito é surpreendido e impedido de consumar seu intento. Tratando-se, porém, da forma omissiva, a tentativa é de difícil ocorrência.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum*, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição especial; *material*, pois produz transformação no mundo exterior, consumando-se somente com a efetiva privação de liberdade da vítima; *permanente*, pois a ofensa do bem jurídico — privação da liberdade — prolonga-se no tempo, e enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade de locomoção a execução estar-se-á consumando; este crime permite, em razão da sua natureza permanente, que o agente pratique o crime mesmo quando a vítima já se encontra privada de

sua liberdade, desde que aquele a reduza ainda mais, por exemplo, alguém que já se encontra em cárcere privado é acorrentado para impossibilitar sua fuga; *comissivo* ou *omissivo*: comissivo, quando o sujeito ativo, com a sua ação, priva a vítima de sua liberdade; omissivo quando, por exemplo, o carcereiro deixar de colocar em liberdade o condenado que já cumpriu a pena, ou deixar de restituir a liberdade ao doente mental que recuperou a saúde etc.; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

6.1 Cárcere privado no interior da prisão: possibilidade

Se o carcereiro, no exercício de suas funções, retém ou deixa de liberar o recluso ou detento, praticará outro crime; no entanto, se apenas se aproveita do estabelecimento ou da situação e, por outras razões, deixa de liberar o indivíduo, parece-nos perfeitamente possível responder pelo crime de *cárcere privado*, pois não é o local da privação que define a espécie e a natureza do crime, a conduta física e seu elemento subjetivo.

7 Formas qualificadas

Os parágrafos do artigo em análise preveem determinadas circunstâncias que, se ocorrerem, qualificam o crime, em razão da maior lesividade da conduta tipificada, que poderá decorrer do maior *desvalor da ação* (§ 1º) ou *desvalor do resultado* (§ 2º). Para as hipóteses do § 1º, está prevista uma pena de reclusão, de dois a cinco anos, e, para as circunstâncias do § 2º, a sanção prevista é de reclusão, de dois a oito anos.

7.1 Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente

A Lei n. 11.106/2005 acrescentou nesse parágrafo, como vítima especial, decorrente de parentesco, a figura do companheiro, sem sentido inovador, procurando apenas adequar o texto penal ao reconhecimento jurídico da figura do(a) companheiro(a), independentemente do sexo.

Previsão "numerus clausus"

A previsão legal é *numerus clausus* e, como norma repressiva, não admite nenhuma forma de extensão; assim, não se incluem pai ou filho adotivos, genro, nora, padrasto ou madrasta. A despeito da evolução ético-social, também estão excluídos os "companheiros", "namorados", amantes, concubinos ou qualquer outra espécie resultante da moderna *união estável*.

Tipicidade estrita: filho adotivo excluído

A previsão do art. 227, § 7º, da CF não autoriza a inclusão do *filho adotivo* como fundamento da qualificação da figura típica. O Direito Penal orienta-se, fundamentalmente, pelo princípio da tipicidade, e, enquanto não houver norma legal criminalizando condutas e cominando as respectivas sanções, os enunciados constitucionais funcionarão somente como matrizes orientadoras da futura política criminal, mas jamais poderão fundamentar a responsabilidade penal sem previsão legal expressa e específica.

Qualificadora e agravante: exclusão

O reconhecimento dessa qualificadora afasta a agravante genérica (art. 61, II, *e*); relativamente ao irmão, embora não qualifique, por falta de previsão legal, configura a referida agravante genérica.

7.2 Se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital (§ 1º, II)

A internação da vítima, indevidamente, em casa de saúde ou hospital, reveste-se de requintada maldade, com a utilização de meio artificioso e fraudulento, não raro abusando da boa-fé do ofendido. Esse artifício na execução do crime revela determinado grau de periculosidade acima do normal.

Fundamento da punição

Fato como esse somente poderá ocorrer em relação a pessoas de certa forma frágeis, pois só quem esteja por alguma razão carente ou necessitada de cuidados médicos pode ser ludibriado com esse meio fraudulento. E, nesse estado, qualquer pessoa tem suas defesas reduzidas e fica mais sujeita a manipulação dessa ordem. Essas circunstâncias todas justificam a maior punição do autor.

Casa de saúde ou hospital: irrelevância

É indiferente que a internação ocorra em casa de saúde ou em hospital, pois não é a natureza do local que agrava o crime, mas sua destinação de cura ou tratamento.

Anuência ou participação

A anuência ou participação de qualquer profissional do estabelecimento de saúde responderá pelo mesmo crime, segundo os preceitos do concurso de pessoas. Se, contudo, o agente incorrer em *erro*, seja de tipo, seja de

proibição, receberá o tratamento segundo a natureza desse erro e a sua *evitabilidade* ou *inevitabilidade*.

7.3 Se a privação da liberdade dura mais de quinze dias (§ 1º, III)

O prolongamento dos crimes permanentes, embora não alterem sua tipificação inicial, aumenta consideravelmente o sofrimento da vítima e o dano geral que produz ao ordenamento jurídico em termos genéricos. A maior durabilidade do crime permanente reflete, igualmente, maior lesividade objetiva e maior insensibilidade moral, que é um componente da periculosidade exacerbada.

Contagem do prazo: é material

Na contagem desse prazo, que é material, inclui-se o dia do começo (art. 10). Não nos parece, porém, que se trate do chamado crime a prazo, pois o período referido representa somente um marco, para além do qual o crime, que já está consumado, assume maior gravidade.

7.4 Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral (§ 2º)

O § 2º, em razão do maior desvalor do resultado, que pode ir além da simples privação da liberdade, produzindo grave sofrimento à vítima, comina pena bem superior, entre dois e oito anos de reclusão. Há duas modalidades de causar *grave sofrimento físico ou moral* ao ofendido: *maus-tratos* e *natureza da detenção*.

Uso desnecessário de algemas

Será necessário que as condições objetivas, por si só, acarretem maiores sofrimentos à vítima, como, por exemplo, pelas condições de higiene, ventilação, promiscuidade ou, quem sabe, para aquelas "autoridades" que preferem sempre e em quaisquer circunstâncias, mesmo quando absolutamente desnecessário, *manter a vítima algemada*.

7.5 Vítima menor de dezoito anos

A despeito de não ser mencionado no texto legal, a *menoridade* da vítima somente qualifica o crime se estiver presente na data de sua prática ou execução, ainda que a consumação opere-se algum tempo depois, ou seja, quando a vítima já tenha ultrapassado essa idade. Recorde-se que o Código Penal adota a *teoria da atividade* (art. 4º).

7.6 Se a finalidade for libidinosa

A figura normal, antes da Lei n. 11.106/2005 se satisfazia simplesmente com o dolo geral, e a presença de alguma finalidade especial poderia configurar outro crime. No entanto, de forma inadequada, a nova lei incluiu uma qualificadora imprópria, qual seja, a "finalidade libidinosa" do sequestro ou cárcere privado, deslocando essa qualificadora do Título "Dos crimes contra os costumes" para o "Dos crimes contra a pessoa". Antes dessa lei, eventual existência de finalidade libidinosa deslocava o crime do art. 148 para uma figura descrita nos capítulos dos crimes contra os costumes.

8 Concurso entre os crimes de sequestro e de roubo

8.1 Majorante especial

Para o crime de roubo foi previsto, como *majorante*, o agente "manter a vítima em seu poder", *restringindo* a sua liberdade (art. 157, § 2º, V, acrescentado pela Lei n. 9.426, de 14-12-1996). Neste dispositivo, a lei fala em *restrição* de liberdade, e, naquele (art. 149), em *privação*; logo, há uma diferença de intensidade, de duração: *restrição* significa a turbação da liberdade, algo momentâneo, passageiro, com a finalidade de assegurar a subtração da coisa, mediante violência, ou, quem sabe, de garantir somente a própria fuga; *privação* da liberdade, por sua vez, tem um sentido de algo mais duradouro, mais intenso, mais abrangente, ou seja, suprime total ou parcialmente o exercício da liberdade.

8.2 Concurso material: roubo e sequestro

Se a privação da liberdade durar mais do que o tempo necessário para garantir o êxito da subtração da coisa alheia ou da fuga, deixará de constituir simples majorante para configurar crime autônomo, de sequestro, em concurso material com o crime contra o patrimônio. Se a vítima, por exemplo, após despojada de seu veículo, é obrigada a nele permanecer, dele se utilizando os acusados não para assegurar a impunidade do crime cometido, mas para a prática de novos roubos contra outras vítimas, haverá o crime de *sequestro ou cárcere privado* (art. 148) em concurso material com o de roubo.

8.3 Ausência de “bis in idem”: fatos e subjetividades distintas

Não ocorre *bis in idem*, pois são dois fatos distintos, com elementos subjetivos igualmente distintos: o *roubo* e o *sequestro*, sendo que este foi além da simples garantia daquele. Garantida a posse tranquila da *res*, a privação da liberdade passa a ser orientada por novo elemento subjetivo, distinto daquele da subtração e da garantia da sua posse.

9 Pena e ação penal

9.1 Penas cominadas

A pena é de reclusão, de um a três anos, na figura simples. A sanção penal é de dois a cinco anos se a vítima for ascendente, descendente, cônjuge do agente ou maior de sessenta anos; se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; ou se a privação da liberdade dura mais de quinze dias (§ 1º). Se, no entanto, em razão dos *maus-tratos* ou da natureza da detenção, resultar para a vítima grave sofrimento físico ou moral, a pena de reclusão será de dois a oito anos (§ 2º).

9.2 Natureza da ação penal

A ação penal é pública incondicionada, não sendo exigida nenhuma condição de procedibilidade.

10 Questões especiais

Este crime pode ser objeto de *prisão temporária*. O consentimento da vítima afasta o crime. Pais que levam filhos embora, desobedecendo ordem judicial, praticam crime de desobediência e não sequestro. Pai que encarcera menor com finalidade corretiva pratica maus-tratos e não cárcere privado.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Sequestro. Internação irregular e indevida em estabelecimento psiquiátrico. Todas as pessoas têm direito a serem deixadas em paz, direito à sua privacidade, o mais abrangente dos direitos humanos, e comete sequestro quem, mediante irregular e indevida internação em hospital psiquiátrico, priva um familiar de sua liberdade, causando-lhe grave sofrimento

moral” (TJRJ, Apelação 2005.050.01366, Rel. Eduardo Mayr, j. 8-11-2005).

“O crime de sequestro e cárcere privado caracteriza-se pela restrição da liberdade de locomoção alheia, em caráter permanente, durante um razoável lapso temporal. Se as pessoas tinham liberdade de ir e vir, descaracterizado está o crime” (TJMG, Apelação 1.0479.04.069813-2/001(1), Rel. Jane Silva, j. 19-4-2005).

“Comete o crime de cárcere privado o agente que mantém sua mãe de criação e sua tia presas em casa, atingindo o direito de locomoção das vítimas” (TJMG, Apelação 1.0183.03.061389-1/001(1), Rel. Márcia Milanez, j. 3-8-2004).

“O crime de sequestro, previsto no art. 148 do Código Penal, pressupõe a vontade livre, consciente e autônoma de privar o ofendido da liberdade de locomoção. Não há falar na incidência do art. 148 do Código Penal, mas, sim, do art. 157, § 2º, inciso V, do mesmo diploma material, se a privação da liberdade da vítima se dá unicamente para a prática do crime de roubo. Tal circunstância, todavia, poderá influir no *quantum* de acréscimo” (STJ, REsp 265.344/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26-3-2002).

“Não merece reforma a decisão que, motivadamente, entendeu não configurado o delito de sequestro, se evidenciado que o elemento subjetivo do injusto praticado pelo réu restringiu-se ao crime de roubo, restando ausente a vontade livre, consciente e autônoma de privar alguém de sua liberdade. Precedente do STF” (STJ, REsp 161.143/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18-10-2001).

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I — cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II — mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I — contra criança ou adolescente;

II — por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003.

— V. art. 303 do CPP.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, neste tipo penal, é a *liberdade individual*, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Carta Magna brasileira. Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional.

Princípio da dignidade humana

Reduzir alguém a *condição análoga à de escravo* fere, acima de tudo, o *princípio da dignidade humana*, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos. Embora também se proteja a liberdade de autolocomover-se do indivíduo, ela vem acrescida com outro valor preponderante, que é o amor próprio, o orgulho pessoal, a dignidade que todo indivíduo deve preservar enquanto ser, feito à imagem e semelhança do Criador.

"Condição análoga à de escravo": direito à liberdade

Ao referir-se a "condição análoga à de escravo", fica muito claro que não se trata de "redução à escravidão", que é um conceito jurídico segundo o qual alguém pode ter o domínio sobre outrem. No caso em exame trata-se de reduzir "a condição semelhante a", isto é, parecida, equivalente à de escravo, pois o *status libertatis*, como *direito*, permanece íntegro, sendo, *de fato*, suprimido.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Como se trata de crime comum, sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma qualidade ou condição particular; se, no entanto, apresentar a qualidade de funcionário público, e praticar o fato no exercício de suas funções, poderá configurar o crime de *abuso de autoridade* (Lei n. 4.898/65). A relação que se estabelece entre os sujeitos do crime é, como diz o texto legal, *análoga* à existente entre o *senhor* e o *escravo*, pois a

liberdade deste paira sob o *domínio* do senhor e dono.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, civilizada ou não, sendo indiferente a idade, raça, sexo, origem, condição cultural, capacidade jurídica etc., especialmente agora, quando qualquer discriminação nesse sentido constitui "crime de racismo" (art. 5º, XLII, da CF e Lei n. 8.459/97).

Pessoa jurídica: impossibilidade

A *pessoa jurídica* não pode ser sujeito passivo também deste tipo de crime, na medida em que somente a criatura humana pode ser escravizada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Reduzir significa sujeitar uma pessoa a outra, em condição semelhante à de escravo, isto é, a condição deprimente e indigna. Consiste em submeter alguém a um estado de servidão, de submissão absoluta, semelhante, comparável à de escravo. É, em termos bem esquemáticos, a submissão total de alguém ao domínio do sujeito passivo, reduzindo-o à condição de coisa.

Sujeição da vítima: relativa liberdade

É irrelevante que a vítima tenha ou disponha de relativa liberdade, pois esta não lhe será suficiente para libertar-se do jugo do sujeito ativo. Ademais, a liberdade protegida pelo art. 149 não se limita à autolocomoção, mas principalmente procura impedir o estado de sujeição da vítima ao pleno domínio de alguém.

Meios e modos de execução

Os *meios* ou modos para a prática do crime são os mais variados possíveis, não havendo qualquer limitação legal nesse sentido; o agente poderá praticá-lo, por exemplo, retendo os salários, pagando-os de forma irrisória, mediante fraude, fazendo descontos de alimentação e de habitação desproporcionais aos ganhos, com violência ou grave ameaça etc.

Prestação de serviços: condições desumanas

Quase sempre a finalidade da conduta delitiva é a prestação de serviços, ou seja, a execução de trabalho em condições desumanas, indignas ou sem remuneração adequada. Ainda hoje este crime ocorre, com frequência, em

fazendas ou plantações distantes, sem falar nos sertões nordestinos.

Concurso com outros crimes

Se algum dos meios utilizados pelo sujeito ativo tipificar algum crime contra a liberdade individual, como, por exemplo, *ameaça*, *sequestro*, entre outros, será absorvido pelo crime de redução à condição análoga à de escravo; se, no entanto, tipificar crimes de outra natureza, haverá concurso com este, que poderá ser formal ou material, dependendo da unidade ou pluralidade de condutas.

Trabalhos forçados ou extraordinários

Tipifica-se o crime, por exemplo, no caso de alguém forçar o trabalhador a serviços pesados e extraordinários, com a proibição de deixar a propriedade agrícola sem liquidar os débitos pelos quais era responsável. Não será, contudo, qualquer constrangimento gerado por eventuais irregularidades nas relações de trabalho que tipificará esse crime.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é representado pelo dolo, que pode ser direto ou eventual, consistindo na vontade livre e consciente de subjugar determinada pessoa, suprimindo-lhe, faticamente, a liberdade, embora esta remanesça, de direito.

Consentimento do ofendido: irrelevância

Embora se reconheça que, em tese, a liberdade seja um bem jurídico disponível, ao contrário do que ocorre com o crime de *sequestro e cárcere privado*, o consentimento do ofendido, mesmo que validamente manifestado, não afasta a contrariedade ao ordenamento jurídico, em razão dos "bens-valores" superiores concomitantes à liberdade, a que acabamos de nos referir.

Indisponibilidade do "status libertatis"

A indisponibilidade, neste crime, não se refere propriamente à liberdade, mas ao *status libertatis* em sentido amplo, que abrange aqueles valores *dignidade, amor próprio* etc. Assim, não há nenhuma contradição em considerar a liberdade individual como disponível lá no art. 148, e indisponível aqui no art. 149 do mesmo diploma legal.

5 Consumação

Consuma-se o crime quando o agente *reduz a vítima a condição semelhante à de escravo*, por tempo juridicamente relevante, isto é, quando a vítima se torna totalmente submissa ao poder de outrem.

Período rápido ou momentâneo: insuficiente

Em razão da sua natureza de *crime permanente*, este não se configurará se o estado a que for reduzido o ofendido for *rápido*, *instantâneo* ou *momentâneo*, admitindo-se, no máximo, dependendo das circunstâncias, sua forma tentada. Enquanto não for alterado o *estado* em que a vítima se encontra, a consumação não se encerra.

Consumação e exaurimento: simultâneos

Neste crime, a exemplo do anterior, o *exaurimento* não ocorre em momento distinto da *consumação*; há entre ambos uma identificação temporal, coincidindo consumação e exaurimento.

6 Tentativa

Como crime material, admite a *tentativa*, que se verifica com a prática de atos de execução, sem chegar à condição humilhante da vítima, por exemplo, quando conhecido infrator desse tipo penal é preso em flagrante ao conduzir trabalhadores para sua distante fazenda, onde o serviriam, sem probabilidade de retornar.

7 Classificação doutrinária

Redução a condição análoga à de escravo é *crime comum*, logo, pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição especial; *material*, exigindo para consumar-se a produção do resultado pretendido pelo agente, qual seja, a submissão da vítima ao seu jugo, ou, em termos típicos, reduzindo-a efetivamente a condição semelhante à de escravo; *comissivo*, sendo impossível praticá-lo por meio da omissão; *permanente*, pois a ofensa do bem jurídico — a condição a que a vítima é reduzida — prolonga-se no tempo, e enquanto a vítima encontrar-se nesse estado a execução estar-se-á consumando; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

8 Redução a condição análoga à de escravo e crimes afins

O crime sob exame pode concorrer com outros, por exemplo, lesão corporal, estupro, rapto etc. No entanto, não será possível o concurso com os crimes contra a liberdade, pois estes serão absorvidos por ele. No magistério de Florian, é natural que a redução a condição análoga à de escravo absorva qualquer outro crime contra a liberdade, pois ele se apresenta como privação sintética, integral, profunda da liberdade do indivíduo.

Crime "sui generis": tipo especial

Guardadas as proporções, e sendo condescendente no exame da taxatividade da tipicidade, referido dispositivo disciplina uma espécie *sui generis* do crime de *reduzir a condição análoga à de escravo*, pois, desde que a escravidão foi abolida em nosso País, vender alguém como *res* é dispensar-lhe tratamento semelhante ao que davam, no seu tempo, aos escravos (art. 238 do ECA).

9 Pena e ação penal

9.1 Pena cominada

A pena, seguindo o princípio da proporcionalidade, é reclusão de dois a oito anos. Não há previsão de figuras qualificadas ou majoradas.

9.2 Natureza da ação penal

A *ação penal* é pública incondicionada, não sendo necessária qualquer condição de procedibilidade. Como toda ação pública, admite ação penal *privada subsidiária*, nos termos da Constituição Federal, desde que haja inércia do Ministério Público.

10 Inovações da Lei n. 10.803/2003

10.1 Limitações consagradas (mesmo não desejadas)

Com esse diploma legal, pretendendo reforçar a proteção do trabalhador, o legislador restringiu o alcance do tipo penal anterior: de *crime de forma livre*, passou a ser *especial*, quer pela limitação do sujeito passivo, quer pelos meios ou formas de execução, que passaram a ser específicas: a) *sujeito passivo*: antes, qualquer pessoa podia ser sujeito passivo deste crime; agora, somente o empregado ou trabalhador (*lato sensu*); b) *meio ou*

forma de execução: antes era *crime comum*, e sua execução era de *forma livre*; agora, somente pode ser praticado segundo as formas previstas no *caput* e § 1º, na nova redação do art. 149.

10.2 Como evitar o equívoco legislativo

O legislador teria atingido seu objetivo com a seguinte técnica: mantendo a redação anterior do *caput* (que era aberta e abrangente) e incluindo as novas modalidades somente em parágrafos; assim, teria evitado a limitação do tipo penal básico, transformando-o em *tipo especial* quanto ao sujeito passivo.

10.3 Sujeito passivo especial da novel figura

A partir de agora, somente pode ser sujeito passivo deste crime quem se encontrar *na condição de contratado*, empregado, empreiteiro, operário (enfim, trabalhador) do sujeito ativo. Para configurar o crime é indispensável a *relação* ou "vínculo trabalhista" entre sujeito ativo e sujeito passivo. A *ausência dessa relação de prestação de serviço* entre sujeito ativo e sujeito passivo impede que se configure esta infração penal, ainda que haja a restrição da liberdade prevista no dispositivo. Nesse caso, deverá ser buscada a adequação típica em outro dispositivo penal.

Novas majorantes: aumentam de metade

São as duas causas constantes do § 2º, ora acrescentado no dispositivo em exame. O critério, a nosso juízo, é absolutamente inadequado, na medida em que, pela inflexibilidade, impede que o magistrado realize a dosagem adequada da pena, resultando, não raro, em uma pena final injusta e desproporcional à gravidade do crime.

Novas sanções penais

A pena privativa de liberdade foi mantida nos limites de dois a oito anos de reclusão, como previa a redação anterior. Foi acrescida, no entanto, a pena de multa, além da "correspondente à violência", desde que — convém registrar — tal *violência* constitua em si mesma *crime autônomo*. Nesse caso, será adotado o sistema do *cúmulo material* de penas. Configurando-se qualquer das majorantes, a pena privativa de liberdade será elevada de metade. Desnecessário lembrar que essas previsões são *irretroativas*, com exceção do *sujeito passivo especial*, que caracteriza uma espécie de *abolitio criminis*.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“O acórdão recorrido diverge do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que se firmou no sentido de que o crime de redução a condição análoga à de escravo, por se enquadrar na categoria de delitos contra a organização do trabalho, é de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VI, da Constituição Federal” (STJ, REsp 909.340/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-9-2007).

“Na esteira do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, o crime de redução a condição análoga à de escravo, ainda que praticado contra determinados grupos de trabalhadores, por se enquadrar na categoria de delitos contra a organização do trabalho, é de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VI, da Constituição Federal” (STJ, Conflito de Competência 62.156/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-6-2007).

“Tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, III, CF) e os preceitos de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos III e XLI, respectivamente), é que deve ser considerado o crime de redução a condição análoga à de escravo, tipificado no art. 149, do Estatuto Repressivo, dado que, se um ser humano está tendo tratamento assemelhado àquele conferido a um escravo (visto como uma propriedade de seu dono, e não como uma pessoa), por certo que seus mínimos direitos e liberdades não estão sendo garantidos, pelo que a dignidade da pessoa humana também não está sendo respeitada, a ensejar a punição na seara criminal. A conduta dos apelantes que alojam os trabalhadores em ambiente em péssimas condições de higiene, não efetuam o pagamento diário de seus trabalhos, nem tampouco os direitos previdenciários, e, ainda, vendem produtos diversos em preço superior ao cobrado no comércio em geral, que serão descontados, após, das verbas que os trabalhadores têm para receber, acabam por reduzir as vítimas à condição análoga à de escravo (art. 149, CP), eis que acarretam, invariavelmente, a submissão fática do empregado aos réus, inviabilizando, inclusive, seu retorno para a cidade de origem” (TRF 3ª Região, Apelação 2004.03.99.021751-9, Rel. Suzana Camargo, 24-4-2006).

“Crimes de aliciamento de trabalhadores, redução à condição análoga à de escravo e formação de quadrilha. Não se pode afastar, de plano, os indícios de que houve o aliciamento de trabalhadores com falsas promessas, o qual era realizado de forma estável, organizada e estruturada por um grupo de pessoas, e a frustração dos direitos trabalhistas, pois, nitidamente, os entes restaram submissos à empresa até a liquidação de seus débitos” (STJ, RHC 17.233/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19-5-2005).

Seção II - Dos Crimes contra a Inviolabilidade do Domicílio

Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

— V. arts. 5º, XI, e 226, § 5º, da CF.

— V. arts. 246, 283 e 293 do CPP.

— V. arts. 70, 71 e 74 do CC.

— V. art. 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

§ 1º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

— V. art. 62 do CP.

— V. art. 19 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

§ 2º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

— V. art. 245 do CPP.

I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º A expressão “casa” compreende:

— V. arts. 246 e 248 do CPP.

I — qualquer compartimento habitado;

II — aposento ocupado de habitação coletiva;

III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º Não se compreendem na expressão “casa”:

— V. arts. 246 e 248 do CPP.

I — hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II — taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido, neste tipo penal, continua sendo a *liberdade individual*, ou seja, o *status libertatis* na sua expressão mais elementar, que é a *inviolabilidade domiciliar*, a invulnerabilidade do lar, que é o lugar mais recôndito que todo ser humano deve possuir, para encontrar paz, tranquilidade e segurança junto aos seus familiares. A *intimidade e a privacidade*, que são aspectos da *liberdade individua*l, assumem dimensão superior no recesso do lar e aí, mais que em qualquer outro lugar, necessitam de irrestrita tutela legal, justificando-se, inclusive, a proteção constitucional (art. 5º, X).

Terminologia múltipla: asilo inviolável

A variedade terminológica, para definir o bem jurídico tutelado — *inviolabilidade da casa, da liberdade individual, da tranquilidade doméstica* —, não tem o condão de alterar a natureza do bem tutelado, que é a proteção da liberdade, da paz e da segurança da célula familiar, ou, na feliz expressão da Constituição Federal, do "asilo inviolável".

Casa habitada: privacidade doméstica

A criminalização da *violação de domicílio* objetiva proteger a *moradia*, isto é, o lugar que o indivíduo "escolheu" para a sua morada, para o seu repouso e de sua família; o bem jurídico é a liberdade e a privacidade "individual-familiar" a que todo indivíduo tem direito, e é dever do Estado garantir-lhe essa inviolabilidade, ou seja, o direito de cada um viver livre de qualquer intromissão no seu lar, na sua casa, na sua morada.

Casa desabitada e moradores ausentes

Casa desabitada não é *res nullius* e também tem proteção jurídicopenal; não a mesma proteção que se dá à *casa habitada*, enquanto asilo inviolável do cidadão, mas a invasão daquela, dependendo das circunstâncias, poderá constituir algum crime contra o patrimônio. No entanto, se houver invasão de *casa habitada*, cujos moradores se encontrem *ausentes*, tipificará o crime de invasão de domicílio, pois, a despeito da ausência dos "moradores", o lugar permanece como "habitado" e repositório da intimidade e privacidade que caracterizam a vida doméstica daqueles.

Durante a noite: ninguém pode entrar

Durante a noite ninguém, nenhuma autoridade, mesmo com ordem judicial, pode entrar ou permanecer no recinto do lar, nos termos do texto

constitucional; havendo ordem judicial, as autoridades deverão aguardar o amanhecer para só então, observando as formalidades legais (arts. 241 a 248 e 293, todos do CPP), poderem adentrar no recinto, que, independente de sua natureza ou condição, constitua o domicílio ou morada de alguém.

Flagrante delito, desastre ou prestar socorro

A ressalva constitucional permite o ingresso na casa, *durante a noite*, somente "em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro" (art. 5º, XI, *in fine*). Essa ressalva, no entanto, ampliou a exceção do Código Penal de 1940, que se limitava à existência de flagrante delito, nos termos seguintes (art. 150, § 3º, II, do CP).

1.1 Definição jurídico-penal de domicílio

O conceito que o Código Civil concebeu a domicílio não é o mesmo que o legislador penal lhe atribuiu, deixando claro que este tinha o significado de "casa" e, para afastar qualquer dúvida, definiu casa como: a) *qualquer compartimento habitado;* b) *aposento ocupado de habitação coletiva;* c) *compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade* (art. 150, § 4º). O CP afastou aqueles locais que não devem ser considerados "casa" para efeitos penais: a) *hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do inciso II do parágrafo anterior;* b) *taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero* (art. 150, § 5º).

1.2 Definição jurídico-penal de "casa"

Segundo o texto legal, a expressão "casa" abrange: "I — qualquer compartimento habitado; II — aposento ocupado de habitação coletiva; III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade" (§ 4º). Vejamos em que consiste cada um desses enunciados:

a) *Qualquer compartimento habitado* — para configurar "casa", no sentido de *qualquer compartimento habitado*, não é necessário que esteja fixa ou afixada em determinado local; pode ser móvel, flutuante, "errante", por exemplo, barco, *trailler, motor-home*, cabina de um trem velho, vagão de metrô abandonado, abrigo embaixo de ponte ou viaduto etc., além de abranger, evidentemente, quarto de hotel, de pensão, pensionato etc.

b) *Aposento ocupado de habitação coletiva* — esta previsão abrange, com efeito, o cômodo onde o indivíduo mora, em local destinado a várias

pessoas: esse “cômodo” é a sua “casa”, o seu lar, protegido pela inviolabilidade constitucional. Referida previsão objetiva evitar dúvidas interpretativas em relação a determinados compartimentos, quartos de hotéis, barracas, pensionatos, orfanatos etc.

Compartimentos públicos: não abrangência

Hotel, motel, pensão ou similares não são objeto desta proteção penal, na sua parte aberta ao público, embora não ocorra o mesmo com as partes “ocupadas”, seja o quarto com hóspede, seja a parte interna da administração ou mesmo de serviços, como cozinha, lavanderia etc.

c) *Compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade* — refere-se, aqui, não à morada ou “lar”, mas ao local onde o ser humano desenvolve sua profissão, atividade ou negócios, tais como escritório de advogado, engenheiro, economista, contabilista, administrador de empresas ou consultório médico, dentário, psiquiátrico, psicanalítico etc. Quem ingressar nesses locais sem consentimento de quem de direito pratica o crime de *invasão de domicílio*. As dependências desses “compartimentos” que forem abertas ao público, como salas de recepções ou de espera, não são abrangidas pela proteção legal, para fins penais.

Dependências de casas

As dependências de casa, para integrarem o conceito jurídico-penal de casa, devem ser cercadas (gradeadas ou muradas), e são espaços acessórios ou complementares da morada ou habitação; entendem-se como tais dependências os anexos ou compartimentos conjugados, como jardim, quintal, pátio, garagem, pomar, adega etc. O que caracteriza a *dependência* da morada é a sua proximidade e interdependência, cujas atividades ali desenvolvidas são intimamente necessárias aos seus moradores.

Não abrangem a definição de casa

O Código Penal, no entanto, preferiu extremar, também, o que não é abrangido pela expressão “casa”: “I — hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior; II — taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero” (§ 5º).

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*, inclusive o *proprietário*, pois não são a *posse* e a *propriedade* os objetos da proteção legal, mas a intimidade e a *privacidade domésticas*, como corolário do direito de liberdade. A expressão "casa", pela conotação que o Código Penal lhe atribui, vai muito além da *simples propriedade*, para abranger, além do seu aspecto material, especialmente a sua finalidade e conteúdo ético-social, o *status* de morador, que integram os direitos naturais da personalidade humana.

Cônjuge separado ou divorciado

O cônjuge separado ou divorciado que invade a residência do outro pratica, em tese, o crime de invasão de domicílio, salvo se sua conduta for orientada por alguma outra finalidade específica, podendo receber, nesse caso, outra definição jurídica.

Proprietário de casa alugada

O *proprietário de casa alugada* também pode ser *sujeito ativo* do crime de *violação de domicílio*, se, por exemplo, adentrá-la contra a vontade do locatário. O inquilino, nesse caso, o *sujeito passivo*, não sofre violação na posse, embora a exerça diretamente, mas na sua tranquilidade doméstica, na *inviolabilidade do seu domicílio*, que a lei protege, até mesmo contra o proprietário do imóvel.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o morador, que pode *impedir* ou anuir à *entrada* ou *permanência* na casa; é, nos termos da lei, *quem de direito*. Não é o patrimônio — domínio ou posse — o objeto da proteção legal, mas a liberdade doméstica, é o *morador*, a qualquer título, proprietário, inquilino, arrendatário, posseiro, usufrutuário, hóspede etc. É ele que tem o direito de admitir ou excluir outrem no interior da sua "morada". Esse direito pode ser exercido até mesmo contra o proprietário.

Morador ausente

Na ausência do morador, o direito de *exclusão* ou *admissão* transfere-se ao cônjuge, ascendentes, descendentes, empregados ou quaisquer outras pessoas que com ele convivam. Teoricamente, predomina a vontade do "chefe da família" ou cabeça do casal (posições ou *status* hoje bastante questionados) para permitir ou impedir a entrada de estranhos; havendo divergência, normalmente deve prevalecer a vontade daquele, desde que desse consentimento não fique ofendido ou exposto a perigo o direito de

liberdade doméstica correspondente a cada um dos conviventes.

Cônjuges e casais: direito partilhado

Em se tratando de *cônjuges* ou, para sermos mais abrangentes, "casais" (casados, amantes, companheiros, parceiros, "namorados" etc.), esse direito é partilhado em igualdade de condições: havendo dissenso, porém, a harmonia "conjugal" recomenda que prevaleça a negativa, sob pena de haver violação de domicílio em relação ao *dissente*, ou seja, admitimos, em outras palavras, *o direito de veto* a qualquer dos "parceiros".

Autorização do cônjuge infiel: atipicidade

O *sujeito passivo* que ingressa em um lar autorizado pelo *cônjuge infiel* (o art. 226, § 5º, da CF estabelece igualdade jurídica entre os cônjuges) não pratica o crime de violação de domicílio; na verdade, há violação do *dever de fidelidade*, mas por parte do cônjuge infiel e não do terceiro estranho à relação.

Habilitação coletiva: legitimidade

Quando se trata de habitação coletiva (colégio, convento, orfanato etc.), o direito de impedir ou admitir normalmente é atribuição do chefe ou diretor, cuja ausência é suprida por um substituto natural, e assim sucessivamente.

Prostituta: privacidade do seu domicílio

A própria *prostituta* pode ser sujeito passivo do crime de violação de domicílio, quando, por exemplo, o seu "cômodo", seja casa, quarto ou "aposento", estiver fechado ao público. Ela, como qualquer cidadão, goza de um mínimo de privacidade, tanto no lugar onde mora como no seu "local de trabalho", isto é, "compartimento onde exerce profissão ou atividade" (art. 150, §§ 4º, I e III, e 5º, I).

3 Tipo objetivo: adequação típica

Entrar significa introduzir-se, penetrar, ingressar, ou até mesmo invadir; *permanecer* significa ficar, continuar, conservar-se dentro. A *permanência* pressupõe a *entrada lícita*, incriminando-se a recusa em sair: o sujeito ativo entra licitamente nesse caso, mas insiste em ficar contra a vontade de quem de direito. Nada impede, porém, que o sujeito ativo entre astuciosa ou clandestinamente, isto é, de forma ilícita, e, descoberto (o crime já consumado na modalidade de entrar), recuse-se a sair, contrariando a

vontade e determinação de quem de direito. Nesse caso, não pratica dois crimes, pois se trata de crime de ação múltipla.

Clandestina, astuciosa ou contra a vontade

Qualquer das duas figuras — entrar ou permanecer — deve ser *clandestina* (oculta, furtiva, às escondidas), *astuciosa* (fraude, ardil, artifício) ou *contra a vontade expressa ou tácita* de quem de direito: o sujeito ativo afronta a vontade do sujeito passivo, opondo-se ao seu querer, tácito ou expresso. Tanto a *entrada* quanto a *permanência* somente configurarão o crime se afrontarem a *vontade* de quem detém o direito de exclusão ou de permissão. Essa contrariedade pode ser presumida, expressa ou tácita.

Casa desabitada ou abandonada

Entrar ou permanecer em *casa desabitada* ou *abandonada* não tipifica a conduta descrita como invasão de domicílio, embora, dependendo das circunstâncias, possa configurar outra infração penal, particularmente contra o patrimônio; por isso, não é recomendável afirmar, simplesmente, que a conduta é atípica. Convém, ademais, ter presente que a *ausência eventual* de moradores não caracteriza casa desabitada ou abandonada.

3.1 Formas de entrada ou permanência: francas, astuciosas ou clandestinas

Nas modalidades em que são utilizadas *astúcia* ou *clandestinidade* há a *presunção* de que elas não são consentidas. Aliás, a *astúcia* e a *clandestinidade* deixam clara essa presunção, caso contrário não seria necessário esse ardil; quando a forma de entrada adotada for a *franca*, ou seja, na ausência de astúcia ou clandestinidade, a contrariedade da vítima deve ser expressa ou tácita, podendo-se perceber, desde logo, que *presumida* não se confunde com *tácita*.

Consentimento do morador

Se houver *consentimento*, expresso ou tácito, a adequação típica será afastada, logicamente. O dissenso de quem de direito será *presumido*, na astúcia ou clandestinidade, em razão da natureza ou da forma pela qual a conduta foi realizada — com fraude, ardil, artifício, na primeira hipótese, ou oculta, furtiva, às escondidas, na segunda —, dificultando a percepção do ofendido, que, sem saber da presença do invasor, não pode ser contra a

sua entrada ou permanência: não se pode contrariar o que não se conhece; é impossível dissentir de algo que se ignora.

Contrariedade expressa ou tácita

Quando a entrada ou permanência for franca, a contrariedade tácita ou expressa, como elementares do crime, deve ser inequívoca: há manifestação de *vontade expressa* quando o sujeito passivo manifesta seu desejo, de forma inconfundível, pela retirada imediata do invasor, podendo materializar-se por meio de palavras, gestos, escritos e qualquer ato eloquente; há o *dissenso tácito*, por sua vez, quando resultar da prática de atos incompatíveis com a vontade de permitir a entrada ou permanência do sujeito ativo no recinto.

Dissenso tácito e presumido

O *dissenso tácito* não se confunde com o *presumido*: o primeiro decorre da postura comportamental do sujeito passivo diante da realidade fática, materializada com a presença do invasor, enquanto o segundo decorre da própria natureza da conduta do sujeito ativo, ardilosa, sorrateira, dissimulada. Naquele, há a exteriorização da vontade de quem de direito, ainda que por meio de uma linguagem não escrita nem falada, mas suficientemente clara para transmitir a contrariedade; neste, a presunção decorre da falta de assentimento na conduta do sujeito ativo, representado pelo comportamento astuto e clandestino.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo deste crime é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de entrar ou permanecer em *casa alheia*, contra a vontade do morador. Faz-se necessário que o agente tenha conhecimento do *dissenso* de quem de direito e de que se trata de “casa alheia”.

Funcionário público: formalidades

Quando o crime for praticado por *funcionário público* — uma espécie de crime próprio —, o *dolo* deve ser integrado pelo *conhecimento* de que abusa dos poderes inerentes à *função pública* exercida, ou que não observa as *formalidades prescritas em lei*, ou, ainda, que *abusa de poder* para entrar ou permanecer em *casa alheia*.

Erro jurídico-penal: efeitos

O *erro*, independentemente de sua natureza, se de tipo ou de proibição,

expargirá seus efeitos excludentes como em qualquer crime. Assim, se a gente entra em casa alheia, ignorando ou desconhecendo que se trata de casa alheia, não comete crime, pois se trata de erro de tipo que lhe exclui o dolo, e por extensão a tipicidade (ante a ausência de previsão da modalidade culposa, desnecessário questionar-se sobre a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do erro).

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime de invasão de domicílio com a *entrada* ou *permanência* em casa alheia, contrariadas por quem de direito; na primeira hipótese, consuma-se tão logo o sujeito ativo se tenha introduzido completamente na casa alheia, independentemente do meio empregado; na segunda hipótese, no exato momento em que a conduta do agente demonstra sua efetiva intenção de permanecer no interior do aposento, a despeito do *dissenso* de quem de direito, ou quando o agente fica no interior da casa, além do necessário, apesar de solicitada a sua retirada.

Entrada lícita e permanência ilícita

Se o agente *entra licitamente* em casa alheia, não comete crime algum; se, no entanto, convidado a retirar-se, *permanece*, contra a vontade do morador, comete o crime, que se consuma com esta segunda conduta; aliás, em princípio, a modalidade criminosa de “permanecer” só ocorre quando a entrada é lícita, caso contrário o crime já estará consumado com a simples *entrada ilícita*, seja astuciosa, clandestina ou contra a vontade expressa de quem de direito. Contudo, se ambas, *entrada* e *permanência*, são *ilícitas*, o agente responde apenas por uma, pois se trata de crime de ação múltipla.

5.2 Tentativa

A *tentativa*, embora de difícil configuração, é, teoricamente, *admissível*. Há *tentativa* quando o agente, pretendendo entrar na casa da vítima, é impedido por esta; ou quando o agente, convidado a retirar-se, pretendendo permanecer no interior da casa alheia, é retirado para fora.

6 Classificação doutrinária

Crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não sendo

exigida nenhuma condição ou qualidade especial do sujeito ativo; de mera conduta, pois a descrição típica não vislumbra qualquer resultado: não há previsão de qualquer consequência da entrada ou permanência em "casa alheia"; *instantâneo* (1ª figura), consuma-se no momento em que o agente entra em *casa alheia*, esgotando-se aí a lesão jurídica; *permanente* (2ª figura), embora pareça redundância, não pode ser outro o sentido de "permanecer"; *de conteúdo variado*, pois, mesmo que o agente "entre" e "permaneça", não pratica dois crimes, mas apenas um; c*omissivo*, na modalidade entrar, e *omissivo*, na de permanecer; *doloso*, não havendo previsão de modalidade culposa.

7 Formas qualificadas: tipos derivados

As qualificadoras do crime de *violação de domicílio* estão relacionadas no § 1º, quais sejam: *cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas*. Vejamos, sucintamente, o significado de cada uma.

7.1 Durante a noite

Noite é o período do dia em que há, naturalmente, a ausência de luz solar, e, normalmente, inicia-se pouco mais de uma hora após *o sol se pôr*, e finda-se com o seu *nascimento*. O fundamento da *qualificadora* do crime praticado *durante a noite* reside na sua maior facilidade e no aumento de dificuldade de defesa da vítima, especialmente nesse tipo de crime, que, provavelmente, no período noturno surpreende quem está dormindo.

Durante a noite e durante o repouso noturno

Durante a noite não se confunde com durante o "repouso noturno", elementar temporal contida no § 1º do art. 155, que é o horário em que a cidade ou o local se encontra repousando, ao passo que "durante a noite" pode abranger períodos anteriores e posteriores ao *repouso noturno*, desde que esteja compreendido entre o início da noite e o crepúsculo da aurora.

7.2 Lugar ermo

É aquele distante, afastado, de difícil acesso, isolado, habitualmente abandonado, onde a possibilidade de socorro é muito remota; é o local, geograficamente considerado, habitualmente solitário; não basta que eventualmente o lugar se encontre isolado ou não frequentado. Essa

circunstância territorial torna mais desvaliosa a ação delituosa, justificando, consequentemente, a sua maior punição, por meio da qualificadora. O isolamento do local aumenta a probabilidade de dano e intensifica a situação de perigo.

Lugar ermo: dificuldade de socorro

Tratando-se de um elemento normativo, deve ser analisado com cautela, pois as circunstâncias fáticas temporais e espaciais é que deverão indicar se o lugar pode ser tido como *ermo*. O *fundamento da qualificadora*, em se tratando de *lugar ermo*, reside na maior dificuldade ou, quem sabe, até impossibilidade de o incapaz encontrar socorro.

7.3 Emprego de violência

O texto legal é omisso quanto à natureza e espécie de violência exigida para configurar a qualificadora: a omissão no dispositivo em exame é a manifestação clara de que a *grave ameaça* não tem o condão de qualificar o crime. Como a lei fala em violência, sem especificar contra quem ou contra o quê, abrange a violência tanto contra a coisa como contra a pessoa.

Violência: concurso de crimes

Se da violência à pessoa resultar algum crime, haverá concurso de crimes, cuja natureza, formal ou material, somente diante do casuísmo se poderá definir.

7.4 Emprego de arma

Embora o texto legal não defina o que deve ser entendido por *arma*, acreditamos que tanto as *próprias* quanto as *impróprias*, desde que sejam idôneas para impingir medo na vítima, serão suficientes para caracterizar a qualificadora.

Armas próprias e armas impróprias

São armas: 1º) *próprias*, aquelas que têm a finalidade específica de ataque ou defesa. As armas próprias podem ser *de fogo*, como revólver, espingarda, bombas, granadas etc.; ou, ainda, *armas brancas*, como punhal, faca, facão etc.; 2º) *impróprias*, aqueles instrumentos cuja finalidade natural não se destina a ataque ou defesa, como as próprias, embora apresentem potencialidade lesiva; normalmente, têm sua finalidade desvirtuada, por exemplo, machado, foice, tesoura, navalha etc.

Uso efetivo de arma

Somente haverá incidência da qualificadora se *as armas* forem efetivamente empregadas na execução do crime. “Emprego” significa “uso” real, efetivo, concreto. Assim, o simples “portar” arma não a caracteriza, desde que não seja ostensivo e com finalidade intimidatória, pois o *porte ostensivo* com a finalidade de infundir medo pode ser uma forma de “emprego de arma” na execução do crime.

Arma de brinquedo: inadmissibilidade

Sobre a inadmissibilidade de *arma de brinquedo* para qualificar o crime, a despeito da equivocada Súmula 174 do STJ relativamente a crime de roubo, veja-se o que dissemos a respeito quando examinamos o crime de *constrangimento ilegal*.

7.5 Duas ou mais pessoas

O concurso de pessoas, por si só, dificulta, quando não elimina, as possibilidades de resistência da vítima; torna muito mais grave o desvalor da ação praticada em concurso, independentemente da natureza da *participação* de cada um, se coautoria ou participação em sentido estrito. Quando o Código exige *participação efetiva* na execução do crime, fá-lo expressamente, como ocorre no art. 146, § 1º; logo, a contribuição do *partícipe* também é computada. Essa *desproporcionalidade* de forças e de probabilidades de vantagens entre sujeitos ativos e vítima fundamenta e justifica essa qualificadora.

8 Formas majoradas: causas de aumento

O § 2º prevê uma *majorante* especial, para quando o fato for: *cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso de poder.* Todos têm o dever constitucional de respeitar a inviolabilidade da “casa alheia”, mormente os funcionários do Estado, que, antes de tudo, devem protegê-la; assim, quando estes — *funcionários públicos* — infringem o art. 150, violam também um *dever funcional*.

9 Causas de exclusão da antijuridicidade

As excludentes de antijuridicidade podem ser as *especiais*, previstas

exclusivamente para este tipo penal (art. 150, § 3º); podem ser as *gerais*, fixadas na Parte Geral do Código Penal (art. 23), e, ainda, as *constitucionais*, acrescidas pela nova Carta de 1988 (art. 5º, XI).

Excludentes especiais

O § 3º do art. 150 do CP prescreve duas hipóteses: "I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo praticado ou na iminência de o ser".

Excludentes constitucionais

O § 3º deve ser analisado em harmonia com o disposto no art. 5º, XI, da Constituição Federal: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Excludentes gerais

O *estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito* afastam a ilicitude de eventual invasão domiciliar; logicamente, as duas primeiras exigem a presença de seus requisitos formais e materiais, e as duas últimas, além desses requisitos, não dispensam a necessidade das *formalidades legais*, sob pena de responderem pelo crime.

10 Pena e ação penal

10.1 Pena cominada

A sanção penal cominada é *alternativa*, na figura simples: detenção, de um a três meses, ou multa (*caput*). Na *figura qualificada* (§ 1º), ou seja, se o crime é praticado *durante a noite, em lugar ermo, com emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas*, a pena é detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência. O *concurso de crimes* até pode ser *formal*, se for o caso de unidade de conduta, mas o *sistema de aplicação de pena* é o do *cúmulo material*, a exemplo do que ocorre com o *concurso formal impróprio*. Na *figura majorada* (§ 2º), a pena é aumentada em um terço, quando praticado por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das

formalidades legais, ou com abuso de poder.

10.2 Natureza da ação penal

A ação penal é *pública incondicionada*, sendo dispensável qualquer manifestação do ofendido tanto para a sua instauração quanto para as providências investigatórias preliminares.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Violação de domicílio. Art. 150 do Código Penal. Quando o réu com seus comparsas ingressam no pátio da residência, como varanda, próximos à porta dos fundos e inclusive no telhado, sendo surpreendidos pela vítima, resta comprovado o crime de invasão de domicílio na forma tentada" (TJRS, Recurso Crime 71001395722, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 22-10-2007).

"Violação de domicílio. Art. 150, *caput*, do Código Penal. Não ocorreu invasão de domicílio. O acusado não agiu de forma clandestina. Ausente ainda o dolo específico para a invasão de domicílio, pois o autor do fato foi ao local para conversar com a vítima sobre seus filhos e não para invadir a residência" (TJRS, Recurso Crime 71001386747, Rel. Angela Maria Silveira, j. 8-10-2007).

"Prova penal — Banimento constitucional das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI). [...] Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária" (STF, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3-4-2007).

"O delito de violação de domicílio é crime-meio, sendo absorvido pelo de lesão corporal gravíssima, devendo o apelante ser absolvido pela prática deste delito" (TJRJ, Apelação 2007.050.02851, Rel. Alexandre H. Varella, j. 6-9-2007).

"Invasão de domicílio. Configurado o delito de violação de domicílio pelo fato de o réu entrar no pátio da residência, onde as vítimas tomavam sol em trajes de banho" (TJRS, Recurso Crime 71001355817, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 27-8-2007).

"Violação de domicílio qualificada. Art. 150, § 1º, do CP. Prova testemunhal carreada dá conta de que o autor do fato adentrou no domicílio durante a madrugada, sem o consentimento de seu morador, de forma clandestina. Além disso, praticou violência com socos e uso de uma faca contra a moradora vítima. O delito em questão é formal, que se consuma com a conduta de adentrar em domicílio alheio sem a devida permissão ou consentimento" (TJRS, Recurso Crime 71001237734, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 4-6-2007).

"Denúncia por crime de furto em estabelecimento comercial qualificado pelo arrombamento. Sentença que desclassifica para o delito de violação de domicílio. Alegação

de ausência de dolo em razão do estado de embriaguez. Não comprovação do alegado. Entrada em estabelecimento comercial à noite, estando o mesmo fechado ao público. Compartimento que está compreendido na expressão 'casa'. Prova induvidosa da autoria e do dolo" (TJRJ, Apelação 2006.050.03652, Rel. Fátima Clemente, j. 26-9-2006).

"Furto. Ausência de *animus furandi*. Desclassificação. Violação de Domicílio. Crime Autônomo. Estando as circunstâncias elementares descritas na denúncia, promove-se a *emendatio libelli* para conserto da imputação. Não havendo demonstração do *animus furandi*, e praticada a invasão de domicílio, cujas elementares estão descritas na denúncia, inclusive quanto à circunstância de ter sido praticado à noite, é de ser mantida a condenação pelo delito do art. 150, § 1º, CP" (TJRS, Apelação 70016024564, Rel. Aramis Nassif, j. 19-9-2006).

Seção III - Dos Crimes contra a Inviolabilidade de Correspondência

— V. art. 5º, XII, da CF.
— V. Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações).
— V. Lei n. 6.538/78 (serviços postais).

Violação de correspondência

Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

— V. art. 3º, *c*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).
— V. arts. 13 e 14 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).
— V. art. 41, XV e parágrafo único, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Sonegação ou destruição de correspondência

§ 1º Na mesma pena incorre:

I — quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

— V. art. 40, § 1º, da Lei n. 6.538/78 (serviços postais).

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

II — quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III — quem impede a comunicação ou a conversação referidas no

número anterior;

IV — quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

— V. art. 70, da Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

§ 2º As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 4º Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

— V. art. 100, § 1º, do CP.

— V. arts. 24, 38 e 39 do CPP.

D O U T R I N A

Alteração: verificar a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplina o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, neste artigo, é a *inviolabilidade do sigilo da correspondência*, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas. A importância desse bem jurídico, na garantia da liberdade de expressão, fundamentou, inclusive, a necessidade de protegê-lo constitucionalmente, elevando-o à condição de garantia constitucional individual (art. 5º, X e XII).

Liberdade de manifestação do pensamento

Protege-se a *liberdade individual*, sob o aspecto, mais especificamente, da *liberdade de manifestação do pensamento*; garante-se, na verdade, a inviolabilidade do sigilo, particularmente o *sigilo da comunicação*, cujo desrespeito atingiria mortalmente a essência da privacidade individual, que é o direito de viver com o mínimo de interferência de terceiros.

Direito à privacidade

O direito à intimidade ou privacidade, que é espécie do gênero direitos da personalidade, necessita e recebe a imediata proteção jurídico-constitucional. E a violação do sigilo da correspondência, das

comunicações telefônicas e telegráficas, na era da informática, é o ápice da transgressão desse direito, que justifica a sua criminalização.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma condição particular. Somente não podem praticar este crime o remetente e o destinatário, ante a impossibilidade de se autoviolar o sigilo da própria correspondência. Será qualificado o crime se for praticado com abuso de função, em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico, cuja pena será de um a três anos de detenção (§ 2º).

2.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos (duplo), por sua vez, são os dois excluídos da possibilidade de serem sujeito ativo, isto é, o *remetente* e o *destinatário* da correspondência. Esses dois são os que sofrem o dano com a violação do sigilo da comunicação não protegido pela lei, como assegurado pela Constituição Federal, como garantia individual do cidadão. Enquanto a correspondência não chega às mãos do destinatário, pertence ao remetente.

3 Tipo objetivo: adequação típica

O art. 151, com redação da Lei n. 6.538/78 no *caput* e nos §§ 1º, I, e 2º, prevê as seguintes formas de conduta, tipificadoras de crimes distintos: a) *violação de correspondência (*caput*);* b) *apossamento de correspondência (§ 1º, I);* c) *violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (§ 1º, II);* d) *impedimento de comunicação ou conversação (§ 1º, III);* e) *instalação ou utilização de estação de aparelho radioelétrico* (*§ 1º, IV*).

3.1 Violação de correspondência

O núcleo do *caput*, que protege a inviolabilidade do sigilo da correspondência, é *devassar*, que significa descobrir, olhar, perscrutar, *indevidamente*, correspondência alheia fechada, total ou parcialmente. É desnecessária a abertura da correspondência; basta, por qualquer meio, tomar conhecimento do seu conteúdo. O devassamento sempre constitui

crime, independentemente do conteúdo da correspondência, se relevante ou irrelevante.

Indevidamente: devassa ilegítima

O elemento normativo *indevidamente* exige que a devassa seja ilegítima, sem autorização, conforme exame que faremos no tópico seguinte.

Correspondência fechada e correspondência aberta

É necessário que a *correspondência* seja *fechada*, isto é, que não tenha sido violada ou devassada por alguém. Se não estiver fechada, não significa que a conduta seja atípica, pois poderá, eventualmente, tipificar a conduta descrita no § 1º, I, deste mesmo artigo, desde que os demais elementos estejam presentes. Se, contudo, o agente limitar-se a ler *correspondência aberta*, sem *apossar-se*, *sonegar* ou *destruí-la*, não cometerá crime algum, desde que não tenha concorrido para a abertura do recipiente onde a correspondência estava acondicionada.

Tomar conhecimento do conteúdo

Não é imprescindível que o sujeito ativo leia, sendo escrita, a correspondência alheia; é suficiente que tome conhecimento do seu conteúdo, ou seja, o sujeito ativo comete o crime tanto quando abre a correspondência como quando faz sua leitura utilizando-se de aparelhagem técnica especial.

Correspondência: definição

O Código Penal não define o que deve ser entendido por *correspondência*. Deve ser abrangente. Assim, pode ser carta, bilhete, fax, fonograma, telex, telegrama, fita de vídeo, fita cassete, *videolaser* etc. Fundamental, mais que o meio ou tipo de correspondência, é que esteja fechada, demonstrando o seu caráter sigiloso e o desejo de que seu conteúdo seja conhecido somente pelo seu destinatário.

3.2. Elemento normativo do tipo: indevidamente. Inconstitucionalidade das “exceções legais”

Ao contrário do que fazia a Constituição anterior (art. 153, § 9º), a atual afirma que “é inviolável o sigilo da correspondência”, sem estabelecer qualquer exceção. Na verdade, o atual texto constitucional excepciona somente em relação ao “sigilo das comunicações telefônicas”, e nos limites estabelecidos no próprio texto constitucional e, posteriormente, disciplinado

pela Lei n. 9.296/96.

Inconstitucionalidade das exceções ao sigilo da correspondência

Todas as exceções ou autorizações legais relativas à inviolabilidade do sigilo de correspondência são inconstitucionais. Ex.: arts. 240, § 1º, *f*, e 243, § 2º, do Código de Processo Penal. Sob o império da nova ordem constitucional, nenhuma espécie de "fundadas razões" autoriza, legitimamente, "apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder" (art. 240, § 1º, *f*), independente da natureza da suspeita (ou mesmo certeza) ou do conteúdo da correspondência. Na verdade, esse dispositivo foi derrogado pela Constituição Federal de 1988, art. 5º , XII, 1ª parte.

Apreensão de correspondência: inconstitucionalidade

Toda e qualquer apreensão de correspondência, com fundamento nos arts. 340 e 243 do CPP, *é inconstitucional* e, como tal, constitui *prova ilícita*, como ocorreu no famoso caso do ex-Presidente do Banco Central, Prof. Francisco Lopes, independentemente de os Poderes Constituídos reconhecerem essa aleivosia. Por outro lado, a previsão do art. 243, § 2º, do CPP é *duplamente inconstitucional*: primeiro porque fere o *princípio da ampla defesa* (art. 5º, LV); segundo porque afronta a *inviolabilidade do advogado* no exercício profissional (art. 133).

Finalidade de investigação criminal: irrelevância

A finalidade de "investigação criminal ou instrução processual penal", mesmo por ordem judicial, *só foi excepcionada para autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas*. Essa *exceção específica* reforça ainda mais o argumento de que, para as demais formas de comunicação — *correspondência, comunicações telegráficas e de dados* —, nem mesmo *fins investigatórios penais* autorizam a violação do sigilo constitucionalmente assegurado. O *constituinte* brasileiro, *a contrario sensu*, reforçou essa garantia constitucional, que assume a condição de dogma: não admite nenhuma exceção!

Correspondência destinada a preso

Nessa mesma linha, é absolutamente *inconstitucional* a "devassa" do conteúdo da correspondência destinada ao preso, realizada pelas autoridades penitenciárias. O preso não é *res*, e a própria Lei de Execução Penal assegura-lhe todos os direitos que não forem atingidos pela sentença

ou pela lei (art. 3º), dentre os quais se destaca a *inviolabilidade da correspondência*.

3.3 Apossamento de correspondência

O § 1º, I, *aplica a mesma pena* a quem se *apossa* indevidamente de correspondência alheia, mesmo não fechada, *para sonegá-la ou destruí-la*, total ou parcialmente. Este dispositivo equipara a *sonegação* de correspondência à sua violação. Na hipótese de *sonegação*, ao contrário da *violação* (*caput*), é irrelevante que a correspondência seja aberta ou fechada e que o sujeito ativo tenha ou não conhecimento do seu conteúdo.

Apossar-se indevidamente

Apossar-se significa apoderar-se, reter, tomar posse da correspondência; mas o apossamento deve ser indevido. É indiferente que a correspondência esteja fechada ou aberta. Como crime de forma livre, pode ser praticado com os mais variados meios ou formas: com violência real ou moral, fraude, por erro do carteiro etc.

Apossamento parcial: suficiência

Para se configurar o crime, é suficiente o apossamento parcial de correspondência, de parte dela, de algum documento anexo etc. Antes da atual redação deste tipo penal, estávamos diante de um crime de conteúdo variado ou de ação múltipla e se o agente praticasse mais de uma das condutas tipificadas não incorria em mais de um crime.

Crime de furto ou dano

Se a correspondência tiver valor econômico, teoricamente, a subtração poderá constituir *crime de furto* e a destruição, *crime de dano*.

4 Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

Nos termos do inciso II, pratica o crime de "violação de comunicação" "quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas".

Divulgar, transmitir ou utilizar

As condutas tipificadas são: "divulgar", "transmitir" ou "utilizar".

Divulgar significa dar publicidade, tornar público, propagar, difundir o conteúdo da comunicação, indevidamente; *transmitir* é comunicar, fazer chegar, transferir, em tese, a um número indeterminado de pessoas. Não é necessário, porém, que uma pluralidade de pessoas tome conhecimento da comunicação, pois o tipo penal pune a transmissão a *outrem*; logo, é suficiente que uma só pessoa tome conhecimento da comunicação para que se configure o crime; *utilizar* é fazer uso, empregar, tirar proveito, explorar, no caso, abusivamente, comunicação telegráfica, radioelétrica ou comunicação telefônica.

5 Interceptação de comunicação telefônica: exceção constitucional

A *comunicação telefônica* é a única a que a atual Constituição Federal permite *exceção*, eventualmente, ao princípio da *inviolabilidade do sigilo das comunicações*, desde que "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (art. 5º, XII). A Lei n. 9.296/96 veio disciplinar as hipóteses possíveis (arts. 1º e 2º).

Interceptação telefônica: legislação extravagante

O art. 10 da Lei n. 9.296/96 faz a seguinte incriminação: "Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

Interceptação telefônica: não será admitida

Não será admitida a interceptação telefônica nos seguintes casos: a) *não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;* b) *a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;* c) *o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção* (art. 2º da Lei n. 9.296/96).

Juiz cível: incompetência

O juiz cível não pode autorizar a interceptação telefônica, e o próprio juiz criminal somente poderá fazê-lo quando estiverem presentes os pressupostos contidos na Lei n. 9.296/96. Para aprofundar a análise deste crime, recomendamos que se busquem as monografias específicas.

6 Impedimento de comunicação ou conversação

Impedir significa barrar, não permitir, opor-se a, interromper por qualquer meio a comunicação ou conversação referidas no tipo penal. Ao contrário de todas as outras hipóteses do § 1º em exame, esta é a única em que não há exigência expressa de elemento normativo, embora Damásio de Jesus sustente a necessidade de o *impedimento* ser indevido ou abusivo.

7 Instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico

O inciso IV do mesmo parágrafo comina a mesma pena do *caput* a "quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal". Esse dispositivo, no entanto, foi revogado pela Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código de Telecomunicações), que em seu art. 70 dispõe: "Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 a 2 anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos" (redação dada pelo Decreto-Lei n. 236, de 28-2-1967), embora, normalmente, conste em todos os Códigos Penais, comuns e anotados, das principais editoras brasileiras, o texto revogado do Código Penal.

7.1 Instalar e utilizar ilegalmente

Os verbos núcleos do tipo penal, contudo, mantiveram-se os mesmos: instalar e utilizar. *Instalar* significa alojar, acomodar, montar; *utilizar* é empregar utilmente, fazer uso, servir-se, tirar vantagem etc. Como se trata de *crime de ação múltipla*, ainda que o sujeito *instale* "telecomunicações" e a seguir as *utilize*, pratica crime único.

7.2 Elemento normativo: sem a devida licença

O elemento normativo do tipo consiste em instalar ou utilizar telecomunicações "sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos". Em outros termos, somente a instalação ou utilização *sem a devida licença* constituirá o crime.

8 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* é o dolo, que se constitui da vontade livre e consciente de violar o conteúdo de correspondência fechada (na hipótese do *caput*) dirigida a terceiro. É indispensável que o sujeito ativo tenha *consciência* de que a correspondência se destina a outrem e que, ainda assim, tenha a vontade de devassá-la. A *consciência atual* do agente deve abranger a ação, os meios utilizados, o conhecimento de que essa devassa é "indevida", isto é, sem justa causa, que se trata de correspondência destinada a outrem.

Ausência do elemento cognitivo: exclui o dolo

A ausência dessa *consciência* ou da sua *atualidade* afasta o dolo e, por extensão, a tipicidade. Está excluída desse elemento cognitivo do dolo somente a *consciência da ilicitude*, que não precisa ser atual e está contida na culpabilidade. Desnecessário dizer, depois do afirmado, que o *erro de tipo*, a exemplo do que ocorre com as demais infrações penais, exclui o dolo.

Sonegação de correspondência: necessidade de especial fim

Na hipótese de sonegação de correspondência, há o elemento subjetivo especial do tipo constituído pelo *especial fim* de sonegá-la ou destruí-la, que não precisa concretizar-se, sendo suficiente que tenha sido o móvel da ação.

Indevidamente: elemento normativo especial

Indevidamente, como demonstramos acima, constitui *elemento normativo especial do tipo*, representando uma *característica especial do dever jurídico*; nessas circunstâncias, como o dolo deve abranger todos os elementos que compõem a descrição da figura típica, à evidência que o sujeito ativo deve ter *consciência* desse *elemento normativo,* que é fundamental na determinação da tipicidade concreta. Nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º não há o elemento normativo típico "indevidamente".

9 Consumação e tentativa

9.1 Consumação

Consuma-se o crime de violação de correspondência com o conhecimento do conteúdo da correspondência (1ª figura). Enfim, consuma-se o crime com o *devassamento da correspondência*, ou seja, com o

conhecimento do seu conteúdo, que não precisa ser total nem ser, na sua essência, *segredo*.

Sonegação ou destruição: crime formal

Na dita figura de "sonegação ou destruição" o crime se consuma com o efetivo *apossamento*; tratando-se de *crime formal* é desnecessário que o agente atinja a eventual finalidade da conduta, que pode ou não ocorrer. Este crime, que preferimos denominar de *apossamento de correspondência*, teve seu momento consumativo alterado em relação à versão original do Código Penal; neste diploma legal, o crime somente se consumava com a efetiva sonegação ou destruição da correspondência: era *crime material*.

Sonegação ou destruição: exaurimento

Agora, com a transformação operada pela Lei n. 6.538/78, como o crime passou a ser *formal*, consuma-se com o simples *apossamento*, pois "sonegar" ou "destruir" passou a constituir simples *elemento subjetivo especial do tipo*, que pode, inclusive, não ocorrer, sendo suficiente que exista na mente do sujeito ativo, como *fim especial*; se ocorrer a efetiva sonegação ou destruição representará somente o exaurimento do crime, que já estava consumado.

9.2 Tentativa

A *tentativa* é admissível, verificando-se quando, por exemplo, alguém é interrompido por terceiro, quando está procurando *violar* o lacre de uma correspondência para descobrir seu conteúdo, embora não seja necessária a abertura do envelope para devassá-la; caracteriza, igualmente, a tentativa, quando o agente não consegue *apossar-se* de correspondência, por circunstâncias alheias à sua vontade.

10 Classificação doutrinária

A violação da correspondência é *crime comum*; *logo*, pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição especial; *de dupla subjetividade passiva*, pois tanto remetente quanto destinatário são sujeitos passivos dessa infração penal; *instantâneo*, consuma-se no momento em que o agente recebe a correspondência, esgotando-se aí a lesão jurídica, nada mais podendo ser feito para evitar a sua ocorrência; *comissivo*, sendo impossível praticá-lo por meio da omissão; *doloso*, não

havendo previsão da modalidade culposa.

11 Cônjuge do destinatário: ilegitimidade da devassa

A convolação a núpcias, a nosso juízo, não confere a qualquer dos cônjuges o direito de violar o sigilo da correspondência do outro. Aníbal Bruno, mais contemporizador, admitia que, "em condições normais de convivência, é de presumir-se entre os cônjuges um consentimento tácito, que justificaria o fato"; contudo, não passa de mera presunção, que cede quando o outro cônjuge não consentir a violabilidade do sigilo de sua correspondência; nesse caso, será vedado o devassamento pelo outro.

Devassa pelo cônjuge: crime ou falta de ética

No entanto, a despeito de não admitirmos o direito de qualquer dos cônjuges *devassar* a correspondência do outro, não chegamos ao extremo de considerá-la crime. Trata-se de um *desvio* de ordem ético-social, censurável, nesse aspecto, mas não chega a tipificar infração penal. Esse *mau hábito* de "bisbilhotar" a correspondência do outro cônjuge, longe de revelar harmonia, cumplicidade e identidade de propósito, isto é, a *affectio maritalis*, destaca comportamento contraditório com esses objetivos e, certamente, não está abrangido pelos *deveres conjugais* estabelecidos no art. 231 e incisos do Código Civil.

12 Formas majoradas e qualificadas

12.1 Majorante especial

O § 2º do art. 151 do CP prevê uma *majorante especial* que, se ocorrer, eleva a pena em quantidade fixa: aumenta-se de metade a pena provisoriamente fixada (que pode ser a pena-base, se não existir agravante ou atenuante). Essa elevação, que é obrigatória, é aplicável se houver dano para alguém. A natureza do dano, que configura tipo aberto, pode ser material ou moral, mas, acima de tudo, tem de ser relevante e devidamente comprovada nos autos; caso contrário, a majoração é inaplicável.

12.2 Qualificadora: abuso de função

A pena será de um a três anos de detenção, se o crime for praticado "com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico". Neste caso, o agente deve praticar o crime com infringência a *dever*

funcional. Esta qualificadora somente poderá incidir em funcionário de empresa postal, telegráfica, radioelétrica. Qualquer outro agente, mesmo funcionário de outros setores das comunicações, não incidirá nessa qualificadora.

Funcionário público: infringência de dever funcional

Não basta tratar-se de funcionário; é necessário que o agente tenha *abusado da função* para praticar o crime; é uma espécie de vínculo causal. Não responderá pela qualificadora se, a despeito de ser funcionário da empresa, sua função não for usada com infringência de dever funcional, ou não lhe facilitar a prática do crime, por exemplo, um motorista, faxineiro, *office-boy*; enfim, mais que a condição de funcionário, é fundamental a *violação de dever funcional* por parte do sujeito ativo.

13 Subsidiariedade: fim em si mesmo

Como crime subsidiário, quando não constituir meio ou elemento de crime mais grave. Se a *devassa* deixa de ser um fim em si mesmo, já não se configura um crime autônomo, passando a constituir elemento, essencial ou acidental, de outro crime, como, por exemplo, o sujeito ativo viola correspondência para praticar o crime de extorsão (art. 158): somente responderá por este crime. Pode, inclusive, constituir espionagem contra interesses protegidos pela Lei de Segurança Nacional (arts. 13 e 14 da Lei n. 7.170/83).

14 Exclusão da ilicitude: abrangência

As excludentes de criminalidade relacionadas no art. 23 do Código Penal não se limitam aos crimes definidos nesse diploma legal, sendo aplicadas, por extensão do seu art. 12, a todas as infrações penais disciplinadas em outros textos legais, desde que, especificamente, não disciplinem o assunto de forma diversa.

Excludentes especiais: duvidosa constitucionalidade

Além das excludentes tradicionais (art. 23 do CP), o art. 10 da Lei n. 6.538/78 estabelece que não constitui violação a abertura de correspondência, nas hipóteses que relaciona. Diante da atual Constituição Federal (art. 5º, XII), que não admite exceção à *inviolabilidade da correspondência*, temos seriíssimas dúvidas quanto à constitucionalidade

dessa previsão legal.

15 Pena e ação penal

15.1 Pena cominada

Nas figuras simples, a pena é *alternativa de* detenção, de até seis meses, ou multa. Esta forma de cominar a sanção penal, sem fixar o limite mínimo, divorcia-se do sistema tradicional do ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de determo-nos na análise sobre vantagens e desvantagens de um e outro sistema; de certa forma, é mais um exemplo de desarmonia que o excesso de leis extravagantes vem causando na codificação penal nacional.

Ausência de mínimo legal: incomum

Na ausência desse mínimo legal, que, tradicionalmente, os tipos penais cominam, é possível que na condenação seja fixada a pena mínima em um dia; aliás, se as operadoras do art. 59 forem todas favoráveis ao acusado, esse quantitativo deverá ser fixado como pena-base. Justifica-se esse entendimento porque a lei não pode ser interpretada restritivamente. Esse limite só não poderá ser inferior porque atingiria frações de dia e, segundo a previsão do art. 11 do Código Penal, *frações de dia* devem ser desprezadas.

Interceptação telefônica: reclusão

Para a figura do crime de *interceptação telefônica* a pena é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa; o crime de *instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico* é punível com a pena de detenção, de um a dois anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro.

Figura qualificada

Na figura *qualificada* (§ 3º), detenção, de um a três anos. Na forma *majorada* (§ 2º), a pena é aumentada de metade.

15.2 Natureza da ação penal

A ação penal é *pública condicionada* à representação, com exceção dos casos dos §§ 1º, IV, e 3º, cuja ação penal é *pública incondicionada*. Titular do direito de representar será tanto o remetente quanto o destinatário, pois o que se protege não é o direito de propriedade da correspondência, mas a liberdade pessoal ou, mais especificamente, a privacidade individual, que é

atingida pela violação do sigilo da correspondência. A desinteligência entre remetente e destinatário quanto a exercer o direito de representar não impede que apenas um represente.

16 Questões especiais

1) Trata-se de crime de *dupla subjetividade*. Enfim, pode-se representar conjunta ou separadamente. Se qualquer dos dois morrer, antes ou depois da entrega da correspondência, a titularidade da representação deverá obedecer à ordem elencada no art. 24 do CPP.

2) A *representação* referida no art. 45 da Lei n. 6.538/78 — da autoridade administrativa ao Ministério Público Federal — constitui apenas uma *impropriedade técnica*, não passando de simples forma de *notitia criminis*, puramente administrativa, e pode ser atribuída ao desconhecimento jurídico-penal do legislador de leis extravagantes. Contudo, esta previsão legal deixa claro que as infrações de violação da correspondência definidas em leis especiais são de ação penal pública incondicionada, ao contrário daquelas previstas no Código Penal, com a redação da Lei n. 6.538/78.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Não se mostra ilícita a prova colhida mediante interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Federal, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra os Pacientes, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Federal para o Juízo Estadual não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida. Precedentes do STF e do STJ" (STJ, HC 56.222/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11-12-2007).

"Dano moral. Acusação injustificada, por parte do prefeito, de cometimento de crime de violação de correspondência por vereador. Configura dano moral a injustificada acusação, por parte de prefeito, de cometimento de crime de violação de correspondência por vereador, considerando ter sido efetuada, em sessão plenária, leitura de ofício remetido pelo prefeito solicitando providências ao presidente da Câmara de Vereadores. Caso em que a missiva enviada ao prefeito de cuja entrega se encarregou o réu, a pedido do remetente, não estava lacrada, possuindo, ainda, conteúdo público" (TJRS, Apelação 70014961213, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 22-11-2006).

"A providência prevista no art. 514 do CPP diz com os delitos funcionais próprios em que a condição de funcionário é elementar do tipo (delito especial próprio), não tendo aplicação quando se trata de delito funcional impróprio (delito especial impróprio), no qual a condição de funcionário atua como majorante ou qualificadora (*v. g.* arts. 150, § 2º, 151 § 3º, e 295 do CP)" (STJ, REsp 271.937/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 23-4-2002).

Correspondência comercial

Art. 152. Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

— V. art. 196, § 1º, XII, do CP.

— V. art. 3º, *c*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

— V. art. 47 da Lei n. 6.538/78 (serviços postais).

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

— V. art. 100, § 1º, do CP.

— V. arts. 24, 38 e 39 do CPP.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

O disposto no art. 152 constitui especial extensão dos conceitos emitidos no dispositivo anterior, aplicando-se especificamente à correspondência comercial. Todos os conceitos que emitimos no capítulo anterior apenas são complementados naquilo que os elementos especializantes o exigirem, quer por limitarem, quer por ampliarem ou simplesmente modificarem as figuras analisadas no referido capítulo.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido aqui também é a *inviolabilidade do sigilo da correspondência*, acrescido de duas *condições especiais*, não exigidas no artigo anterior: uma relativa ao sujeito ativo, que só pode ser "sócio ou empregado"; outra referente à natureza do destinatário da correspondência, que é limitado a "estabelecimento comercial ou industrial".

Punição mais elevada: bem jurídico mais valioso

Na ótica do legislador, *sigilos e segredos comerciais, invenções e novas tecnologias* constituem interesses superiores aos protegidos no art. 151, pois somente essa avaliação justifica tamanha elevação da sanção penal. Embora o tipo penal não se limite à proteção desses interesses, devemos reconhecer que, não raro, podem ser objeto do conteúdo dessas

correspondências.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Como *crime próprio*, somente poderá ser *sujeito ativo* quem reunir as qualidades ou condições especialmente exigidas pelo tipo penal, no caso, o *sócio ou empregado* de estabelecimento *comercial* ou *industrial*. Qualquer outro indivíduo — *acionista, investidor, colaborador, vendedor autônomo ou representante comercial* — não poderá ser *sujeito ativo* deste crime, por faltar-lhe a condição especial de "sócio ou empregado", a não ser que aja ao abrigo do *concurso de pessoas.*

Sócio ou empregado de outros estabelecimentos

Sócio ou *empregado* de qualquer outro *estabelecimento* que não seja comercial ou industrial, como, por exemplo, prestadores de serviços, cooperativas, sociedades civis etc., ainda que execute qualquer das condutas descritas no tipo, não infringirá a proibição nele contida: o legislador, ao nominar expressamente "estabelecimentos comerciais ou industriais", exclui, *ipso facto*, todos os demais estabelecimentos que não se incluam nessa classificação.

Abuso da condição de sócio

Para que o *sujeito ativo* incorra na proibição deste artigo, é indispensável que a conduta seja praticada com *abuso da condição* de sócio ou de empregado; como o tipo penal não exige que haja *abuso de função*, é desnecessário que o sócio ou o empregado seja o encarregado de cuidar da correspondência do estabelecimento, sendo suficiente sua qualidade de "sócio ou empregado" e que, indevidamente, se aproveite dessa condição para *desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar* a estranho seu conteúdo, no todo ou em parte.

3.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos, por sua vez, são o estabelecimento comercial ou industrial e os respectivos sócios, ou o estabelecimento e os demais sócios, na hipótese de um deles ser o sujeito ativo. Não têm legitimidade para ser *sujeito passivo* deste crime estabelecimentos prestadores de serviços, cooperativas, sociedades civis etc., por faltar-lhe a elementar típica

“comercial ou industrial”.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *núcleo* do tipo é alternativo: *desviar* (desencaminhar), *sonegar* (esconder, não entregar), *subtrair* (tirar), *suprimir* (fazer desaparecer) ou *revelar* (divulgar) a estranho o conteúdo de correspondência. Além de *crime próprio*, as condutas descritas no dispositivo em exame caracterizam o chamado crime de ação múltipla.

Conteúdo parcial: irrelevância

O crime se caracteriza ainda que a conduta do agente atinja parcialmente o conteúdo da correspondência, ou somente documentos anexos.

Uso abusivo da condição pessoal

A tipificação das condutas está limitada ao *uso abusivo da condição* de sócio ou empregado. Abusar significa praticar qualquer daquelas condutas *indevidamente*, sem justa causa, ou em condições inadequadas, isto é, em desacordo com a condição (atribuições, direitos ou deveres) de sócio ou de empregado. Se, no entanto, na prática de quaisquer daquelas condutas não houver abuso da *especial* condição do sujeito ativo (sócio ou empregado), isto é, agir nos limites do que lhe é permitido, não haverá o crime.

Somente correspondência comercial

Somente a correspondência comercial encontra amparo no art. 152; não sendo *comercial*, a tutela da inviolabilidade do seu sigilo será abrangida pelo disposto no art. 151. Essa correspondência comercial pode assumir as mais variadas formas, tais como cartas, ofícios, requerimentos, fax, notas, avisos, memorandos, contas, faturas, duplicatas, “dossiês”, instruções, perícias, balancetes, levantamentos etc.

O estranho: desnecessária condição especial

O *estranho* a quem pode ser revelado o conteúdo de correspondência comercial pode ser qualquer um, sem necessidade de qualquer condição especial, funcionário da empresa ou não; que saiba do que se trata ou não; que tenha interesse no conteúdo ou não. Se tiver conhecimento, poderá, dependendo das circunstâncias e da natureza da sua participação, responder pelo crime, como *coautor* ou *partícipe*.

Concorrer para o crime: coautoria ou participação

Se, no entanto, a despeito do interesse que tiver, não houver concorrido de nenhuma forma para a revelação do conteúdo da correspondência, não responderá por este crime.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de violar o sigilo da correspondência comercial, por meio das condutas descritas no tipo penal. O sujeito ativo deve, necessariamente, ter conhecimento de que a correspondência se destina ao estabelecimento (comercial ou industrial) e que tem o *dever de zelar* pela sua inviolabilidade e não revelar a estranho o seu conteúdo. O dolo pode apresentar-se sob a forma direta ou eventual.

Modalidade culposa: inexistência

Não há previsão de modalidade culposa; a eventual ocorrência de erro essencial, a exemplo dos demais crimes, opera naturalmente os efeitos próprios segundo a natureza do erro, de tipo, de proibição ou provocado por terceiro.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime com a prática efetiva das ações de desviar, sonegar, subtrair ou suprimir a correspondência, ou, na segunda modalidade, revelar a estranho seu conteúdo. A prática de mais de uma das condutas nucleares não configura concurso de crimes, respondendo o agente por uma única figura delitiva, pois, como já referimos, trata-se de *crime de conteúdo variado*, também conhecido como de ação múltipla.

6.2 Tentativa

A tentativa é admissível, na medida em que as condutas descritas admitem fracionamento, possibilitando a identificação, com relativa facilidade, da interrupção da fase executória; enfim, estamos diante de um *crime plurissubsistente*.

7 Classificação doutrinária

A violação de correspondência comercial é *crime próprio*, pois só pode ser praticado por sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial; *dupla subjetividade ativa*, representada pelas duas espécies de sujeitos ativos: sócio ou empregado; instantâneo, pois se consuma no momento em que o agente pratica qualquer das condutas nucleares do tipo; *comissivo*, sendo impossível praticá-lo por omissão; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

8 Pena e ação penal

8.1 Pena cominada

A pena é a *privativa de liberdade*: de detenção, de três meses a dois anos. Como se constata, a sanção penal, com exceção das formas qualificadas, é consideravelmente superior àquela cominada ao crime de *violação de correspondência* descrita no artigo anterior. Para o legislador, as ações tipificadas neste dispositivo são mais *desvaliosas* que aquela descrita no art. 151, e a lesão produzida por estas condutas é, igualmente, mais grave. Mas onde se localizam essas diferenças ou quais são os fundamentos da maior danosidade do crime descrito neste art. 152 comparativamente àquele do art. 151, se, teoricamente, trata-se do mesmo bem jurídico?

Desproporcionalidade da punição

Na ótica do legislador, *sigilos e segredos comerciais, invenções e novas tecnologias* representam interesses superiores aos protegidos no art. 151. Pode ser decepcionante para quem acreditava que valores pessoais e individuais relacionados à personalidade deveriam preponderar comparativamente aos bens patrimoniais, mas não foi essa a ótica do legislador de 1940, e com muito mais razão será neste mundo globalizado do início do século XXI.

8.2 Natureza da ação penal

A ação penal é *pública condicionada* à representação. Titular do direito de representar serão tanto a pessoa jurídica quanto os sócios, quando o sujeito ativo houver sido um empregado; quando, porém, o sujeito ativo tiver sido um dos sócios, serão a própria pessoa jurídica e os demais sócios. Sócios e pessoa jurídica podem representar conjunta ou separadamente. A renúncia de qualquer deles não prejudica o direito dos demais.

9 Questões especiais

Confrontar com o art. 153 do CP, com os crimes de violação de segredo de fábrica e violação de segredo de negócio (art. 195, XI e XII, da Lei n. 9.279/96), e com os crimes de segredos industriais ou técnicos (arts. 13, IV, e 14 da Lei n. 7.170/83).

Seção IV - Dos Crimes contra a Inviolabilidade dos Segredos

Divulgação de segredo

Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

— V. art. 100, § 1º, do CP.
— V. arts. 24, 38, 39 e 232 do CPP.
— V. art. 47 da Lei n. 6.538/78 (serviços postais).
— §§ 1º-A e 2º acrescentados pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Nesta seção, o Código Penal disciplina somente a violação de segredos que atingem aspectos da liberdade individual. Protege, no entanto, a *inviolabilidade de segredos que importe ofensa a outros interesses*, quiçá mais relevantes ou mais diretamente atingidos, em outros dispositivos,

como nos arts. 325 (violação de sigilo funcional) e 326 (violação do sigilo de proposta de concorrência), além de outros diplomas legais extravagantes, que também tutelam segredos, cujos interesses, no entanto, são diversos, quer pela sua natureza, quer pela pessoa atingida.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a preservação do sigilo de atos ou fatos secretos ou confidenciais, cuja divulgação pode causar dano a outrem; é, em termos esquemáticos, a inviolabilidade dos segredos, que, como nos dois artigos anteriores, representa um aspecto da liberdade individual.

Limites da proteção penal

A proteção penal, porém, limita-se a documentos particulares ou correspondências confidenciais.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo será somente o *destinatário* ou *detentor* de documento particular ou de correspondência confidencial, que contenha segredo ou conteúdo confidencial, cuja revelação possa causar dano a alguém. Logo, é não só aquele a quem o documento ou correspondência se destina, como também quem, legítima ou ilegitimamente, o possui ou detém.

Publicidade não autorizada

Embora o destinatário seja o "proprietário" do documento ou da correspondência confidencial, desde o dia em que a recebe, não pode dar-lhe publicidade sem autorização do seu autor ou remetente; caso contrário, responderá pelo crime.

Natureza da detenção: revelação injusta

Na hipótese da figura do "detentor" nosso Código Penal não exige que a detenção seja ilegítima, ao contrário do que faz o Código Penal Rocco (art. 621). Assim, é indiferente a *natureza da detenção* do documento ou da correspondência, se legítima ou ilegítima; importa tão somente que a revelação seja *injusta*, isto é, sem *justa causa*. Se a detenção for *ilegítima*, porém, poderá tipificar-se, em concurso, o crime previsto no art. 151: o sujeito ativo *apropriou-se* da correspondência, *devassou-a* e depois ainda

divulgou seu conteúdo.

Crime-meio e crime-fim: punição do último

No entanto, estando presente a relação *crime-meio/crime-fim*, recomenda-se a punição somente do *crime-fim*, no caso, a *divulgação de segredo*, que, aliás, coincidentemente, cominam a mesma pena.

Ausência da condição de destinatário ou detentor

Não pratica o crime quem, não sendo *destinatário* ou *detentor*, recebe a informação ou vem a ter conhecimento do segredo em razão da divulgação feita pelo agente, ainda que saiba de sua origem ilícita, a menos que tenha concorrido de algum modo para a prática do crime (art. 29 do CP). Igualmente, não o comete quem o propala por ouvir dizer ou ter visto o documento ou correspondência.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o titular do segredo, isto é, a pessoa cuja divulgação do conteúdo confidencial pode causar-lhe dano, ainda que não seja o autor do documento ou o remetente da correspondência; é, em outros termos, quem tem legítimo interesse em que se mantenha em segredo o conteúdo do documento particular ou da correspondência confidencial.

Destinatário como sujeito passivo

O próprio destinatário pode ser sujeito passivo, na hipótese de o detentor divulgar o segredo. O *sujeito passivo* nem sempre é quem transmite o segredo ao "destinatário" ou "detentor". Nesse sentido, Monteiro de Barros exemplifica: "se, por exemplo, a esposa transmite ao médico a doença do marido, vindo aquele a revelá-la, este é quem figurará como sujeito passivo do delito".

Sujeito passivo e prejudicado: distinção

Sujeito passivo não se confunde com *prejudicado*; embora, em regra, coincidam, na mesma pessoa, essas condições podem recair em sujeitos distintos. Aquele é o titular do bem jurídico protegido e, na hipótese, lesado, enquanto este é qualquer pessoa que, em razão do crime, sofre prejuízo ou dano material ou moral; o primeiro será a vítima da relação processual-criminal, e o segundo será testemunha, embora interessada. Damásio de Jesus, no entanto, não faz essa distinção ao afirmar que "... é preciso que a divulgação 'possa produzir dano a *outrem*'. Esse '*outrem*' é o

sujeito passivo do delito. Pode ser o remetente, o destinatário ou terceiro qualquer".

Relevância da distinção: direitos decorrentes

A relevância da distinção repousa nos direitos decorrentes dessa *condição* que cada um tem: o *sujeito passivo* é o titular do direito de representar criminalmente contra o sujeito ativo, detém a faculdade de autorizar a revelação do segredo, além de ter o direito da reparação *ex delicto*; ao *prejudicado*, por outro lado, resta-lhe o direito de postular a reparação do dano sofrido.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Divulgar, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, isto é, tornar público ou do conhecimento de um número indeterminado de pessoas. Objetiva a proteção da vida privada, mantendo secretos fatos relevantes, que não se deseja sejam divulgados.

Meios de divulgação: qualquer

A *divulgação* pode produzir-se por qualquer meio: imprensa, rádio, televisão, Internet, exposição ao público, obras literárias etc. Enfim, sempre que haja comunicação a um número indeterminado de pessoas.

Elementares típicas

O tipo penal compõe-se dos seguintes elementos: a) *documento particular ou correspondência confidencial;* b) *divulgação do seu conteúdo pelo destinatário ou detentor;* c) *ausência de justa causa;* d) *possibilidade de dano a terceiro;* e) *dolo, com seu elemento subjetivo.*

Documento sigiloso: vinculado ao dano

O documento particular deve ter natureza sigilosa; no entanto, o caráter sigiloso, por si só, é insuficiente para tipificar o crime, sendo necessário que se vincule ao dano, efetivo ou potencial, que a divulgação possa produzir. Documento e correspondência devem ter interesse moral ou material, uma vez que fatos inócuos não podem converter-se em *segredos*, protegidos pelo Direito Penal, pela simples vontade do remetente.

4.1 Documento particular ou correspondência confidencial

Documento — segundo Hungria — "é todo escrito de que resulte a prova de fato juridicamente relevante, tenha ou não caráter econômico".

Documento, nos termos a que se refere este artigo, tem acepção restrita, mais ou menos nos limites em que é definido pelo Código de Processo Penal (art. 232 e s.), desde que não seja público. Documento, enfim, é qualquer escrito, instrumento ou papel.

Documento público: exclusão

Referindo-se o texto legal, expressamente, a *documento particular ou correspondência confidencial*, fácil é concluir que não é objeto dessa proteção penal o *documento público*, mesmo aqueles que trazem em seu bojo segredos, v. g., *testamento cerrado*. Sobre a inviolabilidade ou devassa de documento público secreto ou não, o Código disciplina em outros capítulos.

Documento sigiloso: potencialidade danosa

Segredo é algo que não deve ser revelado, sendo necessária a preservação do sigilo, não podendo sair da esfera da privacidade pessoal. É indispensável que o documento contenha um segredo cuja revelação tenha idoneidade para produzir dano a alguém. Logo, a simples chancela de "secreto" ou "confidencial" que determinados documentos recebem não é suficiente para caracterizar o documento secreto ou a correspondência confidencial, definida neste tipo penal.

Sigilo do conteúdo da correspondência

O *sigilo*, ademais, deve recair sobre o conteúdo da correspondência ou documento e não sob o seu aspecto formal. Assim, documentos ou correspondências irrelevantes, inócuas ou, por qualquer razão, incapazes de produzir dano ao sujeito passivo não são objeto da proteção legal do art. 153. No entanto, isso não significa que, enquanto correspondências, não tenham a proteção legal, pois a *inviolabilidade do seu sigilo* continua bem jurídico penalmente protegido, mas já então à luz do art. 151.

Documento eletrônico

Mas, no atual estágio da evolução tecnológica, poder-se-á sustentar, como se fazia até pouco tempo, que *documento* ou *correspondência* somente podem ser escritos? À evidência que não; ninguém pode ignorar que, na atualidade, pode-se receber documento ou correspondência confidencial das mais variadas formas, como, por exemplo, através de *e-mail, videolaser, videoclip*, gravações em fitas cassete, fitas de vídeo etc.

Correspondência confidencial

Quanto à definição de *correspondência*, reportamo-nos ao que dissemos ao analisar o art. 151. A adjetivação de *confidencial* significa que deve ter um conteúdo realmente secreto, isto é, que deve chegar ao conhecimento de determinada pessoa ou de limitado número delas; coisa que se deve manter em sigilo, respeitando-se a vontade e o interesse legítimo de alguém.

4.2 Elemento normativo do tipo: sem justa causa

Não se trata de *crime comum*, com descrição tradicional, puramente objetiva, mas de *tipo anormal*, contendo um elemento normativo da antijuridicidade — *sem justa causa*. Assim, o tipo penal é *aberto* e exige um *juízo de valor* para complementar a análise da tipicidade.

Divulgação "contra legis"

Somente a divulgação injusta, *contra legis*, caracterizará o crime. Poderão justificar a divulgação de segredo, por exemplo, entre outras, as seguintes condições: *delatio criminis* (art. 5º, § 3º, do CPP); *exercício de um direito* (exibição de uma correspondência para comprovar judicialmente a inocência de alguém; não há infração na conduta de quem, na defesa de interesse legítimo, junta aos autos de interdição documento médico de natureza confidencial); *estrito cumprimento de dever legal* (apreensão de documento em poder de alguém — art. 240, § 1º, *f*, do CPP); *o dever de testemunhar em juízo* (art. 206 do CPP); *consentimento do ofendido* (trata-se de direito disponível); ou qualquer excludente de criminalidade ou mesmo dirimentes de culpabilidade.

Indiciamento indevido: constrangimento ilegal

Havendo *justa causa* para divulgação de segredo, o fato é atípico; constitui *constrangimento ilegal* o indiciamento do agente em inquérito policial, sendo passível de *habeas corpus*.

4.3 Natureza do segredo tutelado: tipo aberto

Trata-se, inegavelmente, de *tipo aberto*: afinal, a que segredo se protege? Aliás, segredo só consta do *nomen iuris* e não do preceito. O *nomen iuris* não é elementar do tipo. *Segredo* é algo que não deve ser revelado ou que se tem razão, fundamento ou interesse para ocultar. Pode resultar de manifestação expressa ou tácita da vontade do interessado.

Confidências verbais: atipicidade

Estão excluídas da proteção penal as “confidências” obtidas verbalmente, isto é, através da fala, oralmente. Em sentido semelhante manifestava-se Nélson Hungria, afirmando que: “no tocante às confidências orais e sem cunho de necessidade, ficam por conta e risco de quem as faz sem precatar-se contra intrusos e ‘sacos-rotos’. Assim, é indispensável que o agente tenha sido ‘destinatário ou detentor’ de dados ou informações recebidas através de documentos”.

Segredo condicionado: possibilidade

Magalhães Noronha falava que o segredo podia ser “condicionado”, ou seja, “oculto até certa data ou acontecimento. A antecipação do conhecimento integrará o delito”. Em sentido semelhante manifestava-se Hungria, segundo o qual “não importa que o vínculo de segredo seja temporário ou condicionado ao advento de determinado fato: ainda em tal hipótese, seu rompimento antecipado é crime”. Logo, pode-se concluir, a temporariedade ou condicionalidade, por si só, não exclui a proteção legal do segredo.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade livre e consciente de divulgar o conteúdo de documento particular ou correspondência confidencial, tendo consciência de tratar-se de conteúdo sigiloso e que pode produzir dano a alguém. Ademais, é necessário que o agente tenha *consciência* de que a sua conduta é ilegítima, isto é, sem justa causa.

Elemento subjetivo especial: desnecessidade

Não há exigência de nenhum *elemento subjetivo especial do injusto*, nem mesmo a finalidade de obter qualquer vantagem com a divulgação.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime com o ato de *divulgar*, independentemente da ocorrência efetiva de dano, pois o próprio tipo exige somente que a conduta tenha a *potencialidade* para produzir dano, sendo desnecessário que este se efetive, tratando-se, pois, de *crime formal*. É insuficiente a comunicação a

uma só pessoa ou a um número restrito de pessoas: faz-se necessária uma difusão extensiva, algo que torne possível o conhecimento de um número indeterminado de pessoas.

6.2 Tentativa

A *tentativa* é de difícil configuração, mas teoricamente possível, pois não se trata de *crime de ato único*, e o fato de prever a potencialidade de dano decorrente da conduta de divulgar, por si só, não a torna impossível. Concordamos com o exemplo sugerido por Magalhães Noronha, que questiona: "Se o possuidor de um documento que contém segredo o está afixando em logradouro público, e é interrompido ou obstado por terceiro, não realizou atos de execução, não *tentou* divulgar, não realizou *parcialmente* o tipo?".

Necessidade de representação: irrelevância

A necessidade de o ofendido representar contra o sujeito passivo tampouco obstaculiza a tentativa. O exercício desse direito não tem nenhuma relação com a consumação do crime: tentar ou consumar relaciona-se à atividade do sujeito ativo, e o fato de ofendido representar e com isso levar ao conhecimento de terceiro não altera a natureza da conduta do agente, que, por razões estranhas à sua vontade, foi impedido de consumar a divulgação do segredo.

7 Classificação doutrinária

Crime próprio, que exige sujeito ativo especial: quem não tiver a condição de destinatário ou detentor, mesmo que revele o segredo de que tem conhecimento, não responde por esse crime, a não ser as hipóteses de concurso de pessoas (art. 29 e parágrafos); formal, pois se consuma com a simples conduta de divulgar, sendo antecipado o resultado; instantâneo, consuma-se no momento em que o agente divulga o segredo, esgotando-se aí a lesão jurídica; *comissivo*, pois é impossível praticá-lo mediante omissão; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

8 Divulgação de informações sigilosas ou reservadas

A Lei n. 9.983/2000 acrescentou que constitui crime a divulgação, sem justa causa, de informações sigilosas ou reservadas, independentemente de

constarem ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública. Tudo que se disse a respeito do verbo “divulgar” e da elementar normativa “sem justa causa” relativamente ao tipo anterior se aplica a esta nova infração penal.

8.1 Bem jurídico protegido

O bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, apenas sob o aspecto da privacidade, e a inviolabilidade da intimidade pessoal, especialmente resguardados os dados e informações pessoais armazenados pela Administração Pública.

8.2 Informações sigilosas ou reservadas: definidas em lei

O vocábulo “informações” pode ter uma abrangência exagerada, incompatível com as limitações próprias do direito penal. Por isso, o texto legal se encarrega de limitar-se àquelas “definidas em lei”. Assim, não bastam tarjas, faixas, carimbos ou coisa do gênero que as definam como sigilosas para que adquiram essa condição. Faz-se necessário que texto legal (estritamente falando, lei) assim o defina. Caso contrário, esbarra-se na atipicidade. Não admitimos que outros diplomas legais, tais como decretos, resoluções ou medidas provisórias, possam equiparar-se à lei.

9 Pena e ação penal

9.1 Pena cominada

A pena cominada é *alternativa*, detenção, de um a seis meses, ou multa. Crimes como este nunca deverão afastar-se da competência dos Juizados Especiais Criminais, e dificilmente poderá ser, *in concreto*, outra sanção que não uma alternativa, e, via de regra, pena de multa (Leis n. 9.099/95 e 9.714/98).

Na hipótese do § 1º-A, a pena será de um a quatro anos de detenção e multa.

9.2 Natureza da ação penal

A *ação penal* é pública condicionada à representação; trata-se de direito disponível, e, como tal, o início da ação penal depende de provocação do ofendido. Em razão da disponibilidade do bem jurídico tutelado, o

consentimento do ofendido exclui a própria adequação típica.

Havendo prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será pública incondicionada (§ 2º).

10 Questões especiais

Qual a espécie e extensão de dano? E a prescrição, corre da emissão do documento ou correspondência, do seu recebimento, ou quando? Por quantos anos ou décadas dura a obrigação do sigilo? Será crime imprescritível? Essas questões demonstram a insegurança jurídica decorrente deste dispositivo. Os arts. 153 e 154 não esgotam a proteção de segredos. Os arts. 196, § 1º, XII, 325 e 326 tipificam outras figuras semelhantes.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

Divulgação de segredo. Prescrição da pena *in abstrato*. O Juízo processante [...] entendeu que as condutas relativas aos crimes de concorrência desleal, ou qualquer outra previsibilidade legal envolvendo direito autoral, propriedade intelectual e divulgação de segredo intelectual ou material, foram atingidas pela decadência, declarando a extinção de punibilidade" (STJ, REsp 823.292/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-6-2007).

"Havendo justa causa para a divulgação de segredo, o fato é atípico, constituindo constrangimento ilegal o indiciamento do agente em inquérito policial" (TACrimSP, Recurso *ex officio* 188.671, Rel. Lauro Malheiros, j. 8-6-1978).

Violação do segredo profissional

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

— V. art. 100, § 1º, do CP.
— V. arts. 24, 38, 39 e 207 do CPP.
— V. art. 229 do CC.
— V. art. 195, XII, da Lei n. 9.279/96.
— V. art. 21 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Os arts. 153 e 154 ocupam-se somente dos segredos relativos ao exercício de atividades da vida privada, pois a proteção do sigilo ou segredo da função pública opera-se através dos arts. 325 e 326 do CP.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido continua sendo, também neste artigo, a *liberdade individual*, agora sob o aspecto da *inviolabilidade do segredo profissional*; é, como realça o *nomen iuris*, o sigilo de *segredo profissional*, cuja divulgação pode causar dano a outrem. Este dispositivo incrimina somente a divulgação de segredo relativo ao *exercício de atividade privada*, porquanto o sigilo relacionado à *função pública* é protegido pelos arts. 325 e 326, ambos do CP.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser quem tem ciência de segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão. Trata-se de uma modalidade muito peculiar de *crime próprio*, uma vez que a *condição especial* não se encontra no sujeito ativo, mas na *natureza da atividade* que lhe possibilita ter ciência do segredo profissional.

Confidentes necessários: em razão do mister

Sujeitos ativos são os *confidentes necessários*, aqueles a quem são confiados segredos em razão do seu mister, no caso em apreço, *função, ministério, ofício ou profissão*. A terminologia *confidentes necessários* fundamenta-se na essência de determinadas atividades em que a relação *profissional—cliente* encerra confidências, sigilos, segredos, cuja *revelação indevida* fere, no mínimo, a ética profissional.

Crime profissional: revelação sem justa causa

Pela importância que certas relações encerram e a gravidade do dano ou prejuízo que a divulgação, *sem justa causa*, pode causar ao ofendido, o CP preferiu elevá-las à condição de crime. Essas atividades podem ser as exercidas por médicos, dentistas, advogados, engenheiros, sacerdotes etc.

Auxiliares e ajudantes

Podem, igualmente, praticar este crime os *auxiliares* ou *ajudantes* das pessoas obrigadas ao *sigilo profissional*, desde que tenham *conhecimento do segredo* no exercício de suas atividades de auxiliares ou ajudantes.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o titular do segredo, que pode ser pessoa física ou jurídica a quem pertencem os dados secretos. Aplica-se aqui o que já dissemos quanto à distinção entre *sujeito passivo* e *prejudicado*: *aquele* é o titular do bem jurídico protegido, e *este* é qualquer pessoa que, em razão do fato delituoso, sofra prejuízo ou dano material ou moral.

Direito de representação: sujeito passivo

O sujeito passivo, além do *direito de representar* contra o sujeito ativo, pode habilitar-se como assistente do Ministério Público no processo criminal (art. 268 do CPP), ao passo que ao *prejudicado* resta somente a possibilidade de buscar a reparação do dano na esfera cível. Nesse particular, estamos retificando a orientação que adotávamos quando anotamos nosso CP em coautoria com Luiz Regis Prado.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *revelar*, que significa contar a alguém segredo profissional. *Revelar* tem uma abrangência mais restrita do que *divulgar*: aqui implica um número indeterminado de pessoas; lá é suficiente *alguém*.

Segredo profissional: de criação e de invenção

Esta matriz típica objetiva a proteção do *segredo profissional* específico, da criação e da invenção, mantendo secretos fatos relevantes, punindo, além da violação dos segredos de que se tem conhecimento no exercício de certas atividades profissionais, a *espionagem* industrial, comercial e artística. A proteção inclui o segredo oral e não apenas documental.

Relação causal: conhecimento do segredo

É indispensável uma *relação causal* entre o conhecimento do segredo e a especial qualidade do sujeito ativo (em razão de função, ministério, ofício ou profissão), isto é, um *nexo causal* entre o exercício da atividade e o conhecimento do segredo. É indiferente o modo ou a forma como teve conhecimento do segredo, por escrito, oral, compulsando documentos,

consultando *video-clip* etc., desde que esteja relacionado a função, ministério, ofício ou profissão.

Justa causa: fundamento legal

A *justa causa*, que torna atípica a conduta, deve ser legal, isto é, deve encontrar fundamento direto ou indireto em norma jurídica. Nosso Código Penal filia-se à orientação que dá *proteção absoluta ao segredo profissional*. Advogado, por exemplo, que revela segredo de seu cliente à parte contrária, em prejuízo daquele, pratica crime de *patrocínio infiel* (art. 355). A violação de sigilo profissional (advogado, médico etc.) também constitui falta ético-administrativa.

Ausência de notoriedade: vontade de preservá-lo

Para que o segredo justifique a proteção penal é necessário que reúna dois elementos: um *negativo* — ausência de notoriedade, isto é, que não seja de conhecimento público; outro *positivo* — vontade decisiva do titular de preservá-lo. Não deixa de ser secreto um fato sobre o qual corre boato incerto.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo* representado pela vontade livre e consciente de revelar segredo de que teve conhecimento em razão de função, ministério, ofício ou profissão, tendo consciência de que se trata de *segredo profissional* e que pode produzir dano a alguém. Ademais, é necessário que o agente tenha *consciência* que a revelação é *ilegítima*, isto é, sem justa causa.

Elemento subjetivo especial: desnecessário

Não há exigência de nenhum *elemento subjetivo especial do injusto*, nem mesmo a finalidade de obter qualquer vantagem com a revelação. Tampouco há previsão de modalidade culposa, por mais escancarada que seja a culpa do sujeito ativo.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime no momento em que o *sujeito ativo* revela a terceiro *conteúdo de segredo* de que teve ciência nas circunstâncias definidas no

tipo penal; consuma-se com o simples *ato de revelar*, independentemente da ocorrência efetiva de dano, pois é suficiente que a revelação tenha *potencialidade* para produzir a lesão, que, se ocorrer, constituirá o exaurimento do crime.

Comunicação a uma pessoa: suficiência

É suficiente a comunicação a uma só pessoa, ao contrário do que ocorre com o crime de *divulgação de segredo*, que necessita ser difundido extensivamente, para um número indeterminado de pessoas. Em síntese, "revelar" pode ser somente para uma pessoa, enquanto "divulgar" implica, naturalmente, um número indeterminado delas. Revelar é menos que divulgar.

6.2 Tentativa

A *tentativa* é de difícil configuração, mas teoricamente possível, especialmente através de meio escrito, pois não se trata de *crime de ato único*, e o fato de prever a potencialidade de dano decorrente da conduta de *revelar*, por si só, não a torna impossível. O dano potencial pode ser de qualquer natureza: patrimonial, moral, público ou privado, pessoal ou familiar.

7 Elemento normativo da descrição típica: sem justa causa

O simples *dever moral* é insuficiente, em tese, para constituir "justa causa" capaz de autorizar a revelação de segredo. As "justas causas" por excelência decorrem de lei.

Excludentes e dirimentes gerais

As excludentes de criminalidade e as dirimentes de culpabilidade constituem "causas justas" para a revelação, afastando, assim, o elemento normativo da descrição típica.

Consentimento do ofendido

Tratando-se de bem jurídico disponível, o *consentimento do ofendido* exclui a *adequação típica* da conduta de revelar segredos profissionais. O consentimento afasta a elementar "sem justa causa". Se vários forem os sujeitos passivos, isto é, interessados na manutenção do segredo, subsistirá o crime em relação aos que não consentiram.

Proibição de testemunhar

O próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância dos *segredos profissionais*, tanto que protege a sua inviolabilidade, inclusive excluindo os profissionais da *obrigação de depor*, que é um dever de todos (art. 206, 1ª parte, do CPP); aliás, os profissionais a quem são confiados segredos, nas circunstâncias aqui examinadas, "são proibidos de depor", salvo se, desobrigados pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (art. 207 do CPP).

Desobrigação de depor: fundamento ético

Mesmo desobrigados do sigilo do segredo pela parte, os profissionais continuam desobrigados de depor: fá-lo-ão *somente se quiserem*, diz o art. 207 do CPP. A proteção legal do segredo protege tanto o *titular do segredo* quanto o seu *destinatário*: mesmo liberado pelo titular do segredo, *razões éticas* justificam a recusa do profissional de depor acerca de segredos de que tenha tido ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão. Ninguém pode ser obrigado a violentar seus princípios éticos, aliás, em nome dos quais as pessoas são levadas a confiar-lhes suas intimidades!

Prestar esclarecimentos: "eufemismos oficiais"

Esses profissionais, na verdade, *não são obrigados a depor* nem "prestar informações" ou "esclarecimentos", que não passam de *eufemismos* utilizados por determinadas autoridades, com visível *abuso de autoridade*, para burlar a proteção legal. A título de ilustração, destacamos a prescrição do *Código de Ética Médica*, aprovado pela Lei n. 3.268/57, que dispõe: "O médico está obrigado, pela ética e pela lei, a guardar segredo sobre fatos de que tenha conhecimento, por ter visto, ouvido ou deduzido, no exercício de sua atividade profissional, ficando na mesma obrigação todos os auxiliares" (art. 36).

Denunciação de crime: não é justa causa

A nosso juízo, a *denunciação de crime* não constitui *justa causa* para a revelação de segredo, contrariamente ao que pensava Heleno Cláudio Fragoso, e, nesse particular, é muito elucidativa a citação que transcrevemos do Código de Ética Médica.

Erro de tipo

O crime de violação de segredo profissional, por sua própria natureza, é um dos mais propícios às duas espécies de *erro*. Assim, por exemplo, se o profissional revelar segredo de um cliente (ou paciente), acreditando,

sinceramente, que não lhe causará nenhum dano, mas que, a despeito dessa convicção, se produz. Nessa hipótese, erra sobre uma condição do tipo — possibilidade de dano; logo, incorre em *erro de tipo*.

Erro de proibição

Se, no entanto, acredita, piamente, que a revelação que faz realiza-a corretamente, como, por exemplo, para cobrar honorários; nem pensa que age com justa causa, acredita apenas que tem o direito de fazê-lo. Nessa hipótese, não *erra* sobre uma elementar do tipo — sem justa causa —, mas sobre a ilicitude da conduta; logo, incorre em *erro de proibição*.

8 Classificação doutrinária

Crime próprio, que exige sujeito ativo especial: somente profissional (daquelas profissões especiais) que tiver ciência do segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão pode responder por esse crime, a não ser as hipóteses de concurso de pessoas (art. 29 e parágrafos); *formal*, pois se consuma com a simples conduta de revelar o segredo, sendo, pois, antecipado o resultado. Aliás, o dano nem precisa ocorrer: basta a *potencialidade lesiva* da conduta; *instantâneo*, consuma-se no momento em que o agente divulga o segredo, esgotando-se aí a lesão jurídica; *comissivo*, pois é impossível praticá-lo por meio da omissão; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa.

9 Pena e ação penal

9.1 Pena cominada

A pena cominada é *alternativa*, detenção, de um mês a um ano, ou multa.

9.2 Natureza da ação penal

A *ação penal é* pública condicionada à representação; trata-se de direito disponível, e, como tal, o início da ação penal depende de provocação do ofendido. Se o titular do segredo for menor de dezoito anos ou interdito, o direito de representar deve ser exercido pelo seu representante legal.

10 Questões especiais

Vide art. 195, XII, da Lei n. 9.279/96 (regula direitos e obrigações

relativos à propriedade industrial). A *justa causa*, que torna atípica a conduta, deve ser legal. Advogado que revela segredo de seu cliente à parte contrária, em prejuízo daquele, pratica crime de *patrocínio infiel* (art. 355). A violação de sigilo profissional (advogado, médico etc.) também constitui falta ético-administrativa. Deve-se lembrar, no entanto, que o dever de sigilo não é absoluto, na medida em que alguns *deveres jurídicos* são superiores àquele, cujas presenças constituiriam *justa causa*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Não há como exigir que o advogado preste depoimento em processo no qual patrocinou a causa de uma das partes, sob pena de violação do art. 7º, XIX, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). É prerrogativa do advogado definir quais fatos devem ser protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que deles conhece em razão do exercício da advocacia. Optando por não depor, merece respeito sua decisão" (STJ, AgRg no HC 48.843/MS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 31-10-2007).

"A violação do segredo profissional só constitui crime quando a revelação é feita sem justa causa por quem tem ciência dele em razão da função, ministério, ofício ou profissão, sendo ela capaz de produzir dano a outrem, e mesmo assim a adequação típica exige a presença do dolo, o que não se verifica no fornecimento de prontuário médico de vítima de homicídio em cumprimento de requisição da autoridade competente para fazê-lo, sendo oportuno lembrar que o crime de violação do segredo profissional somente se procede mediante representação, direito que pertence ao interessado na manutenção do segredo e que se extingue com a morte, não se transmitindo aos herdeiros, que só poderão apresentar se forem atingido pela revelação, conforme ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso. No caso, não se está exigindo que a paciente revele segredo que a vítima de um possível homicídio tenha revelado ao médico que a operou, mas sim o fornecimento do prontuário para se saber qual a rotina médica adotada antes, durante e depois da cirurgia fatal, com o fim de se obter as informações necessárias à elucidação da causa do óbito, sua autoria e se o médico responsável negligenciou na observância de regra técnica de profissão" (TJRJ, HC 4.055/03, Rel. Valmir de Oliveira Silva, j. 14-10-2003).

"Advogado. Testemunha. Recusa. Sigilo profissional. Art. 7º, XIX, Lei n. 8.906/94. É direito do advogado 'recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional'" (STJ, AgRg na APn 206/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 10-4-2003).

Título II -Dos Crimes Contra o Patrimônio

Capítulo I - Do Furto

Furto

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

— V. arts. 180 a 183 e 312 do CP.

— V. arts. 80, I, 82, 84 e 1.473, VI, do CC.

§ 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.

— V. arts. 59, IV, 60, § 2º, 63 e 180, § 3º, do CP.

— V. art. 172 do CPP.

§ 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 2 (dois) a 8 (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;

— V. art. 171 do CPP.

— V. arts. 24 e 25 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

III — com emprego de chave falsa;

IV — mediante concurso de duas ou mais pessoas.

— V. arts. 29 e 62 do CP.

§ 5º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado

para outro Estado ou para o exterior.

— § 5º acrescentado pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nosso Código Penal vigente, no Título dos Crimes contra o Patrimônio, dividiu-os em oito capítulos: I —*furto;* II — *roubo e extorsão;* III — *usurpação;* IV — *dano;* V — *apropriação indébita;* VI — *estelionato e outras fraudes;* VII — *receptação;* VIII — *disposições gerais.* Contudo, nem todos os crimes contra o patrimônio estão incluídos nesse capítulo da Parte Especial. Nas leis extravagantes e no próprio Código Penal encontraremos outros crimes que também ofendem o patrimônio público ou particular, tais como a usura (art. 4º da Lei n. 1.521) e os crimes falimentares (Lei n. 11.101/2005); nos crimes de peculato (art. 312 do CP), corrupção (arts. 317 e 333) e concussão (art. 316) há também a lesão patrimonial, embora o legislador tenha preferido incluí-los no Título relativo aos Crimes contra a Administração Pública.

2 Bem jurídico tutelado

Bens jurídicos protegidos diretamente são a *posse* e a *propriedade* de coisa móvel, como regra geral, e admitimos também a própria detenção como objeto da tutela penal, na medida em que usá-lo, portá-lo ou simplesmente retê-lo já representa um bem para o possuidor ou detentor da coisa. A *posse,* como bem jurídico protegido pela criminalização da conduta de *furtar,* remonta ao direito romano, desde Justiniano, que prescrevia: *de obligationibus quae ex delicio nascuntur* (furto é a tomada fraudulenta de uma coisa de seu uso ou de sua posse) (*Institutas de Justiniano* — Livro IV, Título I, § 1º). Garrara já destacava que, para os práticos, o crime de furto consistia tanto na violação do direito de propriedade quanto do de posse, constituindo, na última hipótese, furto impróprio, pois o proprietário já se encontrava privado da coisa subtraída.

Nesse aspecto, equivocava-se Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. 7, p. 17) quando afirmava: “A posse, como mero *fato,* só por si, ou não correspondente ao direito de

propriedade, embora protegida pelo direito civil, não entra na configuração do furto". Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 221), pontificando a corrente majoritária, em sentido diametralmente oposto a Hungria, sustentava que o objeto jurídico imediato do crime de furto é a proteção da posse, e apenas secundariamente a propriedade é protegida. Somente a posse legítima, contudo, recebe a proteção jurídico-penal; assim, ladrão que furta de ladrão responde pelo crime de furto; apenas o sujeito passivo do segundo furto não será o ladrão, mas o verdadeiro dono ou possuidor legítimo de quem a coisa fora anteriormente subtraída.

A lei protege, igualmente, a *propriedade*, pois não se pode negar que o proprietário sofre dano patrimonial com a subtração ou o desaparecimento da coisa sobre a qual tinha a posse, direta ou indireta. Somos obrigados a admitir, contudo, que a proteção da *posse* vem em primeiro lugar, e só secundariamente se tutela a *propriedade*. Esta é o direito complexo de usar, gozar e dispor de seus bens — *jus utendi, fruendi et abutendi*; aquela, a posse, é, na expressão de Ihering, a relação de fato estabelecida entre o indivíduo e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. Enfim, posse é fato, protegida pelo direito como fato, enquanto fato. E é exatamente essa situação de fato que o diploma legal protege, imediatamente.

2.1 Não podem ser objeto de furto

Objeto de furto somente pode ser coisa móvel. O *ser humano*, vivo, não pode ser objeto de furto, pela singela razão de que não se trata de *coisa*. Poderá responder por inúmeras outras infrações, não de natureza patrimonial, tais como sequestro, cárcere privado, subtração de incapazes, lesão corporal etc. A própria *subtração de cadáver*, em princípio, não pode ser objeto material de furto; constitui, na verdade, crime contra o respeito aos mortos (art. 211). No entanto, quando, eventualmente, o cadáver for propriedade de alguém, passando a ter valor econômico, pode ser objeto de furto, como, por exemplo, quando algo que pertence a uma instituição de ensino para estudos científicos é furtado.

Não podem ser objeto do crime de furto, por exemplo, aquelas coisas que não pertencem a ninguém, tais como *res nullius* (coisa que nunca teve dono), *res derelicta* (coisa que já pertenceu a alguém, mas foi abandonada pelo proprietário) *e res commune omnium* (coisa de uso comum, que, embora de uso de todos, como o ar, a luz ou o calor do Sol, a água do mar e dos rios, não pode ser objeto de ocupação em sua totalidade ou *in natura)*.

E assim o é porque a coisa subtraída, para constituir objeto de furto, deve pertencer a alguém, e em qualquer das hipóteses antes mencionadas não pertence a ninguém.

Os direitos, reais ou pessoais, não podem ser objeto de furto. Contudo, os títulos ou documentos que os constituem ou representam podem ser furtados ou subtraídos de seus titulares ou detentores.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, menos o *proprietário;* este não pode ser sujeito ativo do crime de furto, mesmo em relação ao *possuidor,* pois faltará à coisa a elementar normativa "alheia", ou seja, ninguém pode furtar "coisa própria"; poderá, no máximo, praticar o crime do art. 346. Pelas mesmas razões, condômino, coerdeiro ou sócio também não podem ser sujeito ativo desse crime de furto.

Na mesma linha de raciocínio, o possuidor tampouco pode ser sujeito ativo do crime de furto, na medida em que, estando de posse da coisa, não pode subtraí-la de outrem. Ademais, se inverter a natureza da posse que detém, o crime que praticará não será este, mas o de apropriação indébita (art. 168).

Sujeitos passivos são o *proprietário,* o *possuidor* e, eventualmente, até mesmo o *detentor* da coisa alheia móvel, desde que tenha algum interesse legítimo sobre a coisa subtraída. Na verdade, para o possuidor, inegavelmente, a perda da posse também representa um dano patrimonial. Assim, tanto o proprietário quanto o possuidor são sujeitos passivos do crime de furto. Ter a coisa, a qualquer título, ou simplesmente poder usá-la constitui um bem para o possuidor ou mesmo o detentor.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem. *Subtrair* significa tirar, retirar, surrupiar, tirar às escondidas. Subtrair não é a simples retirada da coisa do lugar em que se encontrava; é necessário, *a posteriori,* sujeitá-la ao poder de disposição do agente. A finalidade deste é dispor da coisa, com *animus* definitivo, para si ou para outrem. O ordenamento jurídico brasileiro continua não punindo criminalmente o furto de uso. A *coisa* objeto da subtração tem de ser *móvel,* sendo-lhe equiparada a energia elétrica. A coisa móvel tem de ser *alheia.* Coisa sem dono ou por este

abandonada não pode ser objeto de furto. Subtrair *coisa própria* constitui conduta atípica. A coisa móvel precisa ser economicamente apreciável.

A estrutura da descrição típica do crime de furto não se limita a dados puramente objetivos, encontrando-se enriquecida por elementos extraídos das searas da antijuridicidade e da antiga definição da culpabilidade, com grande carga normativa e subjetiva. Enfim, a tipificação do crime de furto materializa-se com a subtração da coisa móvel, pertencente a outrem, orientada pela intenção do agente do assenhoramento, próprio ou de terceiro.

4.1 Objeto material do crime de furto

Coisa, para fins penais, é tudo que possa constituir objeto da ação física de subtrair, isto é, *coisa corpórea* passível de ser deslocada, removida, apreendida ou transportada de um lugar para outro. A eventual intangibilidade da coisa não afasta sua idoneidade para ser objeto de subtração. Contudo, em princípio, a luz, o ar, o calor, a água, do mar ou dos rios, não podem ser apreendidos, consumidos ou utilizados em sua totalidade. Mas, como lembra Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 20), parcialmente, podem ser aproveitados ou consumidos como *força* ou *energia*, e, nesse caso, são passíveis de furto.

Coisa imóvel, com efeito, pode ser objeto de inúmeras infrações, mas nunca dos crimes de furto e roubo. As definições de coisa móvel e imóvel, no direito penal, não têm exatamente a mesma correspondência no direito civil ou mesmo no direito comercial. Apesar da prescrição, em sentido contrário, do Código Civil, para fins penais são consideradas *coisas móveis* apólices da dívida pública com cláusula de inalienabilidade (art. 79 do CC), materiais separados provisoriamente de um prédio (art. 81, II), navios (art. 1.473, VI) e aeronaves (art. 1.473, VII). Em verdade, todos esses objetos podem facilmente ser subtraídos e retirados do lugar onde se encontram sem que o dono ou possuidor o perceba; são, em outros termos, de acordo com sua natureza, *coisas móveis*, configurando, portanto, a elementar exigida pelo tipo penal. Por isso, merecem a tutela penal, a despeito da natureza jurídica de *imóveis* que o Código Civil lhes atribui.

Coisa móvel, para o direito penal, é todo e qualquer objeto passível de deslocamento, de remoção, apreensão, apossamento ou transporte de um lugar para outro. Na definição de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 21), “a noção desta, em direito penal, é escrupulosamente *realística*,

não admitindo as equiparações fictícias do direito civil". Assim, os *imóveis*, somente se, por qualquer meio, forem mobilizados poderão ser objeto de furto. Os *acessórios do imóvel* — árvores, arbustos, casas, madeira, plantas — que forem mobilizados também podem ser objeto de furto. Nessa mesma linha, a despeito de o Código Civil considerar *coisa móvel* os *direitos reais* (art. 83), eles não podem ser objeto do crime de furto, por não se tratar de coisas suscetíveis de *serem apreendidas, subtraídas, removidas ou transportadas pelo sujeito ativo.*

4.2 Elemento normativo: coisa "alheia"

A condição "alheia" é *elemento normativo* indispensável à tipificação da subtração de coisa móvel; sua ausência torna a conduta atípica. A expressão *alheia* tem o sentido de coisa que não tem ou nunca teve dono. Por isso, as coisas sem dono (*res nullius*), abandonadas (*res derelicta*) e as coisas comuns (*res communes omnium*) não podem ser objeto de furto em sua totalidade. Esta última — *res communes* —, já destacava Hungria, "pode ser, entretanto, parcialmente captada e aproveitada como força ou energia (ar liquefeito, calor solar como força motriz etc.), incidindo essa parte *especializada* na propriedade de alguém e, assim, tornando-se objeto adequado do furto...". Observe-se, porém, que o *desvio* ou *represamento* de águas correntes alheias, em proveito próprio ou alheio, tipifica o *crime de usurpação* (art. 161, § lº, I, do CP), e não o crime de furto.

Faz-se necessário demonstrar que a *res furtiva* pertence a alguém. Não há necessidade de identificar o proprietário ou possuidor. A comprovação de que pertence a alguém tem a finalidade de excluir a *res nullius*, *res derelicta* e *res desperdita*. No caso da última hipótese, poderá caracterizar apropriação indébita (art. 169).

4.3 Proprietário que subtrai coisa da qual não tem a posse: atipicidade

Magalhães Noronha *(Direito Penal,* v. 2, p. 223), refletindo sobre o tema, exemplifica com um *direito real* de garantia, como o penhor, quando alguém dá ao credor, em garantia de dívida, coisa móvel a título de penhor. Posteriormente, impossibilitado de honrar o crédito, e não querendo ficar privado de sua coisa, resolve subtraí-la. Admite tratar-se do crime de furto — prossegue Noronha —, a despeito de ter havido subtração de *coisa própria*. Para Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 18-9)

e Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 316) haveria infração ao art. 346 do CP. Damásio de Jesus e Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*; Parte Especial, São Paulo, Saraiva, 1988, v. 2, p. 197) acompanham o entendimento esposado por Hungria. A figura do crime de *furto*, no entanto, desde o direito romano, tem como objetividade jurídica a proteção do patrimônio (posse, propriedade, detenção etc.); de igual sorte, o verbo nuclear representativo desse crime tem sido, sistematicamente, "subtrair". Por fim, dentro da harmonia adotada pelo Código Penal de 1940, todos os crimes contra o patrimônio têm sede própria, qual seja, o Título II de sua Parte Especial.

A infração penal descrita no art. 346 do Código Penal está inserta no Título XI, que disciplina os Crimes contra a Administração Pública, mais especificamente aqueles que forem praticados contra a administração da justiça. Ora, nenhum desses crimes tem como objetividade jurídica o patrimônio alheio ou, principalmente, o próprio. Com efeito, se dano patrimonial existir, indevidamente, necessita da proteção legal, que, por certo, ante a ausência de tipificação específica, não estará no âmbito penal. Porém, o ordenamento jurídico como um todo tem condições de estender seu manto protetor para assegurar eventual lesão de quem assim se sentir; institutos tais como busca e apreensão, sequestro, ações possessórias, indenizatórias etc., enfim, um arsenal de medidas estará à disposição de eventual lesado, sem necessidade de destruir o direito penal para suprir uma lacuna desconhecida pelo então legislador. Para aprofundar, *vide* nosso *Tratado*, v. 3.

4.4 Lesão patrimonial: bem economicamente apreciável

Para Heleno Fragoso, não pode existir crime patrimonial se não houver lesão a interesse jurídico apreciável economicamente, aplicando-se, nesses casos, a noção civilística, segundo a qual é elementar ao conceito de patrimônio a avaliação econômica dos bens ou relações que o compõem. Em sentido contrário posicionava-se Nélson Hungria, reconhecendo que, embora a nota predominante do elemento patrimonial seja seu caráter econômico, deve-se advertir que, "por extensão, também se dizem patrimoniais aquelas coisas que, embora sem valor venal, representam uma *utilidade*, ainda que simplesmente moral" (Hungria).

Trata-se de crime material por excelência, sendo indispensável a superveniência do *eventus damni*. Não se pode falar em crime de furto, em

nossa concepção, sem a existência efetiva de *diminuição do patrimônio alheio.* A coisa subtraída não deve ter, enfim, para o sujeito passivo, apenas valor monetário, mas representar, pelo menos, *alguma utilidade*, de qualquer natureza, para que possa ser considerada integrante de seu patrimônio.

4.5 Irrelevância da motivação do crime de furto

Na verdade, em nosso entendimento, é irrelevante o *motivo* ou finalidade que orientou a conduta do agente, ou seja, é absolutamente desnecessário que o sujeito ativo tenha praticado a subtração visando a *obtenção de lucro* ou mesmo que tenha conseguido efetivamente algum lucro, sendo suficiente que o tenha feito para "si ou para outrem", sabendo que se trata de *coisa alheia,* e apresente algum *dano patrimonial.* Igualmente, a motivação de vingança contra a vítima ou apenas proporcionar um agrado a um amigo, desafeto da vítima, não altera a tipicidade do crime, desde que presente o *animus rem sibi habendi.*

4.6 Coisa perdida, abandonada e coisa comum

A coisa perdida não se encontra na posse de ninguém. Mas coisa perdida não é coisa *abandonada;* consequentemente, o dono não renunciou a sua propriedade, apenas e tão somente ignora o local onde ela se encontra. Por isso, a coisa perdida não pode ser objeto de subtração. Teoricamente até se poderia discutir a existência residual da proteção do direito de propriedade. Seria, no entanto, mera discussão acadêmica, no caso improdutiva, na medida em que o art. 169, II, tipifica essa conduta como *apropriação de coisa achada* (a especialidade afasta a generalidade).

A coisa abandonada — *res derelicta* — não pode ser objeto de subtração nem de apropriação indébita. Constitui *res derelicta,* repetindo, qualquer objeto abandonado pelo dono e, nessa circunstância, por ele declarado sem valor econômico, ainda que, eventualmente, possa ser valioso para terceiro. Mas convém ter presente que o abandono da coisa deve ser evidente, inequívoco, preciso, não o caracterizando, por exemplo, o simples fato de ser uma coisa velha, com as aberturas em precárias condições, facilitando inclusive o acesso. Essas circunstâncias, por si sós, não autorizam estranho a penetrar em seu interior e dispor de seus bens.

5 Natureza e efeito do consentimento da vítima no crime de furto

Destaca-se, por fim, que o crime de furto pressupõe o *dissenso da vítima*, sendo irrelevante, contudo, que seja praticado na presença ou ausência desta, na medida em que a clandestinidade, embora seja a regra, não constitui elemento estrutural desse crime. No entanto, ao se examinar a natureza e importância do *consentimento do ofendido*, devem-se distinguir aquelas situações que caracterizam *exclusão de tipicidade* das que operam como *excludentes de antijuridicidade*. Na verdade, se fizermos uma análise, ainda que superficial, constataremos que em muitas figuras delituosas, de qualquer Código Penal, a *ausência de consentimento* faz parte da estrutura típica como *característica negativa do tipo*. Logo, a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta, que, para configurar crime, exige o *dissenso* da vítima, por exemplo, o *rapto* (art. 219), a *invasão de domicílio* (art. 150), a *violação de correspondência* (art. 151) etc. Outras vezes, o consentimento do ofendido constitui verdadeira *elementar do crime*, como ocorre, por exemplo, no *rapto consensual* (art. 220) e no *aborto consentido* (art. 126). Nesses casos, o consentimento é elemento essencial do tipo penal.

Enfim, são duas formas distintas de o *consentimento do ofendido* influir na *tipicidade:* para excluí-la, quando o tipo pressupõe o dissenso da vítima; para integrá-la, quando o assentimento da vítima constitui elemento estrutural da figura típica.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo*, que é seu elemento subjetivo geral, e pelo *especial fim de agir*, que é seu elemento subjetivo especial. O dolo, por sua vez, constitui-se pela *vontade consciente* de subtrair *coisa alheia*, isto é, que pertença a outrem. É indispensável que o dolo abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o erro de tipo, e, como não há previsão da modalidade de furto culposo, a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do erro é irrelevante, pois ambos excluirão a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

É indispensável, enfim, que o agente saiba que se trata de *coisa alheia*. Quando, no entanto, o agente, por erro, supuser que a coisa "subtraída" é *própria*, não responderá pelo crime de furto, por faltar-lhe o conhecimento

ou a consciência da elementar *normativa alheia.* O sujeito crê que seu atuar é permitido, em virtude de não saber o que faz, não estando, consequentemente, sua vontade dirigida à realização do tipo, como reconheceu a célebre jurisprudência alemã de 18 de março de 1952. Estar-se-á diante do que se chama de *crime putativo,* que, evidentemente, crime não é. O *elemento subjetivo especial do tipo,* por sua vez, é representado pelo *fim especial* de apoderar-se da coisa *subtraída, para si* ou *para outrem.* A ausência desse *animus* apropriativo (finalidade de apossamento) desnatura a figura do crime de furto. Logicamente, quando essa circunstância se fizer presente, haverá uma espécie de inversão do ônus da prova, devendo o agente demonstrar, *in concreto,* que a finalidade da subtração era outra e não a de apoderar-se da coisa, para si ou para outrem.

7 Consumação e tentativa

7.1 Consumação

Quanto ao momento consumativo do crime de furto podem-se destacar, basicamente, três orientações distintas: a) que é suficiente o deslocamento da coisa, mesmo que ainda não tenha saído da esfera de vigilância da vítima; b) que é necessário afastar-se da esfera de vigilância do sujeito passivo; c) que é necessário um estado de posse tranquilo, ainda que momentâneo.

Consuma-se o crime de furto com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, assegurando-se, em consequência, a posse tranquila, mesmo passageira, por parte do agente; em outros termos, consuma-se quando a coisa sai da posse da vítima, ingressando na do agente. A posse de quem detinha a coisa é substituída pela posse do agente, em verdadeira inversão ilícita. Enfim, o apossamento ou assenhoramento ocorre quando a coisa alheia sai da vigilância ou disponibilidade do ofendido, embora seja bastante difícil precisar, aprioristicamente, o momento em que ocorre essa verdadeira inversão da posse. Apesar de tratar-se de crime material, a fase executória, não raro, é tão exígua que ação e consumação praticamente se confundem; assim, por exemplo, quando o agente subtrai alimento e, ainda no local, o ingere.

A despeito da necessidade dessas duas circunstâncias — sair da disponibilidade da vítima e estar na posse tranquila do agente —, é possível, teoricamente, ocorrer a consumação do furto, sendo o agente

preso em flagrante. Com efeito, a amplitude do conceito de flagrante estabelecido pelo art. 302, IV, do Código de Processo Penal permite essa interpretação. Segundo esse dispositivo, considera-se em flagrante delito até mesmo quem "é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração". Nessas circunstâncias, nada impede que a *res furtiva* tenha saído da esfera de vigilância da vítima e, ainda que momentaneamente, o agente tenha tido sua posse tranquila, tendo-se consumado o furto.

7.2 Tentativa

O furto, como crime material, admite com segurança a *figura tentada*. Sempre que a atividade executória seja interrompida, no curso da execução, por causas estranhas à vontade do agente, configura-se a tentativa. Em outros termos, quando o processo executório for impedido de prosseguir antes de o objeto da subtração ser deslocado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima para a posse tranquila do agente, não se pode falar em crime consumado. "Consuma-se o delito — afirma Damásio de Jesus *(Direito Penal*, v. 2, p. 306) — no momento em que a vítima não pode mais exercer as faculdades inerentes à sua posse ou propriedade, instante em que o ofendido não pode mais dispor do objeto material".

Não se pode falar em *crime consumado* quando, por exemplo, a vítima percebe que está sendo furtada pelo punguista e sai em sua perseguição, prendendo-o em seguida na posse da *res furtiva.* Inegavelmente o evento jurídico pretendido pelo agente — apossamento da coisa alheia — não se realizou, uma vez que o objeto pretendido não saiu da esfera de vigilância da vítima e, consequentemente, não entrou na pose tranquila do agente.

7.2.1 Questões controvertidas

Não há tentativa quando, por exemplo, o agente introduz a mão no bolso da vítima para subtrair-lhe os valores, mas esta não traz consigo nenhum centavo. Equivocadamente, Nélson Hungria posicionava-se em sentido contrário, considerando que a inexistência de dinheiro fora meramente acidental e que o insucesso do meliante resultou de puro *caso fortuito.* Devem-se, na verdade, distinguir duas hipóteses: (1) se a vítima tem dinheiro acondicionado em outro bolso, o bem jurídico (patrimônio) corre sério risco, há o perigo efetivo de dano; (2) contudo, se a vítima não tem dinheiro algum no momento, não há qualquer risco a seu patrimônio, em

face da inexistência do bem. A ação do agente, desde o princípio, estava destinada ao insucesso, pois não se pode furtar o nada. Enfim, na primeira hipótese, a impropriedade do objeto é relativa; na segunda, a impropriedade é absoluta, tratando-se de crime impossível (art. 17 do CP).

7.3 Furtos em supermercados: tentativa ou crime impossível

Ocorre furto tentado, não havendo que se falar em crime impossível, no caso do agente que subtrai diversas mercadorias de supermercado, só não consumando o delito porque, aleatoriamente, é revistado ao passar pela portaria do estabelecimento. Caracteriza-se o furto tentado simples (e, eventualmente, crime impossível) quando o crime material não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, não chegando a *res furtiva* a sair da esfera de vigilância do dono e, consequentemente, não passando para a posse tranquila daquele.

Se o agente teve a posse tranquila da *res furtiva,* apesar do pouco tempo, de forma totalmente desvigiada, é indiscutível a ocorrência do furto consumado, sendo, portanto, irrelevante o tempo de duração da disponibilidade da coisa.

8 Furto durante o repouso noturno

Com a expressão *durante o repouso noturno,* por certo, a lei não se refere ao nascer e ao pôr do sol, mas ao período de recolhimento, aquele em que a população deve dormir. Essa circunstância, de natureza puramente sociológica, deve ser analisada, casuisticamente, considerando os hábitos e costumes da localidade onde o fato ocorreu. A existência ou não da majorante é matéria de fato, que deve ser examinada em cada caso concreto. Na linha restritiva a que nos propomos, para se configurar a majorante do repouso noturno necessita ser praticado em casa habitada, já em horário de repouso, porque, nessas circunstâncias, efetivamente, afrouxa-se a vigilância do sujeito passivo, facilitando não só a impunidade mas também o êxito do empreendimento delituoso. Levantaram-se sobre o tema algumas orientações distintas: a) o lugar precisa ser habitado, com pessoa repousando *(RT, 559*:358); b) o lugar não precisa ser habitado *(RT, 537*:372 e *590*:361); c) os moradores não devem estar acordados (*RT, 498*:323); d) não se exige a presença de moradores (STF, *RTJ, 64*:593 e *RT, 637*:366).

8.1 Lugar habitado e com pessoas repousando

Não se podem perder de vista dois aspectos fundamentais: a finalidade protetiva da norma e a necessidade de sua interpretação restritiva, como já referimos. Nessa linha, sustentamos a conveniência político-criminal de adotar a primeira opção, qual seja, para se admitir caracterizada a majorante do repouso noturno, é necessário *que o lugar seja habitado e se encontre com pessoa repousando.* O próprio Nélson Hungria, em seu tempo, já reconhecia que essa agravante não se aplica quando o furto é praticado em local onde os moradores não se encontram repousando, mas festejando, "pois, em tal caso — sustentava Hungria —, desaparece a razão de ser da maior punibilidade".

8.2 Lugar desabitado e ausência dos moradores

Jurisprudência e doutrina dominantes, com acerto, reconhecem a inaplicabilidade da majorante do *repouso noturno* quando o furto é praticado em *lugar desabitado* (estabelecimento comercial, por exemplo) ou *na ausência dos moradores.* O acerto dessa orientação reside no fato de que a majorante está diretamente ligada à cessação ou afrouxamento da vigilância. Ora, em lugar desabitado ou na ausência de moradores não pode cessar ou diminuir algo que nem sequer existe.

8.3 Inaplicabilidade à hipótese de furto qualificado

Indubitavelmente, a *majorante* do repouso noturno é inaplicável às hipóteses de furto qualificado, podendo, contudo, ser considerada na dosimetria da pena, como circunstância do crime (art. 59).

9 Furto de pequeno valor: aplica-se ao furto qualificado

O § 2º do art. 155 prevê a possibilidade de reduzir a sanção cominada para o crime de furto, quando se tratar de réu primário e de pequeno valor a coisa subtraída. Presentes esses dois requisitos, a pena de reclusão pode ser substituída pela de detenção, somente pela pena de multa ou apenas ser reduzida de um a dois terços. Em outros termos, o pequeno desvalor do resultado e a *primariedade* do agente recomendam menor reprovação deste, determinando, em obediência ao princípio da *proporcionalidade*, a redução da sanção para adequá-la à menor gravidade do fato. Este dispositivo procura corrigir, pela equidade, o excessivo rigor da sanção cominada a um

simples crime de furto; aplica-se tanto ao *furto simples* quanto ao *furto durante o repouso noturno,* excluindo-se, segundo interpretação majoritária, do furto qualificado.

A despeito da tradição e da solidez desse entendimento, não vemos nenhuma base sólida, contundente e jurídica para excluir essa minorante do furto qualificado. A inaplicabilidade da majorante do repouso noturno justifica-se pela incidência de duas agravações da pena: a simples qualificadora já dobra a sanção penal da figura simples, não havendo razão lógica para ainda ser elevada em mais um terço. Contudo, na hipótese da minorante do pequeno valor não se está cuidando de duas causas de aumento, mas tão somente de redução sobre um tipo qualificado. Não há, com efeito, fundamento político-jurídico para punir um réu primário, que subtrai coisa de pequeno valor, com abuso de confiança, com a mesma pena daquele que subtrai coisa valiosa, nas mesmas circunstâncias. São coisas diferentes, que merecem reprimendas igualmente diferentes, devendo incidir, por isso mesmo, a minorante para aquele, conforme demonstraremos em outro tópico.

9.1 Primariedade: reincidentes e não reincidentes

A *primariedade,* como primeiro requisito necessário para a configuração da minorante, embora encerre um conceito negativo, não se confunde com *não reincidência,* especialmente a partir da reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209), que introduziu um novo conceito, qual seja, o de "não reincidente". A Parte Geral do Código adota um critério distinto do da Parte Especial: trabalha com os conceitos de "reincidente" e "não reincidente", enquanto a Parte Especial utiliza os conceitos de "reincidente" e "primário". Anteriormente, "reincidente" e "primário" constituíam definições excludentes: ou uma ou outra, tanto que se adotava o seguinte conceito: "primário é o não reincidente".

A partir da reforma penal referida, essa concepção deixou de ser verdadeira, na medida em que passaram a existir três, digamos, categorias: *primário, reincidente* e *não reincidente.* Com efeito, chama-se *primário* quem nunca sofreu qualquer condenação irrecorrível; *reincidente,* quem praticou um crime após o trânsito em julgado de decisão condenatória (em primeiro ou segundo grau), enquanto não tenha decorrido o prazo de cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena; *não reincidente,* como categoria, é aquele que não é primário e tampouco ostenta a condição de

reincidente (essa é definição exclusiva para o direito brasileiro, sendo inaplicável, genericamente, às legislações alienígenas). Não é reincidente, por exemplo, quem comete o segundo ou terceiro crime antes do trânsito em julgado de crime anterior; quem comete novo crime após o decurso de cinco anos do cumprimento de condenação anterior ou da extinção da punibilidade etc.

Constata-se, enfim, que o termo "primariedade" tem, tecnicamente, um conceito bem delimitado. Eventuais condenações anteriores, por si sós, ou meros antecedentes criminais negativos não são causas impeditivas do reconhecimento da existência desse requisito à luz de nosso ordenamento jurídico em vigor. Tratando-se de norma criminal, não pode ter interpretação extensiva, para restringir a liberdade do cidadão.

9.2 Coisa de pequeno valor

A doutrina, em geral, tem definido como *pequeno valor* aquele cuja perda pode ser suportada sem maiores dificuldades pela generalidade das pessoas. "Ao rico — lembrava Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 243) — porque, talvez, nem perceberá sua falta; ao pobre porque, na sua penúria, de pouco lhe valerá". Embora nos desagrade a fixação de determinado *quantum*, por sua relatividade, ante a necessidade de um paradigma, aceitamos a orientação majoritária, segundo a qual de *pequeno valor é* a coisa que não ultrapassa o equivalente ao salário mínimo.

Contudo, na seara tributária, a própria receita encarregou-se de estabelecer valores muito superiores para os quais não admite a execução fiscal (no momento, fixado em R$ 2.500,00). Diante desse entendimento da receita, é natural que se considere, nos crimes fiscais ou tributários, não apenas "pequeno valor", mas valor insignificante, para excluir a própria tipicidade da conduta, segundo o princípio da insignificância.

9.3 Aplicabilidade das privilegiadoras no furto qualificado

A jurisprudência majoritária historicamente tem negado essa possibilidade e tem encontrado eco na própria doutrina. Contudo, mais recentemente, essas orientações têm cedido espaço a uma interpretação racionalmente mais liberal, com uma análise mais político-dogmática e menos anatômico-anacrônica, que sempre procurou dar sentido à norma segundo a ordem crescente ou decrescente que aparecem nos dispositivos legais.

Não há nenhuma razão lógica, metodológica ou científica para que um tipo fundamental de crime possa receber a incidência ora de privilegiadora ora de qualificadora, mas nunca de ambas. Quando determinado crime satisfizer, *in concreto*, os requisitos legais exigíveis para caracterizar a privilegiadora, como é o caso da *primariedade* e do *pequeno valor* da coisa furtada, se incidir, ao mesmo tempo, alguma qualificadora, não há fundamento jurídico que autorize a não aplicação da privilegiadora. Por que razão, optando-se por uma linha excludente, se deve dar preferência à qualificadora em detrimento da privilegiadora? E por que não se pode interpretar em sentido contrário, na medida em que, em se tratando de normas criminalizadoras, recomenda-se sempre a interpretação mais favorável?

Sintetizando, *a primariedade* e o *pequeno valor* da *res furtiva* permitem a substituição da pena de reclusão por detenção, reduzi-la de um a dois terços ou aplicar somente multa.

9.4 Pequeno valor e pequeno prejuízo: distinção

Para fins de aplicação do disposto no § 2º do art. 155 do CP, não se identificam "pequeno valor" da *res furtiva* e "pequeno prejuízo" resultante da ação delituosa. Quando o legislador deseja considerar o prejuízo sofrido pela vítima, o faz expressamente, como no estelionato (art. 171, § lº, do CP). O valor da *res furtiva* deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno prejuízo que dela resultar. Como a previsão legal refere-se a *pequeno valor* da coisa furtada, é irrelevante a circunstância de a vítima recuperar o bem subtraído e não sofrer prejuízo algum. Nos crimes contra o patrimônio, a recuperação do bem subtraído não pode ser admitida como causa da atipicidade da conduta do agente e nem mesmo como fundamento da *privilegiadora* "pequeno valor". Os crimes patrimoniais tipificam-se pelo assenhoreamento da coisa subtraída, orientada pela intenção dolosa do agente.

10 Furto qualificado: tipo derivado

O *modus operandi*, no crime de furto, pode apresentar particularidades que representem maior gravidade na violação do patrimônio alheio, produzindo maior alarma social, tornando a conduta mais *censurável* e, por isso mesmo, merecedora de maior punibilidade, quer pelo maior *desvalor*

da ação, quer pelo maior *desvalor do resultado* (destruição ou rompimento de obstáculo). Essas particularidades podem assumir diversos *graus de intensidade*, recebendo, de acordo com sua gravidade, a qualificação de *agravantes*, *majorantes* ou *qualificadoras.* Observando o princípio da reserva legal, optou-se por estabelecer taxativamente aquelas circunstâncias que, por sua gravidade, tornam o *crime qualificado*, que, a rigor, constituem novos tipos penais, derivados, mas autônomos, com novos parâmetros sancionatórios, bem mais graves, distintos da figura fundamental — furto simples. Destacava Nélson Hungria *(Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 38) que, "segundo o critério geral, não poderiam passar de *accidentalia* do furto, mas a lei, destacando, no caso, para apriorístico rigor de punição, uma *species* do *genus* 'furto', considera-as, *ipso facto, essentialia* em relação a esta".

A *graduação do injusto penal* observa sua maior ou menor danosidade, que ora é representada, como dissemos, pelo desvalor da ação, ora pelo desvalor do resultado. Inegavelmente, como destaca Weber Martins Batista *(O furto e o roubo no Direito e no Processo Penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997), a reprovabilidade é maior para quem utiliza meios excepcionais para superar obstáculos defensivos do patrimônio alheio, ou se organiza para essa finalidade, ou, ainda, trai a confiança que alguém lhe depositara, descuidando-se, por isso mesmo, da vigilância de seu patrimônio.

A presença de apenas uma delas é suficiente para qualificar o crime, mudando sua capitulação e, substancialmente, sua punição; eventual concurso de duas ou mais qualificadoras não modifica a pena abstratamente cominada; contudo, deve ser considerada na medida da pena concretizada, ou seja, uma delas, a nosso juízo a mais grave ou mais bem comprovada nos autos, servirá para estabelecer a pena-base, fixando o marco do tipo penal derivado, enquanto as demais devem ser trabalhadas na operação dosimétrica da pena, visando encontrar o resultado definitivo.

10.1 Com destruição ou rompimento de obstáculo (I)

Somente a violência empregada contra a coisa caracteriza a qualificadora do furto, pois quando for utilizada contra a pessoa o crime será de roubo. A violência deve ser *contra obstáculo* que dificulte a subtração e não contra a própria coisa que é o objeto da subtração. *Obstáculo* é tudo o que é empregado para proteger a coisa contra eventual ação delitiva. Não se

considera obstáculo aquilo que integra a própria coisa, como, por exemplo, os vidros do automóvel, a menos que sejam rompidos para subtrair objetos que se encontram no interior do veículo, mas não para subtrair o próprio; da mesma forma, o simples *desparafusamento* dos faroletes ou dos pneus de um automóvel não tipifica a qualificadora. É indispensável que a violência seja exercida contra um *obstáculo exterior à coisa* que se pretende subtrair; contudo, o obstáculo pode ser interno ou externo: *externo*, quando a violência se direciona, por exemplo, a obstáculo que objetiva impedir o acesso à parte interna de uma casa ou edifício ou qualquer outro ambiente fechado; *interno*, quando a ação violenta se dirige a obstáculo interno, isto é, que se encontra no interior do local da subtração, tais como cofres, armadilhas, armários etc. Enfim, para efeitos penais, não constitui *obstáculo* a resistência inerente à própria coisa, que por si mesma dificulte sua subtração. O obstáculo deve ter a finalidade de proteger o patrimônio, e para vencê-lo o agente deve empregar violência para *destruí-lo* ou *rompê-lo*. Mas, registre-se, é indispensável que exista obstáculo a ser vencido, isto é, que haja resistência a ser vencida, caso contrário não se poderá falar nessa qualificadora.

A qualificadora contida no inciso I do § 4º do art. 155 apresenta duas hipóteses distintas: destruição e rompimento. *Destruir* significa desfazer completamente o obstáculo, demoli-lo, ao passo que *romper* é arrombar, arrebentar, cortar, serrar, perfurar, deslocar ou forçar, de qualquer modo, o obstáculo, com ou sem dano à substância da coisa. Há *destruição* quando ocorre a demolição, o aniquilamento ou o desaparecimento de eventual obstáculo que, de alguma forma, sirva de proteção ao objeto da subtração. O *rompimento*, por sua vez, consiste no arrombamento, deslocamento ou supressão do obstáculo, visando facilitar a subtração da coisa alheia. Não é necessário que o agente ingresse de corpo inteiro no local onde se encontra a *res*, sendo suficiente retirá-la, pela abertura forçada, seja com a mão, seja com algum instrumento apropriado.

10.1.1 O tempo da prática da violência

A *violência*, na verdade, é o meio para concretizar a subtração da coisa alheia. Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 245) sustentava que a violência devia ser anterior ou contemporânea à apreensão, refutando, inclusive, autores alienígenas, como Manzini, por exemplo, pois trabalhavam sobre textos legais distintos. Nélson Hungria (*Comentários ao*

Código Penal, v. 7, p. 40-1), em posição antagônica, seguida por Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 197), contestava Magalhães Noronha, pois a subtração contida no texto legal abrange não apenas a apreensão, mas também a remoção.

Na verdade, não há qualquer relevância se a violência contra a coisa se opera antes ou depois de sua apreensão, desde que, logicamente, se concretize antes da consumação do crime. Assim, *destruição* ou *rompimento* praticado para consumar a subtração, mesmo após a apreensão física da coisa, também qualifica o crime; agora, se o rompimento ou a destruição for praticado após a consumação do furto, constituirá crime autônomo.

10.2 Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza (II)

Confiança é um sentimento interior de credibilidade, representando um vínculo subjetivo de respeito e consideração entre o agente e a vítima, pressupondo *especial relação pessoal* entre ambos. *Abuso de confiança,* por sua vez, consiste em uma espécie de *traição à confiança,* produto de relações de confiabilidade entre sujeitos ativo e passivo, exatamente a razão pela qual foi facilitado o acesso à coisa alheia. Exemplos típicos são os casos dos empregados domésticos, incluindo-se também quem se vale da relação de hospitalidade ou coabitação. Convém advertir, contudo, que não basta a simples relação empregatícia para caracterizar a qualificadora, sendo indispensável um vínculo subjetivo caracterizador da confiança e, por isso mesmo, passível de ser quebrado. Assim, simples furto de objetos no local de trabalho não qualifica o furto por *abuso de confiança,* que não é uma condição natural e obrigatória das relações trabalhistas ou domésticas; pode, no máximo, incidir, no furto simples, a agravante genérica *das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade* (art. 61, II, *f*).

É necessário que a confiança seja natural, conquistada normalmente, isto é, sem ardil, caso contrário a qualificadora que se apresenta não é o *abuso de confiança,* mas a *fraude.* Dois requisitos se fazem necessários: abuso da confiança depositada pelo ofendido e que a coisa se encontre, em razão dessa confiança, na esfera de disponibilidade do agente. É indispensável, ademais, que o agente tenha *consciência* de que pratica o crime abusando da relação de confiança que mantém com a vítima.

10.2.1 (In)comunicabilidade do abuso de confiança

Confiança é uma circunstância de "caráter pessoal" e, como tal, em princípio, é *incomunicável* aos diversos participantes de uma mesma infração penal (art. 30); contudo, na hipótese, ela constitui "elementar do crime" qualificado, incidindo na ressalva do mesmo art. 30, que determina, nesses casos, a comunicabilidade das elementares típicas, independentemente de sua natureza objetiva ou subjetiva. Convém destacar, no entanto, que a *comunicabilidade,* não apenas de elementares subjetivas, mas de qualquer natureza, somente existe se o participante conhecer essa circunstância antes da prática delituosa; caso contrário, ela não terá sido abrangida por seu dolo, resultando incomunicável, por sua natureza subjetiva, mas pelo desconhecimento do agente, que, em relação à elementar, não agiu com dolo.

10.2.2 Abuso de confiança e apropriação indébita

O *furto qualificado,* ora examinado, difere da *apropriação indébita,* basicamente, por dois aspectos fundamentais: o momento da deliberação criminosa e o do apossamento da *res.* Na apropriação indébita o agente exerce a posse em nome de outrem, enquanto no furto com abuso de confiança tem mero contato, mas não a posse da coisa; naquela, o dolo é superveniente, enquanto neste há *dolus ab initio.*

Nélson Hungria advertia, com acerto, que não se deve confundir esse *furto qualificado* com a *apropriação indébita,* que, em princípio, pressupõe *abuso de confiança.* Nesta, o agente exerce "desvigiada posse de fato sobre a coisa", que, em razão da confiança, lhe fora autorizada pelo *dominus,* para determinado fim; no *furto,* em razão da confiança, o agente tem *contato* com a coisa, mas não a *posse,* que continua na plena esfera de vigilância e disponibilidade do dono. Em outros termos, o *abuso de confiança,* elementar que qualifica o crime de furto, não se confunde com a *confiança,* implícita, da apropriação indébita. Nesse sentido, é impecável o exemplo citado por Damásio de Jesus (*Direito Penal,* v. 2, p. 323), pela semelhança e proximidade entre as duas situações, que apenas se distinguem no detalhe essencial: "Suponha-se que o sujeito, numa biblioteca, apanhe o livro que lhe foi confiado pela bibliotecária e o esconda sob o paletó, subtraindo-o. Responde por delito de furto qualificado pelo abuso de confiança. Suponha-se, agora, que o sujeito, da mesma biblioteca pública, tome emprestado o

livro e, levando-o para casa, venda-o a terceiro. Neste caso, responde por apropriação indébita". Embora pareça sutil, é uma distinção que faz a diferença efetiva entre um crime e outro. No mesmo sentido, o exemplo de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 43) é lapidar: "Assim, o caixeiro-viajante que se apropria de dinheiros recebidos da clientela do patrão, comete *apropriação indébita;* mas o caixeiro *sedentário* que, iludindo a vigilância do patrão, subtrai mercadoria das prateleiras, ou dinheiro da caixa registradora ou recebido no balcão, comete *furto qualificado"*.

10.2.3 Furto mediante fraude

Mediante fraude é a segunda qualificadora contemplada no inciso II do § 4º do art. 155. *Fraude* é a utilização de artifício, de estratagema ou ardil para vencer a vigilância da vítima; em outros termos, trata-se de manobra enganosa para ludibriar a confiança existente em uma relação interpessoal, destinada a induzir ou a manter alguém em erro, com a finalidade de atingir o objetivo criminoso. Na verdade, a *fraude* não deixa de ser uma forma especial de *abuso de confiança*, ou, na feliz expressão de Guilherme Nucci (*Código Penal comentado*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 435), "é uma relação de confiança instantânea, formada a partir de um ardil".

A qualificadora aperfeiçoa-se quer a fraude seja utilizada para a *apreensão* da coisa, quer para seu *assenhoreamento.* Não há nenhuma restrição quanto à forma, meio ou espécie de fraude, basta que seja idônea para desviar a atenção do dono, proprietário ou simples "vigilante" da disponibilidade e segurança da *res.* Assim, caracteriza *meio fraudulento* qualquer artimanha utilizada para provocar a desatenção ou distração da vigilância, para facilitar a subtração da coisa alheia.

Embora a *fraude* seja característica inerente ao crime de *estelionato,* aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste. No furto, a fraude burla a vigilância da vítima, que, assim, não percebe que a *res* lhe está sendo subtraída; no estelionato, ao contrário, a fraude induz a vítima a erro. Esta, voluntariamente, entrega seu patrimônio ao agente. No furto, a fraude visa desviar a oposição atenta do dono da coisa, ao passo que no estelionato o objetivo é obter seu consentimento, viciado pelo erro, logicamente. O dissenso da vítima no crime de furto, mesmo fraudulento, e sua aquiescência, embora viciada, no estelionato são dois aspectos que os

tornam inconfundíveis.

10.2.4 Furto mediante escalada

Escalada, em sentido vernacular, significa assaltar, subindo por escalada; subir a algum lugar usando escadas; trepar a, subir a, galgar, atingir. *Escalada*, que em direito penal tem sentido próprio, é a penetração no local do furto por *meio anormal*, artificial ou impróprio, que demanda esforço incomum. Escalada não implica, necessariamente, subida, pois tanto é escalada galgar alturas quanto saltar fossos, rampas ou mesmo subterrâneos, desde que o faça para vencer obstáculos. O acesso ao local da subtração deve apresentar determinada dificuldade, a ponto de exigir esforço incomum, habilidade ou destreza para superá-la. Se para ingressar no recinto, mesmo através de uma janela ou saltando um muro, não for exigível *desforço anormal*, não se pode falar em escalada, como qualificadora do crime de furto.

Os *meios artificiais* utilizáveis para a superação de obstáculo à subtração, sem violência, são quaisquer meios idôneos para consegui-lo, estejam no local ou sejam levados pelo agente. A existência de obstáculo, por si só, não caracteriza a qualificadora, sendo-lhe indispensável a idoneidade para dificultar a ação delitiva. Importa, isso sim, é a *realidade da defesa*, sendo irrelevante a intenção do dono.

Em síntese, a *escalada* consiste no fato de penetrar o agente no lugar em que se encontra a coisa objeto da subtração, por via anormal, por entrada não destinada a esse fim e da qual não tem o direito de utilizar-se. E mais: consiste não apenas em ingresso no local por via incomum, mas, sobretudo, superando obstáculo difícil, que demande o uso de instrumento especial ou de invulgar habilidade do agente. Afinal, o *fundamento* dessa qualificadora é, como destacava Sebastian Soler (Sebastian Soler, *Derecho Penal argentino*, 3. ed., Buenos Aires, TEA, 1970, v. 4, p. 222), o mesmo que determinou a agravação do furto praticado com *chave falsa*, ou seja, punir mais gravemente aquele que, mesmo sem usar violência, mas com habilidade ou grande esforço, vence obstáculos efetivamente defensivos da *res*.

10.2.5 Furto praticado com destreza

Finalmente, a *destreza*, que é a última qualificadora constante do inciso II do § 4º do art. 155. Significa *especial habilidade* capaz de impedir que a

vítima perceba a subtração realizada em sua presença. É a subtração que se convencionou chamar de *punga*. A destreza pressupõe uma atividade dissimulada, que exige habilidade incomum, aumentando o risco de dano ao patrimônio e dificultando sua proteção. O folclórico batedor de carteiras, o conhecido punguista, é o exemplo mais característico do furto com destreza, que não se confunde com o "trombadinha", que se choca com a vítima e, com violência, arranca-lhe os pertences. Não configura a destreza quando o ladrão age a descoberto, mesmo que o faça com rapidez invulgar, pois não eliminou totalmente a possibilidade de defesa da vítima. Não se pode falar em destreza quando, por inabilidade do agente, é surpreendido pela vítima no momento da ação. Contudo, se for descoberto, logo após a subtração, por mero acidente ou simples suspeita, sem qualquer vínculo com a perfeição ou imperfeição da ação, a qualificadora deve ser reconhecida. A habilidade assegurou o êxito da execução; outras causas podem ter impedido, num momento posterior, a disponibilidade definitiva. Na verdade, a destreza deve ser analisada sob a ótica da vítima e não de terceiro. Assim, se ela não percebe a *punga*, é irrelevante para caracterizá-la que terceiro impeça sua consumação.

Destreza não se confunde com *audácia*, que se caracteriza, por exemplo, com o *arrebatamento violento*. O arrebatamento não revela destreza do autor, mas exagerada distração da vítima. No entanto, o arrebatamento com o rompimento de obstáculo constitui furto qualificado (§ 4º, I). Embora o arrebatamento, por si só, praticado sem violência à pessoa, constitua furto simples, havendo violência à pessoa constituirá roubo. Tampouco se pode reconhecer a *destreza* quando a subtração é praticada com vítima que se encontra dormindo, mesmo que o faça com o cuidado necessário para não despertá-la.

Sintetizando, a *destreza* constitui a habilidade física ou manual empregada pelo agente na subtração, fazendo com que a vítima não perceba o seu ato. É o meio empregado pelos batedores de carteira, *pick-pockets* ou punguistas, na gíria criminal brasileira. O agente adestra-se, treina, especializa-se, adquirindo habilidade tal com mãos e dedos que a subtração ocorre como um passe de mágica, dissimuladamente. Por isso, a *prisão em flagrante* (próprio) do punguista afasta a qualificadora, devendo responder por tentativa de furto simples; na verdade, a realidade prática comprovou exatamente a inabilidade do incauto.

10.3 Com emprego de chave falsa (III)

Chave falsa é qualquer instrumento de que se sirva o agente para abrir fechaduras, tendo ou não formato de chave. Exemplos: grampo, alfinete, prego, fenda, gazua etc. A *chave verdadeira*, à evidência, não qualifica o crime, pois lhe falta a elementar normativa "falsa". O emprego de chave falsa traduz maior perigosidade do agente, que, dessa forma, demonstra a instabilidade da normal proteção patrimonial, que uma fechadura, por si só, não pode elidir o risco de sua violação. Equivocado, nesse particular, o antigo magistério de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 251), que professava o seguinte: "Na mesma ordem de ideias, são também falsas as chaves verdadeiras furtadas ou perdidas. Não há como excluí-las da disposição legal. Se o que a lei veda é a abertura ilícita da coisa que representa a custódia, maior razão existe contra o emprego da chave subtraída ou achada, pois já é obtida criminosamente, quer por ter sido furtada, quer por não ter sido devolvida ao dono". Na verdade, se a *chave verdadeira* for *ardilosamente* conseguida pelo agente, a qualificadora será pelo *emprego de fraude* (art. 155, § 4º, II, 2ª figura); contudo, se aquela for esquecida na fechadura ou encontrada, normalmente, em algum lugar, pelo agente ou por terceiro, indiferentemente, o furto será simples, ao contrário do que sustentava Noronha.

10.3.1 "Modus operandi" e simples posse de chave falsa

A locução "se o crime é cometido" traduz ideia de ação, não se referindo, portanto, a resultado; logo, refere-se ao *modus operandi*, sendo, por conseguinte, irrelevante o êxito do empreendimento delituoso para que a qualificadora se aperfeiçoe. É suficiente que a chave falsa seja utilizada pelo agente, independentemente de conseguir seu intento de apreender a *res* pretendida.

A simples *posse* de chave falsa, no entanto, por mais suspeita que seja, não passa de autêntico *ato preparatório*, teoricamente, impunível. Excepcionalmente, porém, desde que satisfeitas as elementares específicas, pode tipificar a contravenção do art. 25 da LCP. Para representar pelo menos o início de execução — *elemento objetivo da tentativa* — é necessário, ao menos, que o agente esteja introduzindo o instrumento falso na fechadura, quando é interrompido, por causa estranha à sua vontade (art. 14, II, do CP).

10.4 Mediante concurso de duas ou mais pessoas (IV)

Finalmente, estamos diante da última, mais complexa e mais polêmica das qualificadoras elencadas para o furto. Para melhor interpretá-la, deve-se começar repassando as manifestações de alguns dos principais especialistas, a partir, inclusive, de Nélson Hungria.

O magistério de Hungria pode ser sintetizado no seguinte: trata-se de crime eventualmente coletivo, devendo-se, em princípio, observar as regras sobre a participação criminosa (concurso de pessoas), com algumas modificações: a necessidade da presença *in loco* dos concorrentes, ou seja, participação efetiva na fase executiva; é necessária uma consciente combinação de vontades, sendo insuficiente uma adesão voluntária, mas ignorada. É irrelevante que algum dos participantes seja inimputável ou isento de pena; pela mesma razão, é indiferente que apenas um seja identificado. Ajuste prévio que não chega sequer a ser tentado é impunível (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 446-7). Para Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 251), a qualificadora pretende impedir a conjugação de esforços e evitar o enfraquecimento da defesa privada; é indispensável acordo de vontades, sob pena de caracterizar a *autoria colateral;* a exemplo de Hungria, a inimputabilidade de qualquer dos participantes não elimina a qualificadora, que, nesse particular, deve ser avaliada sob o critério objetivo; é aplicável ao instigador a agravante genérica. Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 199), por sua vez, preleciona: não se exige a presença dos "coautores" na fase executória, nem ajuste prévio ou combinação, bastando a consciência recíproca de cooperar na ação comum; o fundamento do gravame reside na maior eficiência do crime organizado ou associado. É irrelevante a inimputabilidade de qualquer dos concorrentes. Disciplina-se pela previsão do concurso de pessoas. Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 325-6), por seu turno, defende: é desnecessária a presença *in loco* dos concorrentes, lembrando a autoria mediata; a exemplo de Fragoso, adverte que *comete crime* "quem de qualquer modo concorre" para ele; é desnecessário acordo prévio, e, como a lei não faz nenhuma exigência, devem-se aplicar os princípios do concurso de pessoas.

Em apertada síntese, procuramos retratar o pensamento desses ilustres penalistas, que fizeram escola entre nós. Numa coisa praticamente todos concordam, com mais ou menos restrições: para a boa interpretação dessa

qualificadora, devem-se aplicar os *princípios orientadores do concurso de pessoas*, com o que, aliás, estamos de pleno acordo. A partir daí, começam profundas diferenças, especialmente com o advento da reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209), que deu outra roupagem ao *concursus delinquentium*, a começar pela terminologia, que de "coautoria" (espécie) passou a "concurso de pessoas" (gênero), além de acrescentar que cada concorrente responde "na medida de sua culpabilidade".

11 "Concursus delinquentium" e concurso de duas ou mais pessoas

Incorre em grave equívoco quem afirmar que, segundo nosso Código Penal, "*comete* crime quem de qualquer forma concorre para ele". Na realidade, a assertiva não é verdadeira, e o legislador não pode ser acusado desse paradoxo, pois em nenhum momento incidiu nesse erro crasso, pois nem mesmo implicitamente afirmou que "*comete* o crime quem de qualquer modo concorre para ele". Na verdade, o texto legal afirma que "quem de qualquer modo concorre para o crime" *incide nas penas a ele cominadas*, o que são coisas muito diferentes. *A contrario sensu*, com efeito, está afirmando, implicitamente, que *não o comete* quem, de qualquer modo, concorre para o crime. Nesse sentido, precisa e enfática é a crítica de Weber Martins Batista (*O furto e o roubo no Direito e no Processo Penal*, p. 189), que merece ser transcrita, *in verbis*: "O Código Penal não comete a heresia de consagrar, expressa ou implicitamente, que *comete* o crime quem de qualquer forma concorre para ele. O que está na lei, corretamente, é que *incide* nas penas cominadas ao crime — expressão com que, implicitamente, se afirma que *não o comete* — quem, de qualquer modo, concorre para ele. Comete o crime — ninguém afirma de outro modo — quem participa materialmente de sua execução. Não fora isso, e seria desnecessária a norma de extensão do art. 29 do Código Penal".

Enfim, todos os que *concorrem*, moral ou materialmente, para o crime são punidos pelo Código Penal (art. 29, *caput*), mas a *qualificadora* somente se configurará no furto *cometido* por duas ou mais pessoas, que, necessariamente, *devem encontrar-se no local do crime*, pois, como adverte Weber Martins (*O furto e o roubo no Direito e no Processo Penal*, p. 189), "o furto só *será cometido* 'mediante o concurso de duas ou mais pessoas' se estas participarem na fase executiva do delito". Somente assim se pode

fazer presente *a maior temibilidade e eficiência da delinquência coletiva,* que seria o fundamento da maior punibilidade. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu — ainda na vigência da lei anterior — a necessidade da *participação efetiva* dos agentes na execução do crime. Argumentou, então, com muita propriedade, o relator, Ministro Djaci Falcão (Acórdão da 2ª Turma do STF, j. 16-10-1979, *RTJ*, *95*:1242), que "se o legislador visa, no caso, a punir mais gravemente a soma de esforços para a prática do crime, circunstância a que se agrega a da redução de capacidade de defesa da vítima, razão, a nosso ver, dessa agravação, parece-nos evidente que o preceito deva ser interpretado, teleologicamente, como endereçado à hipótese de cooperação de agentes na fase de execução do crime, única hipótese em que aquelas duas circunstâncias se fazem realmente presentes". Mais não precisaria ser dito.

11.1 Teoria monística temperada pelo conceito restritivo de autor

Incorre em erro grosseiro quem, sustentando entendimento contrário, continua afirmando que "não há mais diferença entre autor principal e autor secundário no atual sistema brasileiro. Na verdade, não se pode ignorar que, embora a reforma penal de 1984 tenha mantido a *teoria monística* da ação, adotou a *teoria restritiva de autor* (Ver nosso *Tratado de Direito Penal*, v. 1, Cap. "Concurso de Pessoas", item 5.1), fazendo perfeita distinção entre *autor* e *partícipe* que, *abstratamente,* incorrem na mesma pena cominada ao crime que praticarem, mas que, *concretamente,* variará segundo a *culpabilidade* de cada participante (art. 29 e §§ 1º e 2º); em relação ao *partícipe,* variará ainda de acordo com a *importância causal* da sua contribuição.

Ora, esse tratamento diferenciado de *autor* e *partícipe,* adotado pela reforma penal de 1984, não pode ser ignorado quando estivermos perante a *qualificadora do crime de furto,* que, segundo a orientação dominante, deve ser orientada pelos princípios que fundamentam o instituto concurso de pessoas, especialmente considerando que um *sistema jurídico* não pode abrir mão da harmonia e coerência, características fundamentais que devem presidi-lo.

11.2 O ajuste e a determinação são, em tese, impuníveis

O *ajuste* e a *determinação,* reconhece o próprio Código Penal (art. 31), são penalmente irrelevantes se, pelo menos, não participarem de sua

execução; aliás, não constituem nem agravante genérica, quanto mais qualificar um crime. Nesse particular já era o magistério do velho Hungria, que continua com a razão ao exigir, para configurar a qualificadora, a presença *in loco* dos concorrentes, isto é, a participação efetiva na execução do crime.

Enfim, para reconhecer a configuração da qualificadora devem-se observar os princípios orientadores do instituto concurso de pessoas, notadamente a distinção entre *coautoria* e *participação,* a começar pela necessidade da causalidade física e psíquica, que passamos a analisar.

11.3 Coautoria e participação em sentido estrito

Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Coautoria é, em última análise, a própria autoria. É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime.

Na coautoria não há relação de *acessoriedade*, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum. O decisivo na coautoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, apresentam-se como peça essencial na realização do plano global.

11.3.1 Participação em sentido estrito

O Código Penal não define o que deve ser entendido por *participação.* A participação em sentido estrito, como *espécie* do *gênero* concurso de pessoas, é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O *partícipe* não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. A norma que determina a punição do

partícipe implica uma *ampliação da punibilidade de comportamentos* que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe.

Para que a contribuição do partícipe ganhe relevância jurídica é indispensável que o autor ou coautores iniciem, pelo menos, a execução da infração penal. Por derradeiro, qualquer que seja a forma ou espécie de *participação*, é indispensável a presença de dois requisitos: *eficácia causal* e *consciência de participar* na ação de outrem. É insuficiente a exteriorização da vontade de participar. Não basta realizar a atividade de partícipe se esta não influir na atividade final do autor. Não terá relevância a participação se o crime não for, pelo menos, tentado. Por outro lado, é indispensável saber que coopera na ação delitiva de outrem, mesmo que o autor desconheça ou até recuse a cooperação. O *partícipe* precisa ter consciência de participar na ação principal e no resultado.

11.3.2 Causalidade física e psíquica: elemento objetivo-subjetivo

De plano, deixamos consignado que não aceitamos a afirmação de que a qualificadora do concurso de pessoas tem natureza puramente objetiva; para nós, essa qualificadora não tem caráter objetivo e tampouco subjetivo, mas objetivo-subjetivo: *objetivo* quanto à necessidade da presença efetiva de duas ou mais pessoas na execução do crime, independentemente da *responsabilidade* ou da *punibilidade* do comparsa; *subjetivo* quanto à exigência de participação *in concreto* dos concorrentes efetivamente contribuindo conscientemente na realização efetiva do crime de furto.

A causalidade é apenas o *elemento material*, objetivo do concurso de pessoas — a contribuição causal física —, importante, necessária, mas insuficiente para aperfeiçoar o instituto. É indispensável a presença, ao mesmo tempo, de um *elemento subjetivo*, a vontade e a consciência de participar da obra comum. O *concurso de pessoas* compreende não só a *contribuição causal*, puramente objetiva, mas também a *contribuição subjetiva*, pois, como diz Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 240), "participar não quer dizer só produzir, mas produzir típica, antijurídica e culpavelmente" um resultado proibido.

Assim, não basta a constatação puramente objetiva da existência de mais de um indivíduo na cena do crime ou no cenário criminal: é indispensável comprovar a efetiva contribuição e a existência real dos dois elementos — objetivo-subjetivo — que acabamos de examinar, sob pena de não se

configurar a qualificadora.

11.4 Participação impunível: impede a configuração da qualificadora

Verificamos que a *participação* está condicionada a dois requisitos fundamentais: *eficácia causal* e *consciência de participar na ação comum.* De outro lado, sabe-se que, em regra, o crime não será punido se não for, pelo menos, *tentado;* ou seja, as duas primeiras fases do *iter criminis*, elaboração mental e preparação do crime, não são puníveis, desde que esta última não constitua em si mesma algum crime. Na mesma linha de orientação estão as *formas de participação*, que o art. 31 do Código Penal exemplifica como ajuste, determinação, instigação e auxílio. *A participação* em um crime que não chegou a se iniciar não teve *eficácia causal*, e sem essa eficácia não há falar em participação criminosa. Nessas circunstâncias, como *atividade acessória* que é, a *participação*, em qualquer de suas formas, não será punível. Em relação à qualificadora, a interpretação não pode ser outra, sob pena de consagrar-se a odiosa *responsabilidade penal objetiva*, evocando-se verdadeiro *direito penal de autor.*

Com efeito, a conduta de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento, por essa razão, constitui "participação", ou, no caso, a qualificadora em exame, pois precisa ter "eficácia causal", provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal. Por outro lado, deve existir também, repetindo, um *liame psicológico* entre os vários participantes, ou seja, *consciência* de que participam na obra comum. A ausência desse elemento psicológico desnatura o concurso eventual de pessoas, transformando-o em condutas isoladas e autônomas. Ora, tratando-se de obras ou condutas isoladas, autônomas, não se pode falar em concurso de pessoas, que traria implícito aquele fundamento majorativo da qualificadora.

11.5 Autoria colateral: atipicidade da qualificadora do concurso de pessoas

A ausência do vínculo subjetivo não apenas afasta o concurso de pessoas, como já destacamos, mas também impede a configuração da qualificadora do art. 155, § 4º, IV, que não passaria de circunstância

puramente objetiva, uma espécie de *autoria mediata.*

Há *autoria colateral* quando duas ou mais pessoas, ignorando uma a contribuição da outra, realizam *condutas convergentes* objetivando a execução da mesma infração penal. É o agir conjunto de vários agentes, sem reciprocidade consensual, no empreendimento criminoso que identifica a autoria colateral. A *ausência do vínculo subjetivo* entre os intervenientes é o elemento caracterizador da autoria colateral. Ora, o reconhecimento da qualificadora, nessas circunstâncias, quando um dos agentes ignora que participa ou contribui na subtração praticada por outrem, implica autêntica responsabilidade objetiva; logo, os agentes devem responder, isoladamente, pelo crime de furto simples.

12 Autoria mediata: impossibilidade da qualificadora de concurso de pessoas

Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 199) e Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 325) sustentam a desnecessidade da presença dos "coautores" na "fase executória" (Fragoso) ou "no local da execução" (Damásio) para a configuração da qualificadora "mediante concurso de duas ou mais pessoas", lembrando Damásio, aliás, a figura do "mandado", que, segundo afirma, também qualificaria o crime.

É autor mediato quem realiza o tipo penal servindo-se, para a execução da ação típica, de outra pessoa como *instrumento.* A *teoria do domínio do fato* molda com perfeição a possibilidade da figura do autor mediato. O *autor mediato* realiza a ação típica por meio de outrem, que atua sem culpabilidade. As hipóteses mais comuns de *autoria mediata* decorrem do *erro, da coação irresistível* e do uso de *inimputáveis* para a prática de crimes, o que não impede a possibilidade de sua ocorrência em ações *justificadas* do executor, quando, por exemplo, o agente provoca deliberadamente uma situação de exclusão de criminalidade para aquele, como já referimos neste trabalho. Em todas essas hipóteses, normalmente, o executor age sozinho, isto é, sem a presença do "homem de trás" ou mandante, desaparecendo, por conseguinte, aquele fundamento da agravação da censura comportamental. Assim, em princípio, em caso de *autoria mediata*, não há fundamento político ou jurídico para a agravação da sanção penal por meio da qualificadora.

13 Comunicabilidade ou incomunicabilidade da qualificadora: desvio subjetivo de condutas

Esta é outra regra prevista para o instituto de concurso de pessoas de absoluta pertinência à qualificadora "mediante concurso de pessoas", sob pena de consagrar-se autêntica responsabilidade objetiva. Com efeito, é possível que a qualificadora se aplique a um e não a outros concorrentes do mesmo crime. Na verdade, essa previsão legal tem como corolário o *desvio subjetivo de condutas*, qual seja, o agente responde pelo que quis, segundo o que quis. O art. 30 do Código Penal determina que as *circunstâncias* e as *condições* de caráter pessoal não se comunicam, *salvo quando elementares do crime.* Por serem pessoais, dizem respeito exclusivamente ao agente que as tem como atributo. Cada agente responderá de acordo com suas circunstâncias e condições pessoais. Na verdade, seria uma heresia aplicar esse mandamento como dogma, na Parte Geral, e agora, na Parte Especial, especificamente sobre o crime, *in concreto*, negar-lhe vigência, principalmente porque serve para dobrar a pena, sem qualquer possibilidade de dosá-la.

A *comunicabilidade* das circunstâncias objetivas, quando desconhecidas do agente, já era criticada pela doutrina sob o império da lei anterior, que a via como autêntica responsabilidade objetiva. A reforma de 1984, comprometida inteiramente com o direito penal da culpabilidade, procurou afastar todo e qualquer resquício da responsabilidade objetiva. Mas, para que essa filosofia se faça verdadeira, é indispensável adequar os postulados da Parte Geral do Código Penal à velha Parte Especial, que, necessariamente, deve receber os influxos da moderna orientação consagrada nos fundamentos gerais do Código.

A comunicabilidade das *circunstâncias objetivas* e das *elementares do crime* deve ser examinada nos termos do art. 29, *caput*, na medida da culpabilidade de cada participante. É imperioso que o participante tenha agido ao menos culposamente em relação à qualificadora, isto é, em relação à contribuição na ação de outrem, para que possa haver *comunicabilidade.* Esses postulados, à evidência, aplicam-se integralmente à qualificadora do concurso de pessoas, sob pena de se reconhecer a famigerada responsabilidade objetiva. Assim, aquele indivíduo que pratica a subtração da coisa, ignorando que estava recebendo o auxílio de alguém, não pode responder pelo crime qualificado; agora, o concorrente que

conscientemente contribui com o autor direto da ação, que ignorava a contribuição, como dissemos, responde pela qualificadora. O princípio do desvio subjetivo de condutas autoriza essa interpretação: um dos participantes responde pelo *furto qualificado* e outro, por *furto simples*, sem nenhum problema de ordem dogmática.

14 Punibilidade desproporcional da qualificadora do concurso de pessoas

Para o "legislador" brasileiro, praticar um *furto* mediante a participação de mais de uma pessoa constitui circunstância mais grave que cometer um *roubo*, nas mesmas circunstâncias! Essa é, sem sombra de dúvida, a única conclusão a que se pode chegar ao se comparar a punibilidade que o Código Penal atribui aos dois crimes *praticados mediante concurso de pessoas*: no caso do *roubo*, a pena é elevada de um terço até metade, ao passo que, na hipótese de *furto*, a pena é duplicada (dois a quatro anos). Em outros termos, no crime de furto o concurso de pessoas *qualifica* o crime, enquanto no roubo não passa de simples *causa de aumento* (majorante). Constata-se, de plano, que estamos diante de uma questão de extrema relevância jurídica, necessitando ser enfrentada num plano superior, acima, portanto, da legislação infraconstitucional. Trata-se, com efeito, de flagrante violação do *princípio da proporcionalidade*, representado pela duplicação da pena na hipótese do crime de *furto*, quando praticado *mediante concurso de pessoas*. *A* equação é simples: tanto no furto como no roubo, o concurso de pessoas "qualifica" o crime, com a diferença de que no primeiro a pena dobra, enquanto no segundo, que é mais grave, é acrescida de um terço até metade.

Os dois tipos penais protegem, em princípio, o mesmo *bem jurídico* (o patrimônio); o roubo, como crime complexo, protege, ao mesmo tempo, "a liberdade individual e a integridade física e a saúde, que são simultaneamente atingidos pela ação incriminada". Logo, o *roubo* é um crime bem mais grave, como se verifica pelos limites, mínimo e máximo, das sanções cominadas: para *o furto*, um a quatro anos de reclusão; para o roubo, quatro a dez anos. No entanto, paradoxalmente, a participação de mais de uma pessoa no crime de roubo representa majoração de pena bem menor que a prevista para o crime de furto. E, convenhamos, a simples mudança terminológica — qualificadora no furto e causa de aumento no

roubo — não altera a essência das circunstâncias fático-jurídicas: *praticar a subtração mediante concurso de pessoas.* Nesse sentido, merece ser invocada, mais uma vez, a doutrina de Lenio Streck (*Parecer* na Ap. Crim. n. 70000284455, 2ª C.Crim do TJRGS, que preleciona: "Ora, no furto a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim, facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas coloca em risco sobremodo a integridade física da vítima. *Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física".* Ademais, essa desuniformidade de tratamento de situações semelhantes fere também o *princípio da isonomia,* igualmente assegurado constitucionalmente.

15 Furto de veículo automotor: qualificadora especial

A Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, cria uma nova figura de *furto qualificado,* distinta daquelas relacionadas no § 4º do art. 155, sempre que a *coisa móvel,* objeto da ação, consistir em *veículo automotor* (automóveis, caminhões, lanchas, aeronaves, motocicletas, *jet skis* etc.). Com essa nova qualificadora (§ 5º), pretendeu-se inibir a conduta de *subtrair veículo automotor,* exasperando exageradamente a sanção correspondente, fixando-a entre três e oito anos de reclusão. O texto legal é o seguinte: "A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior". Essa nova previsão merece, objetivamente, dois destaques: a) esqueceu-se de tipificar o chamado *furto de uso,* tão corriqueiro na atualidade, que, reconhecidamente, constitui figura atípica; e b) para a configuração da nova qualificadora, não basta que a subtração seja de veículo automotor: é indispensável que este "venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior". Se o veículo automotor ficar na mesma unidade federativa, não incidirá a qualificadora, pois essa elementar integra o aspecto material dessa especial figura qualificada.

Sintetizando, os furtos de veículos automotores, em geral, não são atingidos pela nova qualificadora acrescentada pela referida lei. Em outros termos, as tradicionais e costumeiras subtrações de veículos automotores, que perturbam o quotidiano do cidadão, não serão alcançadas pela nova qualificadora se não vierem, efetivamente, "a ser transportados para outros Estados ou para o exterior". Com efeito, a incidência da qualificadora, nos

termos legais, exige que o veículo tenha ultrapassado os limites territoriais do Estado-membro ou do próprio território nacional, pois se trata de elementar objetiva espacial.

15.1 Dois momentos consumativos distintos

Essa qualificadora cria um problema sério sobre o momento consumativo da nova figura delitiva. Afinal, pode um tipo penal apresentar dois *momentos consumativos* distintos, um no momento da subtração e outro quando ultrapassar a fronteira de um Estado federado ou do próprio País? Com efeito, quando o agente pratica a subtração de um veículo automotor, em princípio é impossível saber, com segurança, se será transportado para outro Estado ou para fora do território nacional. Assim, essa qualificadora somente se consuma quando o veículo ingressa efetivamente em outro Estado ou em território estrangeiro. Na verdade, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este "venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior", atividade que poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado. Nessas circunstâncias, é impossível, em regra, reconhecer a tentativa da figura qualificada quando, por exemplo, um indivíduo é preso, no mesmo Estado, dirigindo um veículo furtado.

Paradoxalmente, fugindo completamente à tradição brasileira em relação aos *crimes contra o patrimônio*, a nova "qualificadora" deixou de cominar *a pena pecuniária*. Assim, diante *do princípio da reserva legal*, não se pode imaginar que a supressão seja decorrência de "mero esquecimento", que, aliás, ainda que tenha ocorrido, será irrelevante. Resultado: não há previsão legal de pena de multa para essa hipótese.

15.2 Furto de veículo automotor para uso e de componentes de veículo: atipicidade

Não apenas a subtração de veículo automotor, para *uso*, continua sendo uma *figura atípica* como a *subtração de componentes* do veículo, como pneus, rodas, motor, acessórios etc. não tipifica o furto qualificado do § *5º*, uma vez que a eles o texto legal não se refere. Restará, logicamente, a configuração do furto normal. Realizamos, apenas, uma análise sucinta das principais inovações trazidas pela lei epigrafada.

15.3 Furto de uso: intenção de restituir

Nosso Código Penal de 1940 criminaliza somente a subtração com *animus* definitivo da coisa alheia (art. 155). Ocorre o denominado *furto de uso* quando alguém, indevidamente, subtrai coisa alheia infungível para utilizá-la momentaneamente, restituindo-a, na íntegra, à esfera de disponibilidade do sujeito passivo. Conduta que satisfaça essas características não excede os limites do ilícito civil. Constitui, em outros termos, figura atípica perante o atual Código Penal. *O furto de uso* também possui elementos normativo e subjetivo. O elemento objetivo caracteriza-se pela pronta restituição; o subjetivo, pelo fim especial de uso momentâneo. A locução "para si ou para outrem", caracterizadora do *elemento subjetivo especial* do tipo, constitui elementar subjetiva definidora do propósito de assenhorear-se em definitivo da *res furtiva*. Exatamente esse *especial fim de agir* distingue a subtração tipificada no art. 155 do CP e o conhecido "furto de uso". Neste, sem sombra de dúvida, a finalidade especial deve ser o uso momentâneo da *res* e não seu apossamento definitivo, embora, em ambos, esteja presente o *dolo*, constituído pela vontade consciente de subtrair coisa alheia móvel.

Para adequar-se à descrição típica do crime de furto é insuficiente que o agente pretenda apenas usar, momentaneamente, a coisa alheia; é indispensável que o *animus furandi*, isto é, a intenção de apoderar-se em definitivo, seja o móvel de sua ação. De modo geral se exigem, para reconhecer o crime de furto de uso, os seguintes requisitos: a) devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; b) restituição integral e sem dano do objeto subtraído; c) devolução antes que a vítima constate a subtração; d) elemento subjetivo especial: fim exclusivo de uso.

15.3.1 Restituição "in integro" do objeto furtado para uso

A coisa deve ser *restituída* integralmente, isto é, intacta em si mesma e em seus acessórios, no próprio local em que fora subtraída. Assim, a restituição *in integro* é elemento constitutivo do furto de uso. O simples abandono da *res* é ato possessório incompatível com a ação de quem pretendia apenas usar, na medida em que o abandono ocorre quando o proprietário ou possuidor, renunciando à posse, se desfaz da coisa. Nesse sentido já pontificava Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 24-5), afirmando que: "A *res* deve ser devolvida a local em que seja exercível o imediato poder de disposição do dono: se o agente a deixa alhures, sem qualquer aviso ao proprietário, assume o risco de que não se

opere a restituição (pouco se lhe dá que esta se realize ou não), e a hipótese se equipara à do ladrão que, depois de assenhorear-se da coisa, resolve abandoná-la, o que não o exime de responder a título de furto".

15.4 Subtração de veículo para fuga de perseguição policial

A subtração de veículo alheio, por exemplo, para usá-lo em fuga de perseguição policial, não exclui o *elemento subjetivo* do furto, não apenas porque o motivo é irrelevante à tipificação desse crime, mas também porque o propósito de evadir-se torna evidente a ausência da intenção de restituí-lo. Incumbe ao réu demonstrar a inexistência de dolo no *furto de uso*, especialmente se o objeto material da subtração não for por ele restituído ou deixado no local em que foi subtraído. Usar um veículo, sem autorização do dono ou possuidor, quer para fugir da polícia, quer devolvendo-o danificado, é, como sustenta Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*, p. 427), "o modo que o autor possui de demonstrar a sua franca intenção de dispor da coisa como se não pertencesse a outrem. Além disso, é preciso haver imediata restituição, não se podendo aceitar lapsos temporais exagerados".

Logicamente, havendo a subtração de um veículo para dar uma volta, sendo devolvido, pouco tempo depois, batido ou danificado, ou ainda, com razoável consumo de combustível, não se pode negar que houve diminuição no patrimônio da vítima; nesses casos, caracterizou-se o crime de furto.

16 Furto de energia: equiparação a coisa móvel

O Código Penal brasileiro, a exemplo do Código Penal Rocco de 1930 (art. 624), equiparou a coisa móvel a *energia elétrica* ou *qualquer outra que tenha valor econômico.* Essa opção do legislador de 1940 fundamentou-se na divergência doutrinal sobre a qualificação de "coisa" atribuída à energia elétrica; nessa linha, negava-se a possibilidade de admitir a tipificação de furto à *apropriação de energia*. Partidário dessa corrente, Fontán Balestra (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1969, t. 5, p. 440) afirmava que a energia elétrica não tem "corporalidade", característica essencial das coisas, e, por essa razão, não podia integrar a noção jurídica de coisa, objeto material de furto. O direito civil pode socorrer-se da analogia para equiparar a eletricidade à coisa; não o pode, contudo, o direito penal, que o veda, ao menos *in malam partem*, sustentava Balestra.

Objetivando evitar a impunidade da *subtração de energia* ou, no mínimo, o debate sobre o tema, muitos códigos dos países ocidentais adotaram a *equiparação* de uma coisa a outra. Foi o que ocorreu, como afirma Weber Martins Batista (*O furto e o roubo no Direito e no Processo Penal*, p. 103), "na Alemanha, com a lei de 09.04.1900, na Suíça, com a de 24.06.1902, na Espanha, com a lei de 10.01.1941 etc.". Destaca Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 373) que "a energia deve ser suscetível de apossamento, podendo ser separada da substância ou matéria a que está ligada, ou ainda, de sua fonte geradora".

16.1 Uso indevido de energia: furto ou estelionato

No entanto, nem todo *uso indevido de energia elétrica* vem a se adequar à conduta tipificada como furto (art. 155, § 3º). Na verdade, a energia elétrica *pode ser desviada antes ou depois do medidor oficial* da companhia energética. Quando esse "desvio" ocorre antes do medidor oficial, em nossa concepção, configura a efetiva subtração de energia elétrica, que, legalmente, é equiparada a coisa móvel, tipificando-se o crime de furto. A figura do furto pressupõe uma *ligação clandestina*, desde a origem, ilícita. Ademais, essa subtração nada tem que a torne "qualificada", amoldando-se, por isso, com perfeição, à figura do *furto simples*, ao contrário do que normalmente se tem entendido. Seria demais, além de suportar uma "ficção" de *coisa*, ainda agravar exageradamente uma "subtração" simples.

Contudo, *quando o desvio da energia ocorre após o medidor,* o agente, para "subtraí-la", necessita *fraudar* a empresa fornecedora, induzindo-a a erro, causando-lhe um prejuízo em proveito próprio. A ligação da energia continua oficial; o fornecedor, ludibriado, acredita que a está fornecendo corretamente, desconhecendo o estratagema adotado pelo consumidor. Enfim, nessa hipótese, com certeza, a conduta amolda-se à figura do *estelionato.* A *ligação lícita*, preexistente, afasta uma conduta cujo verbo nuclear é "subtrair coisa alheia móvel", que pressupõe a inexistência da posse do objeto subtraído.

16.2 Equiparação aberta: qualquer energia que tenha valor econômico

Mas o dispositivo em exame equipara a coisa móvel, além da energia elétrica, também *qualquer outra que tenha valor econômico.* A Exposição de Motivos justificou-se da seguinte forma: "Para afastar qualquer dúvida, é

expressamente equiparada à coisa móvel e, consequentemente, reconhecida como possível objeto de furto ‘a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico’. Toda energia economicamente utilizável suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas móveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita” (item n. 56).

Passadas seis décadas, pode-se ampliar o rol exemplificativo da Exposição de Motivos, lembrando, por exemplo, da energia solar, térmica, luminosa, sonora, mecânica, atômica etc. Sobre a energia genética, tão em voga, Magalhães Noronha já destacava que o esperma do reprodutor é coisa tanto como o leite que se ordenha. Assim, concluía Noronha apesar da diferente forma de apoderar-se, no caso por meio da cobertura da fêmea, inegavelmente se deve concluir que a hipótese é adequada ao *caput* do art. 155. Deve-se, evidentemente, considerar que Magalhães Noronha não conheceu as técnicas de inseminação artificial, *in vitro,* proveta etc. Na verdade, o modo ou forma de “subtrair” a energia genética não altera, em tese, sua tipificação criminal.

16.3 Natureza da subtração de energia: permanente ou instantânea

Primeiramente se deve decidir a *natureza do crime* de subtrair energia, na medida em que há inúmeras espécies de energia: algumas delas podem caracterizar *crime permanente* e outras, quem sabe, *crime continuado.* Em relação à energia elétrica, a mais comum, a ligação clandestina e o uso prolongado (dias, meses e até anos) caracterizam crime permanente ou crime continuado? A importância da solução dessa questão reside na diferença da punibilidade de uma e outra situação, pois, no caso de configurar *crime continuado*, incidirá a majoração prevista no art. 71 do Código Penal. Como tivemos oportunidade de definir, “ocorre crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. São diversas ações, cada uma em si mesma criminosa, que a lei considera, por motivos de política criminal, como um crime único”. Há, portanto, reiteração da ação inicial. Por outro lado, “permanente é aquele crime cuja

consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro). Crime permanente não pode ser confundido com *crime instantâneo de efeitos permanentes* (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente". O que se alonga no tempo não são os efeitos, mas a atividade do agente consumadora da infração penal.

Com efeito, no crime *permanente*, embora a ação praticada seja única, ela não se esgota na execução, como ocorre nos crimes instantâneos, mas se prolonga no tempo. Assim, na *subtração de energia elétrica*, considera-se consumado o crime quando o agente faz a ligação e começa a usufruir da energia, mas ele continua a consumar-se enquanto perdurar a fruição da *res*, sem solução de continuidade, enquanto não for interrompida. Logo, estamos perante um crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo.

16.4 Furto de energia e furto de sinal de TV a cabo

O art. 155, § 3º, equipara a coisa móvel "a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico". Certamente, "sinal de TV a cabo" não é *energia elétrica;* deve-se examinar, por conseguinte, seu enquadramento na expressão genérica "qualquer outra" contida no dispositivo em exame. A locução "qualquer outra" refere-se, por certo, a "energia" que, apenas por razões linguísticas, ficou implícita na redação do texto legal; mas, apesar de sua multiplicidade, energia solar, térmica, luminosa, sonora, mecânica, atômica, genética, entre outras, inegavelmente "sinal de TV" não é nem se equipara a "energia", seja de que natureza for. Na verdade, energia se consome, se esgota, diminui, e pode, inclusive, terminar, ao passo que "sinal de televisão" não se gasta, não diminui; mesmo que metade do País acesse o *sinal* ao mesmo tempo, ele não diminui, ao passo que, se fosse a energia elétrica, entraria em colapso.

Não se pode adotar *interpretação extensiva* para sustentar que o § 3º equiparou *a coisa móvel* "a energia elétrica ou qualquer outra *coisa"*, quando na verdade se refere a "qualquer outra *energia"*. Se a pretensão do legislador fosse essa, equiparar coisa móvel a coisa que tenha valor econômico, poderia ter utilizado uma forma mais clara, por exemplo: "equipara-se à coisa móvel qualquer outra que tenha valor econômico". Afora o fato de, em não sendo energia, não poder ser objeto material do crime de furto, o "sinal de televisão" tampouco pode ser subtraído, pois,

como já afirmamos, *subtrair* significa retirar, surrupiar, tirar às escondidas a coisa móvel de alguém. Ora, quem utiliza clandestinamente "sinal de televisão" não o retira e tampouco dele se apossa, não havendo qualquer diminuição do patrimônio alheio, que, em última instância, é o bem jurídico protegido no crime de furto. Nesse sentido, sustenta João Eduardo Grimaldi da Fonseca (O furto de sinal de televisão a cabo, *Bol. do IBCCrim*, *103*:18, jun. de 2001), com precisão: "Não há desfalque no patrimônio, o prejuízo decorre do que a empresa — em virtude da utilização indevida do sinal que retransmite — deixa de receber, não do que desta se subtrai".

Por outro lado, *subtrair* não é a simples retirada da coisa do lugar em que se encontrava; é necessário, *a posteriori*, sujeitá-la ao poder de disposição do agente, e, na hipótese, o *uso* clandestino de "sinal de televisão" não apresenta aquele elemento subjetivo de apossamento para si ou para outrem.

17 Pena e ação penal

No *furto simples* a pena é de reclusão, de um a quatro anos; no *furto noturno* é majorada em um terço; no *privilegiado*, pode ter a reclusão substituída por detenção, diminuída de um a dois terços ou substituída por multa; no furto *qualificado*, a pena cominada é exatamente o dobro da pena da figura simples, qual seja, dois a oito anos de reclusão; e, na *nova qualificadora* (§ 5º), a reclusão será de três a oito anos.

A pena de prisão será cumulativa com a de multa, exceto no *furto privilegiado*, em que aquela pode ser substituída por esta, e na hipótese do § 5º, em que a reclusão foi cominada isoladamente. Haverá isenção de pena se for praticado contra ascendente, descendente ou cônjuge (na constância da sociedade conjugal). A natureza da ação penal é *pública incondicionada, salvo nas hipóteses do art. 182, quando será condicionada à representação.*

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

a) *Furto simples*

"O crime de furto consuma-se no momento – ainda que breve – em que o agente torna-se possuidor da *res furtiva*, sendo desnecessária a posse mansa e pacífica do bem. Precedentes" (STJ, REsp 899.482/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 9-10-2007).

"Se os fiscais do estabelecimento comercial estavam a vigiar a acusada, e após a subtração e ocultação dos bens subtraídos é abordada já fora do estabelecimento, tem-se caracterizada a figura do crime impossível, vez que jamais conseguiria chegar à

consumação por absoluta ineficácia do meio empregado diante do sistema de segurança do estabelecimento vítima" (TJMG, Apelação 1.0024.03.939104-0/001(1), Rel. Vieira de Brito, j. 18-9-2007).

"Em havendo dúvida razoável acerca da possibilidade de se tratar, na hipótese, de coisa abandonada, imperiosa é a absolvição do réu, já que o apossamento de *res derelicta* não configura infração penal" (TJRS, Apelação 70016095267, Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 13-6-2007).

"*Res derelicta*: não há crime quando a coisa estava abandonada" (TJRS, Apelação 70018388298, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 21-3-2007).

"O delito de furto se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res* subtraída. Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res* saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso — RTJ 135/161-192, Sessão Plenária)" (STJ, REsp 765.704/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-10-2005).

"Furto. Supermercado. Segurança por meio de vigilância eletrônica. Crime impossível. Absoluta ineficácia do meio empregado. Não configuração. A presença de sistema eletrônico de vigilância no estabelecimento comercial não torna o agente completamente incapaz de consumar o furto, logo, não há que se afastar a punição, a ponto de reconhecer configurado o crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados. Precedentes" (STJ, REsp 554.233/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23-8-2005).

"Hipótese em que o réu, acusado de furto simples, foi absolvido nas instâncias inferiores, por insuficiência de provas. Incabível a hipótese de inversão do ônus da prova, diante do fato de que a *res furtiva* foi apreendida em poder do acusado, se a hipótese retrata situação em que o réu foi surpreendido com o objeto furtado dias após o fato narrado na exordial acusatória. Ao réu compete negar os fatos a ele imputados, e não a prova de sua inocência, que é presumida. Precedente do STF" (STJ, REsp 633.615/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 28-9-2004).

b) *Repouso noturno*

"Aplica-se a majorante prevista no art. 155, § 1º, do CP, se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade, 'pouco importando que tenha sido praticado em dependência não integrante do corpo principal da residência da vítima' (cf. STF/RE — ED 117966/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho, *DJ* de 29-9-1989; Precedentes). No caso, foram subtraídas, durante a madrugada, roupas que estavam estendidas no varal da residência da vítima, enquanto ela e sua família dormiam" (STJ, REsp 920.022/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-6-2007).

"Não incide a majorante do repouso noturno quando, embora a subtração tenha ocorrido na madrugada, não havia ninguém na residência onde se deu a subtração" (TJMG, Apelação 1.0414.05.011485-2/001(1), Rel. Walter Pinto da Rocha, j. 14-3-2007).

"Aplica-se a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu in casu (Precedentes)" (STJ, REsp 704.828/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 2-8-2005).

c) *Furto privilegiado*

"Furto privilegiado. O réu entrou no pátio da residência da vítima e subtraiu um botijão de gás, trocando-o por drogas. Reconhecida a forma privilegiada, por restarem atendidos os requisitos do § 2º do art. 155 do Código Penal. Princípio da bagatela. Inaplicabilidade. Descabe a aplicação do princípio da bagatela na medida em que o bem furtado possui expressão econômica significativa para o orçamento familiar da vítima, empregada

doméstica aposentada" (TJRS, Apelação 70021197652, Rel. Naele Ochoa Piazzeta, j. 6-3-2008).

"A existência de aparato de segurança no estabelecimento comercial não ilide de forma absolutamente eficaz a consumação do delito de furto. (Precedentes). No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, furto privilegiado; aquele, atipia conglobante (dada a mínima gravidade). A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. Verifica-se inaplicável, *in casu*, o princípio da insignificância, sendo imperioso, portanto, dar prosseguimento à *persecutio criminis in iudicio*" (STJ, REsp 961.752/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 29-11-2007).

"Furto e dano qualificado. Arts. 155 e 163, III, ambos do Código Penal. Frasco de condicionador de cabelo e tubo contendo ativador de cachos. Princípio da insignificância. Intervenção estatal mínima. Tipicidade da conduta, em tese, materialmente atípica. Baixa periculosidade do réu. Admite-se, em tese, a atipicidade da conduta quando não adequada aos postulados materiais da norma penal incriminadora. Desproporção, à primeira vista, entre a resposta estatal e a gravidade do fato" (STF, HC 92.364/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2-10-2007).

"Indispensável à aplicação do princípio da insignificância estejam comprovados o desvalor do dano, o da ação e o da culpabilidade, não bastando o pequeno valor da coisa furtada, sob pena de criar-se um direito ao cidadão que pratique subtração mínima, em verdadeira afronta ao dever estatal de manutenção da ordem social" (TJDF, Apelação 2005.04.1.010847-5, Rel. Mário Machado, j. 15-3-2007).

"Hipótese na qual o paciente, juntamente com outro corréu, teria, em tese, furtado um interfone residencial, avaliado em cinquenta reais, motivo pelo qual requer a aplicação do princípio da insignificância, com o consequente trancamento da ação penal contra ele instaurada. Ao considerar o delito como de bagatela, permitindo-se a incidência do princípio da insignificância ao caso, em virtude da obtenção de vantagem de pequeno valor monetário, o Estado acabaria estimulando a prática reiterada de pequenos delitos. Precedente. Os furtos de pequeno valor não podem ser equiparados àqueles praticados por agentes que possuem personalidade voltada para a prática delituosa, ou àqueles que praticam furtos vultosos. Tratando-se de réu primário e de bem de pequeno valor, ocorrida a desclassificação do crime de furto qualificado para a figura típica simples, pode-se aplicar o dispositivo legal a respeito do furto privilegiado" (STJ, RHC 17.892/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 6-12-2005).

"Subtração de uma cabeça de gado avaliada em R$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais). No furto, impossível o reconhecimento do privilégio na subtração de uma cabeça de gado avaliada em R$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais)" (TACrimSP, Apelação 1.379.327/5, Rel. Guilherme G. Strenger, j. 1º-7-2004).

d) *Furto qualificado*

"Desclassifica-se o delito de furto com abuso de confiança para o de apropriação indébita, quando preexistente a detenção da coisa. No caso em tela, o agente, na condição de funcionário de estabelecimento comercial, apropria-se de cheques de terceiro, dados em pagamento de mercadoria" (TJPR, Apelação 403526-9, Rel. Marques Cury, j. 25-10-2007).

"Configura o crime de furto qualificado pela fraude (art. 155, § 4º, II, do Código Penal) a conduta consistente no furto de água praticado mediante ligação clandestina que permitia que a água fornecida pela CAESB fluísse livremente, sem passar pelo medidor de consumo" (STJ, REsp 741.665/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18-10-2007).

Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Escalada. Ausência de exame de corpo de

delito. O exame de corpo de delito é indispensável para comprovar a materialidade do crime, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos. Sendo possível realizar a perícia de local, a prova testemunhal ou a confissão do acusado — essa por expressa determinação legal — não se prestam a suprir o exame de corpo de delito. Precedentes. Impõe-se afastar a incidência das qualificadoras porque, na ausência de laudo pericial, não existe prova concreta que comprove inequivocamente a materialidade do arrombamento ou da escalada" (STJ, HC 85.901/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-9-2007).

"Furto qualificado. Aplicação do art. 155, § 2º, Código Penal. Impossibilidade. A divergência jurisprudencial restou demonstrada, visto que foram cumpridas as exigências do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, em face da incidência da circunstância qualificadora. Precedentes" (STJ, REsp 718.529/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-9-2007).

"Segundo entendimento desta Corte, para fins de pagamento de seguro, ocorre furto mediante fraude, e não estelionato, o agente que, a pretexto de testar veículo posto à venda, o subtrai (*v. g*. REsp 226.222/RJ, *DJ* 17-12-1999, HC 8.179/GO, *DJ* de 17-5-1999). Sendo o segurado vítima de furto, é devido o pagamento da indenização pela perda do veículo, nos termos previstos na apólice de seguro" (STJ, REsp 672.987/MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 26-9-2006).

"I. O delito de furto — assim como o de roubo — consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. II. Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância" (STJ, REsp 798.760/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14-3-2006).

"Não é dado ao juiz, sob o calor do princípio da proporcionalidade, investir em tema da estrita competência legislativa, transformando em majorante aquilo que o Código Penal trata como circunstância qualificadora do crime. Assim, o concurso de agentes, no furto, funciona como qualificadora, e não, nos moldes do que ocorre no roubo, como majorante" (TJRS, Apelação 70011143237, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, 7-7-2005).

"O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Por isso, entende o Relator, a qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas pressupõe, nos crimes de furto e roubo, por exemplo, concurso de pessoas imputáveis. Não é, portanto, qualificado o furto praticado por pessoa imputável e pessoa inimputável (menor de 18 anos)" (STJ, HC 38.097/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 23-11-2004).

"Furto qualificado – Aplicação do privilégio – Impossibilidade: é inaplicável o privilégio no crime de furto quando este for qualificado por alguma das hipóteses previstas no § 4º do art. 155 do CP" (TACrimSP, Apelação 1.440.129/1, Rel. Maia da Cunha, j. 13-9-2004).

"Furto qualificado – Abuso de confiança – Valor da palavra da vítima para seu reconhecimento: no crime de furto, é impossível o afastamento da qualificadora do abuso de confiança praticado por empregado se a própria vítima afirma que acreditava no acusado" (TACrimSP, Apelação 1.364.245/5, Rel. Barbosa de Almeida, j. 21-6-2004).

"Furto qualificado – Fraude – Agente que faz cartões eletrônicos 'clonados' e, com eles, saca dinheiro das contas bancárias das vítimas – Configuração: pratica furto mediante fraude o agente que faz 'clones' dos cartões magnéticos das vítimas e, com eles, efetua saques de dinheiro das suas contas bancárias" (TACrimSP, Apelação 1.377.687/3, Rel.

Marcos Ramos, j. 13-5-2004).

"Furto qualificado – Art. 155, § 4º, II, do CP – Agente que, mediante fraude, subtrai energia elétrica – Caracterização: incorre nas penas do art. 155, § 4º, II, do CP, o agente que, mediante fraude, rompe os lacres metálicos dos *links* e o lacre plástico do relógio medidor de eletricidade e conecta a entrada da energia diretamente com a rede pública" (TACrimSP, Apelação 1.355.221/1, Rel. Almeida Sampaio, j. 3-5-2004).

Furto de coisa comum

Art. 156. Subtrair o condômino, coerdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

— V. art. 168 do CP.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

— V. art. 100, § 1º, do CP.

— V. arts. 24, 38 e 39 do CPP.

§ 2º Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No Código Penal de 1890, o furto de coisa comum não recebia um tratamento autônomo independente. Era abrangido pela seguinte previsão: "O crime de furto se cometerá ainda que a coisa pertença a herança ou comunhão em estado de indivisão" (art. 334). Na verdade, o furto de coisa comum, como figura autônoma, continua desconhecido em muitas legislações modernas, que não o distinguem da figura simples.

O Código Penal de 1940, a exemplo do Código Penal Rocco, de 1930 (art. 627), tipifica *o furto de coisa comum* como crime de natureza especial, atribuindo-lhe sanção consideravelmente inferior, comparada ao tipo simples. Não deixa de ser, *mutatis mutandis*, uma espécie de furto privilegiado.

2 Bem jurídico tutelado

Trata-se de modalidade especial do crime de furto, distinguindo-se deste

pela especial relação existente entre os sujeitos ativo e passivo e pelo objeto da subtração, que deve ser *comum* a ambos os sujeitos. Em outros termos, bem jurídico tutelado são a posse legítima e a propriedade de *coisa comum*, isto é, pertencente aos sujeitos ativo e passivo, simultaneamente.

3 Sujeitos do crime

Tratando-se de crime próprio, *sujeito ativo* somente pode ser o *condômino, coerdeiro* ou *sócio* da coisa comum. Essa condição do sujeito ativo é elementar do tipo e, como tal, comunica-se a coautores e partícipes. Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 332) não distingue sócio de pessoa jurídica regularmente constituída de sócio de simples *sociedade de fato*, porque, argumenta, "como a lei fala em 'sócio', não fazendo qualquer distinção quanto à sua natureza, é irrelevante que a sociedade seja legalmente constituída ou de fato". Se o sujeito ativo está, no entanto, na *posse* da coisa comum, o crime será o de *apropriação indébita* (art. 168 do CP), e não o furto de coisa comum.

Sujeito passivo, considerando-se a natureza especial do crime, são o condômino (coproprietário), coerdeiro ou sócio, ou qualquer outro possuidor legítimo. Se a subtração operar-se contra possuidor ou detentor ilegítimo, não se tipificaria o furto de coisa comum, mas sim o furto previsto no art. 155.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica, a exemplo do artigo anterior, é "subtrair"; apenas o objeto material do crime a ser subtraído, em vez de *coisa alheia*, deve ser *coisa comum*, de quem legitimamente a detém. O conceito de subtração é exatamente o mesmo que procuramos externar quando examinamos crime de furto. Logicamente, para tipifïcar-se o *furto de coisa comum*, faz-se necessário que esta se encontre legitimamente na detenção de outrem; encontrando-se, contudo, na posse do agente, o crime será o de *apropriação indébita* (art. 168); havendo, porém, emprego de violência ou grave ameaça, o crime será o de roubo, a despeito de sua *natureza comum*.

O objeto material é a *coisa móvel*. Imóvel, a exemplo do furto e do roubo, não pode ser objeto desse crime. A coisa móvel tem de ser *comum*, isto é, de propriedade comum. Se for *fungível*, ou seja, se puder ser substituída por outra coisa de mesma espécie, quantidade e qualidade (art.

85 do CC), a *subtração* será *impunível* (art. 156, § 2º, do CP), desde que não exceda o valor da quota do agente, a despeito de revestir-se do caráter de ilícita. Tratando-se, porém, de coisa *infungível*, mesmo que o valor da coisa subtraída não supere o da quota individual, o agente responderá por furto de coisa comum. Enfim, para incidir essa espécie de "excludente de antijuridicidade especial" é indispensável que concorram, simultaneamente, dois requisitos legais: a) que a coisa comum seja fungível; b) que seu valor não ultrapasse a quota a que o sujeito ativo tem direito (art. 156, § 2º).

Condomínio é a propriedade, posse ou direito em comum, isto é, exercido por dois ou mais indivíduos simultaneamente; *coerdeiros* são herdeiros de um mesmo espólio; *sócio* é uma das pessoas que, mediante contrato, obrigam-se a unir esforços e bens para a consecução de um fim comum. Cada sócio, herdeiro ou condômino tem seu direito limitado pelo direito dos demais; logo, subtraindo a coisa comum, lesa o direito dos outros. Preciso e insuperável era o magistério de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 48): "Na *communio pro indiviso* da propriedade de uma coisa, cada comunheiro dispõe de uma cota ideal *in toto et in qualibet parte*, e, assim, se um deles subtrai a coisa, não está subtraindo coisa *alheia*, mas, ao mesmo tempo, *alheia* e *própria*, em cada uma de suas partículas".

4.1 Sócio que furta da própria sociedade

Questiona-se se o sócio pode ser *sujeito ativo* do crime de furto de coisa pertencente a sociedade regularmente constituída. Sociedade irregular não tem personalidade jurídica e, portanto, se confunde com a figura dos sócios. Para uma corrente, o sócio pode subtrair coisa pertencente a pessoa jurídica, na medida em que os conceitos do direito civil e do direito comercial não são recepcionados pelo direito penal, e o patrimônio que serve a sociedade é patrimônio comum dos sócios.

O *sócio* que furta da sociedade — pessoa jurídica — comete o crime do art. 155, e *não o furto de coisa comum.* O patrimônio pertence exclusivamente à sociedade e não aos sócios, pelo menos diretamente. Nesse sentido também se manifestava Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 338), para quem, "em tal hipótese, o patrimônio da sociedade não constitui patrimônio dos sócios, sendo ela titular exclusiva do mesmo. Em que pese a autorizada opinião de Hungria, VII, 46, a subtração de bens que integram o patrimônio da sociedade praticada pelo sócio, que não tem a posse dos mesmos, constitui furto (art. 155), assim como a *apropriação*

indébita daqueles que em sua posse tiver será o crime do art. 168, CP". Há divergência doutrinário-jurisprudencial. A *dúvida* sobre a condição de sócio, herdeiro ou condômino constitui *questão prejudicial* (art. 92 do CPP), que deve ser dirimida fora do juízo criminal, segundo a organização judiciária de cada Estado. A regra é que seja da competência do Juizado de Família e Sucessões. Nesse caso, deve ser suspensa a instrução criminal enquanto se resolve a questão prejudicial.

Questão a ser dirimida refere-se aos bens adquiridos durante a conhecida *união estável*, se estariam incluídos nos chamados bens em "condomínio". No matrimônio, observado o regime de bens adotado, não resta dúvida de que se faz presente o instituto do *condomínio,* relativo aos bens comuns (todos, no regime da comunhão universal, e dos aquestos, nos demais regimes). Na constância da sociedade conjugal, pela natureza da relação, não se pode falar em crime de furto. E quando, excepcionalmente, isso puder ocorrer, o agente será *isento de pena* (art. 181). Essa figura delitiva, em princípio, somente poderá surgir se os cônjuges estiverem judicialmente separados, e, nesse caso, somente se procede *mediante representação* do cônjuge ofendido (art. 182,I, do CP).

Na novel *união estável*, contudo, é indispensável que se faça prova irrefutável não só de sua existência, mas particularmente de seu caráter estável (art. 226, § 3º, da CF). Ainda que se configure, eventualmente, qualquer das figuras previstas no § 4º do art. 155, são inaplicáveis as qualificadoras no furto de coisa comum. Havendo violência, contudo, contra a pessoa, o crime não será este, mas o de roubo, e sem qualquer atenuação especial, independentemente da natureza comum do objeto material da subtração.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo*, que é seu elemento subjetivo geral, e pelo *especial fim de agir,* que é seu elemento subjetivo especial. O dolo é constituído pela vontade consciente de subtrair *coisa comum*, isto é, que seja objeto de comunhão, seja com sócio, condômino ou coerdeiro. O *elemento subjetivo especial do tipo,* por sua vez, é representado pelo *fim especial* de apoderar-se da coisa subtraída, *para si* ou *para outrem.* É indispensável, por fim, que o agente saiba que se trata de *coisa comum.*

Quando, no entanto, o agente, por erro, supuser que a coisa comum é

alheia, responderá igualmente pelo crime de furto comum. Essa interpretação se justifica porque não se poderia, por erro, atribuir-lhe a responsabilidade por um crime mais grave que aquele que efetivamente cometeu. Contudo, se subtrair coisa própria imaginando que era *comum*, não responderá por crime algum. Estar-se-á diante do que se chama de crime putativo, que, evidentemente, crime não é.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação de furto de coisa comum

Consuma-se o crime de *furto de coisa comum* com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima (coproprietária ou copossuidora), assegurando-se, consequentemente, a posse tranquila, ainda que passageira, por parte do agente; enfim, consuma-se quando a coisa sai da posse da vítima ingressando na do agente; o assenhoreamento ocorre quando a coisa comum sai efetivamente da vigilância ou disponibilidade do ofendido. Apesar da necessidade de a *res* sair da disponibilidade da vítima e estar na posse tranquila do agente, também é possível que, em tese, ocorra a consumação do furto, sendo o agente *preso em flagrante*. Nesses casos, como já referido, não há possibilidade material, por parte do ofendido, de exercer o poder de disposição da coisa, pois ignora seu paradeiro.

6.2 Tentativa de furto de coisa comum

O furto de coisa comum, como crime material, admite a *tentativa*. Quando a atividade executória for interrompida, no curso da execução, por causas estranhas à vontade do agente, configura-se a forma tentada. Em outros termos, quando o processo executório for impedido de prosseguir, antes de o objeto da subtração ser deslocado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima para a posse tranquila do agente, não se pode falar em crime consumado. Consuma-se o crime no momento em que a vítima não pode mais dispor da posse ou propriedade da coisa subtraída.

Caracteriza-se o crime tentado, enfim, quando o crime material não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, não chegando a *res furtiva* a sair da esfera de vigilância do dono e, consequentemente, não passando para a posse tranquila daquele. Se o agente teve a posse tranquila da *res furtiva*, apesar do pouco tempo, de forma totalmente desvigiada, é

indiscutível a ocorrência do furto consumado, sendo, portanto, irrelevante o tempo de duração da disponibilidade da coisa. As peculiaridades, restrições e limitações são as mesmas examinadas no dispositivo anterior, para onde remetemos o leitor.

7 Causa especial de exclusão da antijuridicidade

A subtração de *coisa fungível* que não ultrapassa a quota a que o agente tem direito não é punível (art. 156, § 2º), consoante disciplina específica do dispositivo em exame. Pode-se questionar, afinal: estamos diante de *isenção de pena* ou de *exclusão de antijuridicidade*? Determinada corrente sustenta que se trata de isenção de pena; outra, que a previsão legal é causa de exclusão da antijuridicidade.

Na verdade, a redação do § 2º do art. 156 apresenta uma sutileza que altera profundamente a natureza de sua previsão. Com efeito, se o dispositivo legal afirmasse que "o agente não é punível", como faz em inúmeros artigos do Código Penal, estaríamos, certamente, diante de uma situação cristalina de *isenção de pena.* No entanto, não foi essa a previsão legal; ao contrário, prevê referido dispositivo que "não é punível a subtração...". Ora, *subtração impunível* significa *subtração lícita*, permitida indiferente ao direito penal. Portanto, como conclui, lucidamente, Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 333), trata-se de *fato lícito*, isto é, de "causa de exclusão da antijuridicidade e não de isenção de pena". Essa *excludente especial* (as gerais ou comuns estão relacionadas no art. 23), para configurar-se, exige os seguintes requisitos: a) fungibilidade da coisa comum; b) valor não superior à quota a que o agente tem direito.

Tratando-se de *coisa infungível*, é irrelevante que o agente tenha direito a quota superior ao valor subtraído: o crime estará tipificado. Igualmente, ainda que se trate de *coisa fungível*, se o valor subtraído for superior à quota a que o sujeito tem direito, o crime também estará tipificado. Assim, a fungibilidade da coisa comum e seu limite da quota são elementares limitadoras da excludente especial sob exame.

8 Pena e ação penal

A pena cominada ao furto de coisa comum é *alternativa:* de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. A natureza da ação penal é pública condicionada à representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para

representá-lo.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Para o ajuizamento de queixa-crime entende-se que a situação fática deve ser descrita na procuração, a fim de evitar eventual denunciação caluniosa por parte do querelado. No caso em apreço, o querelante nem sequer fez alusão aos arts. 156 do CP (furto de coisa comum), 195, I, XI e XII da Lei n. 9.279/96 (concorrência desleal), o que de fato não ocorreu. A polêmica em torno da descrição do fato criminoso na procuração perderia o objeto se o querelante ou ofendido assinasse a queixa-crime junto com seu procurador. Isso porque, desta forma, estaria ratificando todo o conteúdo da ação penal privada” (TJRS, HC 70019268341, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 10-5-2007).

“Mesmo que o fato descrito na exordial caracterize, em princípio, o delito próprio de furto de coisa comum, ao qual o legislador condicionou o processo ao exercício do direito de representação pelos coerdeiros, tal manifestação não exige forma rígida, bastando que a intenção das vítimas seja demonstrada de forma inequívoca. Devem ser consideradas válidas as atitudes dos coerdeiros após o fato delituoso, que demonstraram o firme interesse de que fosse apurada a responsabilidade criminal da paciente, eis que compareceram ao Ministério Público pugnando pela instauração da ação penal e, posteriormente, à Delegacia, onde prestaram depoimento acerca dos fatos” (STJ, HC 60.680/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24-4-2007).

“Apelação criminal. Furto de coisa comum. Absolvição por ser o fato praticado não punível. Aplicação da causa excludente da ilicitude prevista no art. 156, § 2º, do CP. Bens furtados fungíveis (peças de couros). O apelante retirou a metade a que teria direito na sociedade, razão pela qual a subtração deixa de ser punível” (TJSP, Apelação 833.314.3/3-00, Rel. Péricles Piza, j. 12-9-2005).

Capítulo II - Do Roubo e da Extorsão

Roubo

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

— V. arts. 129, 146 e 147 do CP.

— V. arts. 82, 84 e 1.473, VI, do CC.

— V. art. 1º, III, *c*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

§ 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.

— V. art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I — se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II — se há o concurso de duas ou mais pessoas;

— V. arts. 29, 62 e 288 do CP.

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.

— Incisos IV e V acrescentados pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

— § 3º com redação determinada pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, que elevou a pena mínima da primeira parte do dispositivo de cinco para sete anos de reclusão.

— V. art. 19 do CP.

— V. art. 1º, III, *c*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

— V. arts. 1º, II, e 9º da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

— V. Súmula 610 do STF.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Os três Códigos Penais brasileiros (Código Criminal de 1830, Código republicano de 1890 e o atual Código Penal de 1940) não ignoraram a existência de distinções entre furto e roubo. O Código Criminal do Império retrocedeu em relação às Ordenações Filipinas ao não distinguir a violência contra a coisa e contra a pessoa, equiparando-as no crime de roubo. Sem grande melhora, o Código republicano disciplinou o crime de roubo nos arts. 356 a 358. Mas somente o atual Código Penal purificou a figura do crime de roubo, ao afastar dela a violência contra a coisa, que, com acerto, vai alojar-se no crime de furto qualificado. A *grave ameaça a pessoa* foi inovação acrescentada pelo atual diploma legal, além de equiparar-lhe,

genericamente, a impossibilidade de a vítima resistir ou defender-se.

2 Bem jurídico tutelado

Trata-se de crime complexo, tendo como elementares constitutivas a descrição de fatos que, isoladamente, constituem crimes distintos; protege, com efeito, bens jurídicos diversos: o *patrimônio*, público ou privado, de um lado, e a *liberdade individual* e a *integridade física e a saúde*, que são simultaneamente atingidos pela ação incriminada. Com efeito, separando-se as condutas, podem-se identificar, com facilidade, dois crimes distintos: contra o patrimônio, como gênero, são protegidas, como espécie, a posse, a propriedade e a detenção, a exemplo do que ocorre com o crime de furto; contra a pessoa, como gênero, são protegidas a liberdade individual (quando praticado mediante grave ameaça) e a integridade física e psíquica do ser humano, como espécies. Sintetizando, são bens jurídicos protegidos pelo art. 157 e seus parágrafos, além do patrimônio (posse, propriedade e detenção), a liberdade individual (constrangimento ilegal), a integridade física (lesão corporal) e a vida das pessoas (morte, no latrocínio).

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo, a exemplo do crime de furto, pode ser qualquer pessoa (crime comum), menos o proprietário, por faltar-lhe a elementar coisa "alheia". Se este praticar a subtração poderá responder por *exercício arbitrário das próprias razões*, dependendo das circunstâncias e do elemento subjetivo que orientar sua conduta, além de incorrer nas sanções correspondentes à violência empregada.

Sujeito passivo também pode ser o proprietário, o possuidor e, eventualmente, o mero detentor da coisa, ou até mesmo terceiro que sofra a violência. O sujeito passivo da violência ou da ameaça pode ser diverso do sujeito passivo da subtração; pode ocorrer, com efeito, que a violência seja empregada não contra o proprietário ou possuidor da coisa alheia, mas contra terceiro. Nessa hipótese, haverá dois sujeitos passivos: um em relação ao patrimônio e outro em relação à violência, ambos vítimas de roubo, sem, contudo, dividir a ação criminosa, que continua única. As duas vítimas — do patrimônio e da violência — estão intimamente ligadas pelo objetivo final do agente: subtração e apossamento da coisa subtraída.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *roubo* nada mais é que *o furto* "qualificado" pela violência à pessoa. Por mais que se queira inovar na definição do crime de roubo, a despeito do *nomen iuris* próprio e de pena autônoma, não se pode negar sua similitude com um *furto qualificado* pelo emprego de violência ou grave ameaça à pessoa ou de qualquer outro meio para impossibilitar sua resistência. Esse já era o magistério do velho Carrara (Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*; Parte Especial, Bogotá, Ed. Temis, 1973, v. 6 (IV), p. 191), para quem "o roubo vem a ser uma forma mais odiosa que o furto cometido na presença do dono, e essa odiosidade decorre da maior audácia ao sacar-lhe os objetos, não apenas à sua vista, mas dele próprio ou de suas mãos".

O Código Penal de 1940 adotou, em termos de furto e de roubo, o sistema seguido pela Alemanha e, particularmente, pela Itália, classificando como *roubo* somente a subtração cometida com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; e como *furto qualificado* a subtração praticada com violência à própria coisa. Com efeito, o núcleo típico é, igualmente, *subtrair*, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. *O roubo* distingue-se do *furto* exclusivamente pela violência, real ou ficta, utilizada contra a pessoa. No furto qualificado pela *destruição ou rompimento de obstáculo* a violência é praticada contra a coisa; no roubo, é contra a pessoa. Enfim, tudo o que dissemos a respeito do crime de *furto*, com exceção do meio usado, aplica-se ao crime de *roubo*.

4.1 Irrelevância de motivação distinta da finalidade de apossamento da "res"

Para a configuração do *roubo*, é irrelevante que o sujeito ativo o pratique com a intenção de vingar-se da vítima ou de terceiro; basta que o faça com a intenção de apossar-se da coisa para si ou para outrem. É irrelevante a razão ou o motivo pelo qual pretende apoderar-se da *res*, desde que de alguma forma represente alguma vantagem ou interesse (não gostamos da expressão "lucro", porque juridicamente tem significado próprio, que nem sempre se confunde com o gozo, proveito ou vantagem que a subtração de uma coisa alheia pode trazer).

O objeto material no crime de roubo é duplo, como duplos também podem ser os sujeitos passivos: são a coisa alheia móvel e a pessoa, que não

precisa ser, necessariamente, a mesma que sofreu a violência pessoal e a subtração da coisa móvel. O roubo pode ser *próprio* ou *impróprio.*

5 “Modus operandi”: mediante violência ou grave ameaça ou qualquer outro meio

A violência elemento estrutural do crime de roubo é distinta da violência do furto qualificado (art. 155, § 4º, I); neste, a violência é empregada contra a coisa; naquele, contra a pessoa. A violência, no roubo, pode ser imediata ou mediata: imediata, contra o dono (detentor, posseiro ou possuidor); mediata, contra terceiro. A subtração opera-se por meio da *grave ameaça,* da *violência à pessoa* ou depois de havê-la reduzido, por *qualquer meio,* à impossibilidade de resistência. Trata-se, ao contrário do furto, de *tipo especial* cujos meios executórios são nele especificados. Aliás, o uso dos meios, qualquer deles, como *elementares constitutivas* integra a figura típica do roubo, caracterizando seu emprego, por si só, o início da execução desse crime. Logicamente, desnecessário afirmar, desde que o uso da violência ou grave ameaça vise à subtração da coisa.

5.1 Violência física (“vis corporalis”)

Violência física à pessoa consiste no emprego de força contra o corpo da vítima. Para caracterizar essa *violência* do tipo básico de *roubo* é suficiente que ocorra *lesão corporal leve* ou simples *vias de fato*, na medida em que lesão grave ou morte qualifica o crime. *Vias de fato* são a violência física sem dano à integridade corporal. O termo “violência” empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa *violência* pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A violência pode ser empregada pela omissão, submetendo, por exemplo, o ofendido a fome ou sede com a finalidade de fazê-lo ceder à vontade do agente. A violência poderá ser *imediata*, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e *mediata*, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada.

Não é indispensável que a *violência* empregada seja *irresistível:* basta que seja idônea para *coagir* a vítima, colocá-la em pânico, amedrontá-la, suficiente, enfim, para minar sua capacidade de resistência. Violentos

empurrões e trombadas também caracterizam o emprego de violência física, necessária e suficiente para caracterizar o crime de roubo. Contudo, aqueles empurrões ou trombadas, tidos como leves, utilizados apenas com a finalidade de desviar a atenção da vítima não têm sido considerados idôneos para caracterizar o crime de roubo.

5.2 Grave ameaça ("vis compulsiva")

Ameaça grave (violência moral) é aquela capaz de atemorizar a vítima, viciando sua vontade e impossibilitando sua capacidade de resistência. A *grave ameaça* objetiva criar na vítima o fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral, tanto a si quanto a pessoas que lhe sejam caras. É irrelevante a *justiça* ou *injustiça* do mal ameaçado, na medida em que, utilizada para a prática de crime, torna-a também antijurídica.

"Mediante grave ameaça" constitui forma típica da "violência moral"; é a *vis compulsiva*, que exerce força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a *ameaça* também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa, como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir. O mal ameaçado pode consistir em *dano* ou em simples *perigo*, desde que seja *grave*, impondo medo à vítima, que, em razão disso, sinta-se inibida, tolhida em sua vontade, incapacitada de opor qualquer resistência ao sujeito ativo. No entanto, é desnecessário que o dano ou perigo ameaçado à vítima seja *injusto*, bastando que seja *grave*. Na verdade, a injustiça deve residir na ameaça em si e não no dano ameaçado.

O *mal* prometido, a título de ameaça, além de *futuro* e *imediato*, deve ser *determinado*, sabendo o agente o que quer impor. Nesse sentido, Magalhães Noronha pontificava: "Compreende-se que o mal deva ser *determinado*, pois indefinível e vago não terá grandes efeitos coativos; *verossímil* também, ou seja, que se possa realizar e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; *iminente*, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em *passado*, nem em *futuro* longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; *inevitável*, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; *dependente*, via de regra, da

vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade". Enfim, esses são os requisitos que, em tese, a *ameaça grave* deve apresentar; esses meios não são nem absolutos nem *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar-se alguns e outros não, sem desnaturar a gravidade da ameaça. É indispensável que a ameaça tenha idoneidade intimidativa, isto é, que tenha condições efetivas de constranger a vítima.

5.2.1 Idoneidade da grave ameaça

O aferimento da eficácia da ameaça é de caráter puramente subjetivo, sofrendo, certamente, influência direta de aspectos como nível cultural, idade, sexo, condição social, estado de saúde etc. A eficácia virtual da ameaça deve ser avaliada considerando-se o nível médio (de difícil aferição) dos indivíduos com a mesma condição ou padrão da vítima (Manzini). Assim, não se deve excluir *a priori* a idoneidade da ameaça, ainda que, de plano, pareça mirabolante, pois há pessoas, dominadas por crendices, que são facilmente impressionáveis. Oportuna a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rei. Juiz Celso Limongi, *RT*, *701*:305): "Se a vítima se sentiu atemorizada, porque o acusado fazia menção de sacar da cintura uma arma, a *ameaça*, portanto, existiu, o que caracteriza o roubo simples, não sendo caso de desclassificação para furto por arrebatamento".

5.2.2 Simulação de arma e arma de brinquedo

A simulação de estar armado ou a utilização de arma de brinquedo, quando desconhecida ou não percebida pela vítima, constituem *grave ameaça*, suficientemente idônea para caracterizar o crime de roubo. O pavor da vítima, especialmente na atualidade, quando a população urbana anda dominada pelo medo coletivo, impede que realize uma atenta observação para constatar a realidade das coisas. Na realidade, são irrelevantes os meios utilizados pelo sujeito ativo — reais ou imaginários — para amedrontar a vítima: mostrar que porta uma arma, fingir que a tem consigo ou simplesmente ameaçar de agressão têm a mesma idoneidade para amedrontar pessoas normais. Não importa, inclusive, a sinceridade da ameaça: basta que a vítima se sinta amedrontada e, em consequência, impossibilitada de reagir à ação criminosa.

O *assalto* de inopino, surpreendendo a(s) vítima(s), afirmando tratar-se

de assalto e exigindo a entrega dos pertences, constitui *grave ameaça*, mesmo sem mostrar armas. A atemorização da vítima, que é subjetiva, *decorre das próprias circunstâncias da abordagem* e do próprio pavor que, atualmente, domina a população. O ordenamento jurídico de 1940 conheceu apenas a "voz de prisão"; a violência urbana do final do século encarregou-se de popularizar a similar "voz de assalto", que, pode-se afirmar, constitui, inegavelmente, um neologismo do termo "ameaça", e é idôneo para caracterizar a grave ameaça.

5.3 Qualquer outro meio de redução da resistência

Aqui, para descrever o *meio* possível de executar o *roubo*, após relacionar duas hipóteses casuísticas, o legislador adotou, como em tantas outras oportunidades, uma *fórmula genérica*, que não se confunde com *interpretação analógica*, aliás inadmissível em sede de criminalização. Essa *fórmula genérica* objetiva tipificar qualquer outro meio utilizado que se assemelhe à violência (real ou moral) e que por ela não seja abrangida, mas que tenha o condão de deixar a vítima à mercê do sujeito ativo. Enfim, à violência ou grave ameaça é equiparado *todo e qualquer meio* pelo qual o sujeito ativo — sem empregar violência ou incutir medo — consegue evitar que a vítima ofereça resistência ou defesa, por exemplo, o uso de soníferos, anestésicos, narcóticos, hipnose, superioridade numérica ou superioridade física (considerável).

Convém destacar, porém, que o outro "qualquer meio" referido no art. 157 tem natureza excludente, isto é, não é similar nem se confunde com violência ou grave ameaça, caso contrário seria desnecessário equipará-los. Assim, poderá ter qualquer outra natureza, produzir qualquer outra sensação (que não seja medo ou temor), minar a resistência da vítima, paralisá-la ou imobilizá-la, mas nunca poderá assemelhar-se a violência ou grave ameaça. Enfim, se o mencionado "qualquer outro meio" assemelhar-se ou confundir-se com qualquer delas se tornará desnecessária a "generalidade", pois terá idoneidade por si próprio para integrar a gravidade representada pela violência ou grave ameaça. Esses outros *meios* devem ser empregados sub-reptícia ou fraudulentamente, isto é, sem violência física ou grave ameaça, caso contrário estariam incluídos nas outras duas alternativas; devem, contudo, ter capacidade para reduzir ou diminuir a resistência da vítima. Estão abrangidas pela expressão "qualquer outro meio" as ações químicas, estranhas ameaças, que restrinjam ou anulem a

consciência, como o emprego de inebriantes, entorpecentes ou similares, ou até mesmo a máquina da verdade ou pílulas da confissão, destinadas a violentar a vontade e a liberdade do ofendido, levando-o a declarar o que pretendia calar.

5.3.1 A individualização de outros meios na legislação estrangeira

Alguns Códigos alienígenas fazem referência expressa a "outros meios"; outros não, como o atual Código espanhol (art. 237). A solução do nosso Código Penal tem a vantagem de ampliar a definição da subtração violenta e afastar eventual dificuldade em aceitar algumas hipóteses que caracterizem a redução à impossibilidade de resistência da vítima, tais como hipnose, entorpecentes, álcool, ou mesmo quando o meio violento contra a pessoa é usado indiretamente. O *Superior Tribunal de Justiça* já decidiu, por exemplo, que a dissimulação dos réus como policiais para a subtração de coisa móvel caracteriza o crime de roubo.

Tais *meios* devem ser usados ardilosamente, às escondidas, desacompanhados, evidentemente, de violência ou grave ameaça; caso contrário, serão estas e não aqueles que integrarão a definição típica do crime de roubo. Se, no entanto, a própria vítima se coloca em condições de incapacidade de oferecer resistência, o crime que tipificará eventual subtração não será o de roubo, mas certamente o de furto, cometido aproveitando-se da oportunidade criada pela vítima ou por quem vigiasse a *res*. Por fim, a violência, física ou moral, pode ser dirigida tanto contra o detentor da coisa, sendo ou não proprietário, como contra terceiro que, eventualmente, perturbe o sujeito ativo. Logo, o sujeito passivo da violência pode ser um e o sujeito passivo do dano patrimonial outro, sem que, por isso, se caracterize mais de um crime. Deve ser especificado na denúncia em que consistiu o *meio* que levou a vítima à incapacidade de resistência.

5.4 Violência ou grave ameaça para fugir sem a coisa

Alguns identificam na hipótese o *roubo impróprio* na forma tentada; outros, *concurso* de *tentativa de furto* com *crime contra a pessoa*. Acreditamos que, tecnicamente, a segunda hipótese é a mais sustentável. De roubo impróprio — tentado ou consumado — certamente não se trata. Não se pode ignorar que a tipificação dessa infração penal exige não apenas a "violência" imediatamente posterior ao apossamento da *res*, mas também, e cumulativamente, o objetivo de assegurar a impunidade e/ou a detenção

da coisa. Logo, a ausência de qualquer das elementares, seja da violência, seja da finalidade especial, impede a configuração de roubo, próprio ou impróprio, consumado ou tentado. Na verdade, como destaca Weber Martins Batista (*O furto e o roubo no Direito e no Processo Penal*, p. 230), com acerto, "o agente quis furtar a coisa, começou a fazê-lo, não esperava ser surpreendido e, como isso aconteceu, *desistiu* da prática do *furto* e tentou fugir". Enfim, a ausência do elemento subjetivo especial do tipo impede a configuração do roubo impróprio.

Inegavelmente um dos objetivos do emprego de meio violento, no roubo impróprio, é, nos termos da lei, *assegurar a impunidade do crime*. No entanto, incorre em grave equívoco quem sustenta que há roubo impróprio quando o agente, ao ser surpreendido subtraindo a coisa alheia, desiste de consumá-la e emprega violência ou grave ameaça para garantir a fuga. Na verdade, *assegurar a impunidade do crime* significa empregar a violência para garantir a subtração que acaba de fazer, da qual não desistiu; mas não o caracteriza aquela "violência" utilizada após ter desistido do apossamento da coisa, empregando-a tão somente para fugir, sem esta. Enfim, a violência utilizada na fuga, para não ser preso por tentativa de furto, não caracteriza roubo impróprio. Somente o configura quando, surpreendido, o agente não desiste do crime e emprega a violência com o objetivo de fugir *com a coisa*, mesmo que não o consiga.

5.4.1 Violência para assegurar a fuga não tipifica crime de roubo

Assim, por exemplo, o indivíduo que ingressa em um veículo para subtrair-lhe o toca-fitas, surpreendido pelo dono, desistindo da subtração, tenta escapar, lutando com um terceiro, mas sem o toca-fitas. Não vemos outra tipificação possível que não a tentativa de furto em concurso com crime contra a pessoa (lesões corporais leves, graves, homicídio etc.). Nesse sentido já era o magistério de Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 208): se a subtração é apenas tentada e o agente, na fuga, emprega violência, haverá concurso material de tentativa de furto e do crime que for praticado contra a pessoa (lesões corporais, homicídio etc.).

Uma coisa é empregar violência para não ser preso pela tentativa de furto, após desistir da *res furtiva;* outra é utilizar a violência objetivando fugir *com a coisa*, que caracteriza a conduta emoldurada no § 1º do art. 157. Mais simples, ao menos aparentemente, é a conduta de quem foge com a coisa sem violência ou grave ameaça a pessoa. Assim, a atitude daquele que

procura desvencilhar-se da vítima que o agarra, sem agredi-la ou ameaçá-la, constitui crime de furto e não o de roubo. Essa atitude de desvencilhar-se, ainda que com algum esforço, não constitui a violência requerida como elementar do crime de roubo.

6 Espécies de roubo: próprio e impróprio

O atual Código Penal brasileiro, a exemplo da maioria dos Códigos alienígenas, distingue roubo *próprio* e *impróprio.* A violência no crime de roubo pode ocorrer antes, durante ou após a subtração da coisa alheia móvel; em outros termos, pode ser empregada no início da ação, no apossamento da coisa, quando a subtração já está consumada, e, por fim, ainda, quando objetiva assegurar a impunidade do crime. Pois é exatamente esse elemento temporal da utilização da violência que distingue a propriedade ou impropriedade do roubo.

6.1 Roubo próprio

No *roubo próprio* (*caput*) a violência ou grave ameaça (ou a redução da impossibilidade de defesa) são praticadas contra a pessoa *para a subtração da coisa*. Os *meios violentos* são empregados *antes* ou *durante* a execução da subtração, pois representam, em outros termos, o *modus operandi* de realização da subtração de coisa alheia móvel, que, aliás, é a única e fundamental diferença que apresenta em relação ao crime de furto. Pratica roubo e não furto o agente que, além de impedir a vítima de prosseguir em seu caminho, manda-a, em tom intimidativo, ficar quieta, não reagir e lhe passar o dinheiro e o relógio, logrando assim subtrair tais coisas, pois, nessas circunstâncias, ademais da violência indireta, também houve grave ameaça.

Discordamos, nesse sentido, do entendimento de Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 392), para quem a violência empregada durante a subtração também caracterizaria o *roubo impróprio.* Pelo menos essa é a conclusão que tiramos de sua seguinte afirmação, referindo-se a roubos próprio e impróprio: “Este se dá quando a violência ou grave ameaça são praticadas *concomitantemente* ou após a subtração, com o fim de assegurar a impunidade do delito ou detenção da coisa, enquanto aquele caracteriza-se quando o agente emprega a violência ou a grave ameaça, para só depois efetuar a subtração, o apoderamento da coisa

propriamente dita" (grifamos "concomitantemente"). Com efeito, a locução temporal "logo depois", constante do § 1º, tipificador do *roubo impróprio*, impede que se admita a prática da violência "concomitantemente com a subtração". Ora, uma das distinções básicas entre uma e outra espécies de roubo reside exatamente no momento do emprego da violência ou grave ameaça. Ademais, o emprego da violência somente poderá ter como finalidade imediata assegurar o êxito do empreendimento — impunidade e/ou detenção da coisa — se for praticada após a subtração, como exige o § 1º, caso contrário não passará de simples meio de execução da própria subtração, que caracteriza o roubo próprio, nos termos do *caput* do art. 157. No entanto, a bem da verdade, mais adiante, o próprio Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 393), de modo conclusivo, afirma que o meio executivo violento "é utilizado imediatamente após o apossamento da coisa". Enfim, essa inegável contradição do ilustre penalista deve ser produto de simples lapso, admissível em um trabalho de fôlego como é o seu exemplar *Curso de Direito Penal.*

6.2 Roubo impróprio

No *roubo impróprio* a violência ou grave ameaça são praticadas, logo depois da subtração, *para assegurar a impunidade* do crime ou a *detenção* da coisa subtraída. Não há roubo impróprio sem a *subtração anterior* da coisa móvel, seguindo-se a *grave ameaça* ou *violência* para garantir a detenção da *res furtiva*. Essa modalidade está capitulada no § 1º do art. 157. São exemplos típicos de roubo impróprio aquele em que o sujeito ativo, já se retirando do portão com a *res furtiva*, alcançado pela vítima, abate-a (assegurando a detenção), ou, então, já na rua, constata que deixou um documento no local, que o identificará, e, retornando para apanhá-lo, agride o morador que o estava apanhando (garantindo a impunidade).

São duas ordens de razões que fundamentam, segundo o texto legal, a violência posterior à subtração como elementar do roubo impróprio: *assegurar a impunidade* do crime ou *a detenção da coisa* para si ou para outrem. A elementar "assegurar a impunidade" deve, necessariamente, receber interpretação relativa, isto é, não pode representar, tecnicamente, o sentido que, dogmaticamente, se pode emprestar a essa expressão, mas apenas o sentido de o agente poder desvencilhar-se de empecilhos que lhe dificultem a fuga, impedir, ao menos momentaneamente, sua prisão, complicar seu reconhecimento pessoal etc. Nessa primeira hipótese, a

detenção ou posse precária da *res* já está garantida, sendo, portanto, desnecessária a violência. Por outro lado, "assegurar a detenção", segunda hipótese, refere-se ao simples êxito momentâneo da ação delituosa, isto é, que lhe permita ausentar-se do local na posse da coisa subtraída, não mais que isso.

6.2.1 A tipificação do roubo impróprio não admite a hipótese de "qualquer outro meio"

No roubo impróprio, ao contrário do roubo próprio, não há previsão legal, como executivo, da utilização de "qualquer outro meio", limitando-se ao emprego de violência ou grave ameaça. Rechaçamos, assim, o entendimento daqueles que admitem "outros meios", além de violência ou grave ameaça, na caracterização do roubo impróprio. É inadmissível qualquer interpretação extensiva ou analógica para incluir, como elementar típica, meio que a lei não prevê, ampliando *o jus puniendi* estatal e ferindo o princípio da tipicidade taxativa. Assim, em nossa concepção, a eventual utilização desse "recurso" — *qualquer outro meio* — após a subtração não tipifica o crime de roubo, próprio ou impróprio. O crime patrimonial, certamente, será o de furto, podendo, logicamente, haver concurso com outro. Nesse particular, é irrelevante que a omissão legislativa tenha sido voluntária ou involuntária como discutiam Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 56) e Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 262-3).

6.2.2 Limites temporais do roubo impróprio

A locução "logo depois de subtraída a coisa", constante do § lº do art. 157, fixa os limites temporais do roubo impróprio. Assim, a violência ou grave ameaça devem ser empregadas em seguida, logo depois, imediatamente, logo após a subtração da coisa alheia. A expressão "logo depois" tem sentido próprio no sistema criminal brasileiro, que a utiliza em alguns dispositivos, sendo os mais tradicionais os da definição de flagrância (art. 302, II, do CPP) e quase flagrância (art. 302, III). Acreditamos que se deva dar, em direito penal, interpretação semelhante àquela elaborada na seara do direito processual penal, pela similitude de situações. Em outros termos, "logo depois" de subtraída a coisa não admite decurso de tempo entre a subtração e o emprego da violência, ou seja, o *modus* violento somente é caracterizador do *roubo* se for utilizado até a consumação do

furto que o agente pretendia praticar (posse tranquila da *res*, sem a vigilância da vítima). Superado esse momento, o crime está consumado e, consequentemente, não pode sofrer qualquer alteração; portanto, eventual violência empregada constituirá crime autônomo, em concurso com furto consumado.

6.2.3 Marcos temporais delimitadores do roubo impróprio

Assim, comete *roubo impróprio* tanto quem apanha a coisa móvel e, surpreendido, emprega violência ou grave ameaça, no momento da surpresa (acaba de cometer o crime — art. 302, II, do CPP), como quem, perseguido, as emprega logo após a subtração da coisa móvel (art. 302, III). Necessário, contudo, que a utilização da violência ou grave ameaça vise assegurar a impunidade ou garantir a detenção da coisa subtraída. No entanto, esse requisito temporal — imediatidade — não pode ser analisado fora do caso concreto, rompendo o contexto da ação de subtrair com o da violência posterior.

Em síntese, dois marcos delimitam a existência do roubo impróprio: a tomada ou subtração da coisa e a violência antes de o agente colocar-se a "bom recato", como referia Hungria. Antes ou durante o apossamento da coisa alheia, o emprego da violência caracteriza roubo próprio; depois de subtraída e retirada da esfera de vigilância do dono, desfrutando o agente de sua posse tranquila, não se pode mais falar em roubo, próprio ou impróprio, mas em furto, em concurso com outro crime contra a pessoa. Os momentos seguintes à posse tranquila, que sucede a subtração da coisa, são, por conseguinte, o limite final da existência do roubo impróprio.

6.3 Roubo próprio e impróprio: distinção

A distinção fundamental entre *roubo próprio* e *roubo impróprio* reside, basicamente, *no momento* e na finalidade do emprego da violência ou grave ameaça, ou seja, as diferenças são *temporais* e *ideológicas*, além dos meios utilizáveis, mais restritos no roubo impróprio. Assim, quando o sujeito ativo pratica a violência (em sentido amplo) antes da subtração ou durante ela, responde por roubo próprio; quando, porém, após apanhar a coisa alheia, emprega violência ou grave ameaça, responde por roubo impróprio.

No roubo próprio o *modus operandi* violento é utilizado antes ou durante a subtração, constituindo o *meio* de executá-la; no *roubo impróprio*, que inicialmente configurava um *furto*, após a subtração da coisa é empregada

violência ou grave ameaça *para assegurar a impunidade do crime* ou garantir a detenção da coisa; o *roubo próprio*, por sua vez, pode ser praticado por meio da grave ameaça, da violência física ou de *qualquer outro meio* que reduza a vítima à impossibilidade de resistência. Constata-se que o *roubo impróprio* não admite o "meio genérico" de execução, limitando-se à violência ou grave ameaça. A eventual utilização desse "recurso" — *qualquer outro meio* — após a subtração não tipifica o crime de roubo, próprio ou impróprio. O crime, certamente, será o de furto, podendo configurar-se concurso de crimes, quando os "quaisquer outros meios" posteriormente utilizados constituírem, por si sós, crime.

7 Objeto material do crime de roubo

Tratando-se de crime complexo, é natural que o roubo possua mais de um objeto material, no caso, a *pessoa humana* e a *coisa alheia móvel*. A pluralidade de objetos materiais desse crime amplia a dificuldade de se verificar a ocorrência de crime impossível pela *impropriedade do objeto*, na medida em que, havendo idoneidade de qualquer dos objetos materiais, será suficiente para se considerar o *início de execução* da conduta típica. Nesse aspecto, corrigimos a afirmação equivocada que fizemos.

Assim, ao contrário do que afirmamos anteriormente, não se trata de *roubo impossível* quando o sujeito ativo emprega violência contra a vítima para subtrair-lhe os pertences, quando esta os esqueceu em sua residência; a impossibilidade do roubo, entretanto, se caracteriza quando o sujeito ativo emprega violência contra cadáver para subtrair eventuais valores que estejam consigo. Na primeira hipótese, a inexistência de "coisa alheia móvel" não impede a tipificação de roubo, em razão de existirem dois bens jurídicos tutelados (coisa alheia móvel e pessoa humana); na segunda, cadáver não é pessoa, faltando-lhe, portanto, essa elementar. Neste caso, a impossibilidade do roubo decorre da *absoluta impropriedade do objeto*. No primeiro, mantém-se a tipicidade em razão da violência contra a pessoa.

8 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo*, que é seu elemento subjetivo geral, e pelo *especial fim de agir*, que é seu elemento subjetivo especial. O *dolo* constitui-se, por sua vez, pela vontade consciente de subtrair *coisa alheia*, isto é, que pertença a outrem. É necessário que o agente saiba que se

trata de *coisa alheia*, isto é, tenha conhecimento ou consciência da existência da *elementar normativa* "alheia". É indispensável, enfim, que o dolo abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o *erro de tipo*, que, por ausência de dolo (ou dolo defeituoso), afasta a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

O *elemento subjetivo especial do tipo*, por sua vez, é representado pelo *especial fim* de apoderar-se da coisa subtraída, *para si* ou *para outrem*. A ausência desse *animus* apropriativo (finalidade de apossamento) desnatura a figura do crime de furto. Logicamente, quando essa circunstância se fizer presente, haverá uma espécie de inversão do ônus da prova, devendo o agente demonstrar, *in concreto*, que a finalidade da subtração era outra e não a de apoderar-se da coisa, para si ou para outrem.

8.1 Duplicidade de elementos subjetivos especiais

No *roubo impróprio*, por sua vez, há *dois elementos subjetivos especiais* do tipo: a *finalidade* de apossamento da coisa alheia, normal do roubo próprio, e mais o *especial fim* de assegurar a impunidade ou a detenção da coisa subtraída. Essa circunstância era reconhecida por Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 208-9), que afirmava: "Como, no roubo impróprio, sucedem-se as ações de subtrair *para si* ou *para outrem* e empregar violência ou grave ameaça *para assegurar a impunidade ou a posse da coisa*, o tipo subjetivo requer não só o dolo próprio do furto e violência pessoal, como também os elementos subjetivos dados pelo fim de agir (dolo específico)". Como esse tipo penal não exige a finalidade de locupletar-se, são desnecessários os motivos ou a intenção de *lucro* para configurar-se o crime de roubo, próprio ou impróprio.

9 Roubo majorado ("qualificado", § 2º)

Embora alguns doutrinadores não façam distinção entre majorantes e qualificadoras ou, pelo menos, não lhe atribuam relevância, não abrimos mão da precisão terminológica, especialmente porque grande parte de nossos leitores é de acadêmicos de Direito, que necessitam, desde logo, de boa orientação. Por isso, convém registrar que as circunstâncias enunciadas no § 2º do art. 157 constituem simples *majorantes* ou, se preferirem, causas de aumento de pena. As qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais — derivados —, com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as

majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem sua variação, mantendo os mesmos limites, mínimo e máximo. Ademais, as majorantes funcionam como modificadoras somente na terceira fase do cálculo da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam novos limites, mais elevados, dentro dos quais será estabelecida a pena-base. Assim, o elenco constante do § 4º do art. 155 constitui-se de qualificadoras, ao passo que o relacionado no dispositivo *sub examen* configura simples majorantes.

9.1 Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma (I)

Segundo a dicção do texto legal, é necessário o *emprego efetivo* de arma, sendo insuficiente o simples *portar.* Para Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 394), no entanto, "é suficiente para a caracterização da majorante que o sujeito ativo porte a arma ostensivamente, de modo que ameace a vítima, vale dizer, não é imprescindível que venha a fazer uso do instrumento para praticar a violência ou grave ameaça, sob pena de esvaziamento da *ratio legis"*. Divergimos desse entendimento, uma vez que a tipificação legal condiciona *a ser a violência ou grave ameaça* "exercida" com o "emprego de arma", e "empregá-la" significa uso efetivo, concreto, real, isto é, a utilização da arma no cometimento da violência. Não era outro o magistério de Sebastian Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 266), que, ao comentar o Código Penal argentino, com previsão semelhante ao nosso, pontificava: "A lei exige que o roubo tenha sido cometido com armas, o que não quer dizer que o ladrão apenas as *tenha*, razão pela qual acreditamos sinceramente infundado levantar dúvidas a esse respeito ante o texto de nossa lei. Outras leis, não a nossa, merecem censura por referir-se ao mero fato de portá-la".

9.1.1 Inidoneidade lesiva de arma de brinquedo ou descarregada

A *inidoneidade lesiva da arma* (de brinquedo, descarregada ou simplesmente à mostra), que pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo (*caput*), não tem o mesmo efeito para qualificá-lo, a despeito do que pretendia a equivocada Súmula 174 do STJ, em boa hora revogada, atendendo a súplica unânime da doutrina nacional. O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente

idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não existem nos instrumentos antes referidos.

Pelas mesmas razões, não admitimos a caracterização dessa majorante com o uso de arma inapta a produzir disparos, isto é, *inidônea* para o fim a que se destina. Em síntese, a maior probabilidade de dano propiciada pelo emprego de arma amplia o *desvalor da ação,* tornando-a mais grave; ao mesmo tempo, a probabilidade de maior êxito no empreendimento delituoso aumenta o *desvalor do resultado,* justificando-se a majoração de sua punibilidade.

9.1.2 O emprego de arma de brinquedo e a velha doutrina clássica

Na mesma linha de pensamento, o emprego de "arma de brinquedo" tipifica o roubo, mas não o torna qualificado ou *majorado,* pois, como já afirmamos, a razão de ser da qualificadora reside na maior potencialidade lesiva e no maior perigo que a *arma verdadeira* produz, e não na maior intimidação sentida pela vítima. Esse sentimento, que serve para caracterizar a grave ameaça tipificadora do roubo, não produz o mesmo efeito para majorá-lo, sob pena de incorrer-se em grosseiro *bis in idem.*

A velha doutrina, de décadas passadas, que atribuía conteúdo subjetivo à majorante, admitia sua caracterização com o simples emprego de "arma de brinquedo" (por todos, Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 58). No entanto, essa superada orientação não encontra nenhuma repercussão na moderna doutrina penal (Damásio de Jesus, Heleno Fragoso, Weber Martins Batista, Luiz Regis Prado, Luiz Flávio Gomes, Guilherme de Souza Nucci, entre tantos outros), que, à unanimidade, rechaça *interpretações extensivas*, abrangentes ou analógicas. Contudo, nossos tribunais superiores (STF e STJ), em incompreensível conservadorismo, continuaram acolhendo aquela vetusta orientação, ignorando que o fundamento da majorante, ao contrário do que imaginava Hungria, não é a intimidação da vítima, mas a lesividade e o perigo, representados pela arma verdadeira.

9.1.3 O emprego de arma de brinquedo e a Súmula 174 do STJ

Foi nessa linha que o Superior Tribunal de Justiça, na contramão da história, resolveu sumular essa orientação (1996), divorciada dos sãos princípios democráticos e jurídicos orientadores de um direito penal da

culpabilidade, nos seguintes termos: “Nos crimes de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena” (Súmula 174).

A lei exige o *emprego de armas*, e “arma de brinquedo” não é *arma*, mas brinquedo. Nessa concepção, acompanha-nos Andrei Zenckner Schmidt (*O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*, Porto Alegre, Livr. do Advogado Ed., 2001, p. 189) ao afirmar: “Creio que qualquer pessoa, ao ser indagada acerca do significado de uma arma de brinquedo, diria que se trata de um brinquedo, e não de uma arma; um equívoco metodológico, contudo, permitiu um dos nossos mais elevados tribunais afirmar que ‘arma de brinquedo’ é ‘arma’ (Súmula 174 do STJ)”. Com efeito, não se pode confundir o “emprego de arma fictícia”, que é idôneo para ameaçar e, por conseguinte, para tipificar o crime de roubo, com emprego efetivo de arma verdadeira que qualifica o crime. Na verdade, a doutrina reconhece a existência de apenas duas espécies de armas, *próprias e impróprias*.

Como o legislador não se socorreu de nenhuma fórmula genérica, equiparando à arma “qualquer objeto capaz de intimidar”, é impossível admitir majoração do roubo ameaçado com *brinquedo* como se fosse com *arma*. O próprio princípio da tipicidade impede essa interpretação extensiva. Aliás, o próprio Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 86) sustentava, ardorosamente, que “a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente, no caso contrário”. Menos mal que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de suas duas Turmas com jurisdição em matéria criminal, capitaneado pelo Ministro Félix Fischer, movimentou-se no sentido de revogar a indigitada Súmula 174. Devemos saudar a sensibilidade, inteligência e, principalmente, bom-senso de nossos ministros.

9.2 Se há concurso de duas ou mais pessoas (II)

Como no furto, é a concorrência de duas ou mais pessoas na prática do crime, ainda que qualquer delas seja inimputável, que pode tipificar esta majorante no roubo. É indispensável, a nosso juízo, a participação efetiva na execução material do crime. Aplica-se aqui, aliás, tudo o que escrevemos sobre a punibilidade do *concurso de pessoas* na qualificadora do crime de furto, para onde remetemos o leitor, evitando-se, assim, a desnecessária repetição.

9.3 Em serviço de transporte de valores e o agente conhece essa circunstância (III)

Além de a vítima encontrar-se realizando o serviço de transporte de valores, é necessário que *o agente saiba dessa circunstância*, pois o objetivo da lei é tutelar exatamente a segurança desse transporte. Assim, o que caracteriza essa majorante não é a natureza móvel dos valores, mas o ofício do sujeito passivo, isto é, *encontrar-se em serviço de transporte de valores*. O *desconhecimento* dessa circunstância pelo agente afasta o fundamento político da majorante, tornando-a juridicamente inaplicável, sem falar na indispensabilidade de todos os atos e circunstâncias serem, contemporaneamente, abrangidos pelo dolo, sob pena de exclusão da tipicidade (erro de tipo). Por isso, se o agente assaltar a vítima ignorando que esta transporta valores, não se caracteriza a majorante, respondendo aquele, por conseguinte, pelo roubo comum.

Os *valores* podem consistir em dinheiro ou qualquer outro bem valioso passível de ser transportado, tais como títulos, joias, ouro, pedras preciosas etc., desde que suscetível de ser convertido em dinheiro, como sustentava Bento de Faria. Os frequentes assaltos aos "carros-fortes" constituem essa qualificadora. *Sujeito passivo* desta majorante não pode ser, em hipótese alguma, o *proprietário* dos "valores transportados". A majorante é estar a vítima "em serviço de transporte de valores"; como "serviço" sempre se presta a outrem, e não a si próprio, isso significa que os valores transportados por quem se encontra em "serviço" não são próprios, mas de terceiro, que é o dono ou proprietário de tais valores. Logo, sendo roubado o próprio dono ou proprietário, quando se encontra transportando valores, não incide a majorante.

9.4 Roubo de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (IV)

Seguindo a política criminal capitalista, para a qual o patrimônio é muito mais valioso que a própria vida, que orientou a inclusão do § 5º no art. 155, a Lei n. 9.426/96 transformou a mesma conduta de subtrair automotores em *majorante* do crime de *roubo*, com a inclusão do inciso IV no § 2º do art. 157. Para a configuração dessa nova majorante, no entanto, a exemplo do que ocorre no crime de *furto*, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável, a exemplo da similar figura de furto, que este

“venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”, atividade que poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado.

Quando, porém, essa *majorante* concorrer com qualquer das demais previstas no mesmo parágrafo — que será a regra neste tipo de crime —, perderá, praticamente, sua razão de ser, pois acabará funcionando somente como circunstância judicial (art. 68, parágrafo único), uma vez que não prevista como agravante. Afinal, pontifica Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 343): “Ora, o crime de roubo de veículo automotor, geralmente automóvel, ainda que para transporte para outro Estado ou para o exterior, normalmente é cometido com emprego de arma e mediante concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II). Diante disso, o novo tipo surtirá pouco efeito prático...”.

9.5 Roubo de veículo automotor com sequestro da vítima (V)

No inciso V, representando a segunda “nova majorante” do crime de roubo, consta o seguinte: “*se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade*”. Essa previsão, de todas as novidades trazidas por uma lei não muito feliz (Lei n. 9.426/96), parece-nos a mais adequada. No entanto, a *restrição da liberdade* poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro crime, como, v. g., os dos arts. 148 e 159, em concurso com o crime de roubo, na medida em que priva a vítima de sua liberdade ou, até mesmo, configurar outro crime mais grave, absorvendo, no caso o roubo, por exemplo, a *extorsão mediante sequestro* (art. 159).

Por isso, é preciso cautela na análise dessa questão, sob pena de deixar-se praticamente impune o crime de *sequestro.* Assim, quando o “sequestro” (manutenção da vítima em poder do agente) for praticado *concomitantemente* com o roubo de veículo automotor ou, pelo menos, como *meio de execução* do roubo ou como *garantia contra ação policial*, estará configurada a *majorante* aqui prevista. Agora, quando eventual “sequestro” for praticado *depois da consumação do roubo* de veículo automotor, sem nenhuma conexão com sua execução ou garantia de fuga, não se estará diante da *majorante especial*, mas se tratará de concurso de crimes, podendo, inclusive, tipificar-se, como já referimos, a extorsão mediante sequestro: o extorquido é o próprio “sequestrado”.

9.5.1 Sequestro cometido como meio de execução do roubo ou contra ação policial

Não é outra a preocupação de Damásio de Jesus *(Direito Penal*, v. 2, p. 344), que, após considerar a, praticamente, inocuidade da nova majorante — visto que dificilmente deixa de vir acompanhada de outra majorante prevista no mesmo parágrafo —, conclui que a majoração deve ser interpretada da seguinte forma: "a) sequestro cometido como meio de execução do roubo ou contra a ação policial: incide o art. 157, § 2º, afastado o concurso de crimes; b) sequestro praticado depois da subtração (sem conexão com a execução ou com a ação policial): concurso de crimes". Concordamos, em princípio, com essa conclusão damasiana. Quanto à primeira hipótese mencionada, nenhum reparo a fazer; quanto à segunda, contudo, recomendamos mais prudência em sua avaliação. Damásio não sugere que crimes poderiam concorrer com o roubo na hipótese sugerida.

9.5.2 Sequestro relâmpago = extorsão mediante sequestro

Sustentamos que, nos casos popularmente conhecidos como "sequestro-relâmpago", cometidos diariamente nas principais capitais brasileiras, onde a vítima é colocada em porta-malas de veículos, pelas mãos de marginais perigosos, que percorrem horas a fio os mais variados bairros da cidade, ameaçando gravemente a vítima, exigindo-lhe (extorquindo) mais bens ou valores, às vezes as violentando sexualmente, e cujo resultado final é absolutamente imprevisível e completamente aleatório, *configura-se crime mais grave* que a simples majorante da restrição da liberdade da vítima. A moldura legal adequada para esse tipo de conduta, cujo resultado, mais ou menos grave, não passa de mero detalhe acidental ou circunstancial do evento, a nosso juízo, é o art. 159 do Código Penal, ou seja, extorsão mediante sequestro. Esta, por ser mais grave, absorve o crime de roubo, afastando, consequentemente, o concurso com esse crime.

9.6 Elevação da pena mínima no roubo qualificado

No roubo qualificado pelo resultado *lesão grave*, a reclusão será de sete (aumentada pela Lei n. 9.426/96) a quinze anos; *se for morte* (latrocínio), será de vinte a trinta anos, como já previa a redação anterior. Antes da vigência dessa lei, na hipótese de *lesão grave*, a pena mínima prevista era de cinco, e não sete anos de reclusão. Foi um aumento isolado, sem

nenhuma justificativa lógica, política ou técnica, na medida em que não fez o mesmo em relação ao *latrocínio.* Igualmente, não estendeu à *extorsão* (art. 158) as novas majorantes incluídas no *§* 2º do art. 157, ou seja, aquelas acrescentadas nos incisos IV e V do § 2º.

10 Eventual presença de duas causas de aumento

Havendo a incidência de mais de uma *causa de aumento,* três correntes disputam a preferência dos especialistas: a) *deve-se proceder somente a um aumento, fundamentado numa das causas existentes* — se houver mais de uma majorante, as demais podem ser consideradas como agravantes ou, não havendo previsão legal, como simples circunstâncias judiciais (art. 59), valorável na fixação da pena-base; b) *o aumento, quando variável (v. g., um sexto a dois terços, ou um terço até metade), deve ser proporcional ao número de causas incidentes* — assim, configurando-se somente uma *majorante,* o aumento pode limitar-se ao mínimo; incidindo, contudo, mais de uma, a elevação deve ser maior, podendo atingir inclusive o máximo da majoração permitida, v. g., até metade, dois terços etc. Essa tem sido a orientação preferida pelos tribunais superiores — STF e STJ; c) *a existência de mais de uma causa de aumento não significa, por si só, a elevação da pena na mesma proporção* — o julgador, exercendo seu poder discricionário, pode optar por um único aumento, pois o que deve ser considerado é a gravidade do meio empregado ou do *modus operandi,* e não o número de incisos do § 2º que se possa configurar.

Concorrendo mais de uma causa de aumento ou de diminuição "previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua" (art. 68, parágrafo único, do CP) (Bitencourt, *Tratado de Direito Penal,* 12. ed., p. 599). Esse, enfim, é o parâmetro legal, e o aplicador não se pode distanciar demasiadamente dessa orientação, sob pena de violar o princípio da individualização da pena. Por isso, em nossa concepção, o ideal é reunir as duas primeiras correntes que citamos anteriormente, ou seja: proceder apenas a um aumento (aplicando somente uma majorante na segunda fase da dosimetria penal) (1ª), mas proceder a essa variação proporcional ao número de causas de aumento incidentes (2ª), isto é, a maior ou menor elevação acompanhará tanto a intensidade quanto a quantidade de majorantes. Assim, concorrendo uma majorante, a elevação da pena, em

princípio, deve ser o mínimo previsto; se, no entanto, apresentar-se mais de uma (v. g., roubo duplamente majorado — com emprego de arma e em concurso de pessoas), a única majoração deverá assumir nível mais elevado. Nada impede, porém, que se prefira adotar apenas uma majorante, aplicável na segunda fase do cálculo de penas, utilizando-se as demais como agravantes genéricas ou mesmo como circunstâncias judiciais, conforme o caso.

11 Consumação e tentativa

11.1 Consumação do crime de roubo

A consumação do crime de roubo se perfaz no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, subtraída mediante violência ou grave ameaça, independentemente de sua posse mansa e pacífica. Ademais, para a configuração do roubo, é irrelevante que a vítima não porte qualquer valor no momento da violência ou grave ameaça, visto tratar-se de impropriedade relativa e não absoluta do objeto, o que basta para caracterizar o delito em sua modalidade. O *roubo próprio* consuma-se com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima. Vem-se firmando o entendimento sobre a desnecessidade de posse tranquila, mesmo passageira, do agente. O *roubo impróprio* consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça à pessoa, após a subtração.

É irrelevante a ausência de prejuízo decorrente da restituição do bem, bastando que este seja retirado da esfera de disponibilidade da vítima, ficando na posse tranquila, ainda que passageira, do delinquente. O entendimento jurisprudencial que vem predominando, inclusive no Pretório Excelso, tem como consumado o roubo tão só pela subtração dos bens da vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, ato contínuo, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a *res*. O crime de roubo consuma-se no momento em que o assaltante realiza a subtração plena da *res*, mesmo que pouco tempo depois seja preso em flagrante presumido.

11.1.1 Crime complexo: consuma-se com a realização das infrações que o integram

O roubo é crime complexo, cuja unidade jurídica se completa pela reunião de dois crimes distintos: constrangimento ilegal (CP, art. 146) e

furto (art. 155). O crime de roubo se consuma no momento em que o agente se apodera da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para consumar-se, é desnecessário que saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, sendo suficiente que cesse a *clandestinidade* ou a *violência*. Sendo o roubo crime complexo, sua consumação somente se opera quando plenamente realizadas as infrações penais que o integram, isto é, tanto a violência ou grave ameaça à pessoa quanto a subtração patrimonial. Caso contrário, haverá apenas tentativa de roubo próprio, quando o agente, por exemplo, após praticada a violência contra a vítima, é imediatamente perseguido, preso e a coisa é recuperada pela vítima, pois o agente não tem, em nenhum momento, a posse tranquila da *res*.

No entanto, pequenos detalhes têm levado a decisões díspares sobre o momento consumativo do crime de roubo, próprio ou impróprio. Nesse sentido, veja-se o seguinte acórdão do STJ: "Tem-se por consumado o delito de roubo quando é a coisa retirada com violência da posse e vigilância da vítima, ainda quando o agente tenha sido preso instantes depois com o produto do crime" (STJ, RE, Rel. Min. Dias Trindade, *DJU*, 12-3-1990, p. 1712).

11.2 Tentativa do crime de roubo

Quanto ao *roubo próprio*, é tranquila a admissibilidade da tentativa. Em relação ao *roubo impróprio* há duas correntes: 1) é inadmissível a tentativa; 2) é admissível quando, após a subtração, o agente é preso ao empregar a violência ou grave ameaça. Para as duas correntes, se a subtração for apenas tentada e houver violência ou grave ameaça na fuga, haverá furto tentado em concurso com crime contra a pessoa, e não roubo tentado.

Como crime complexo, o *início da execução* coincide com a prática da ameaça ou da violência, ou ainda com o uso de qualquer outro meio para inibir a vítima, objetivando a subtração da coisa. O uso de qualquer desses meios integra a descrição típica do roubo, caracterizando o início da execução. Logo, responde por tentativa de roubo o agente que, apontando um revólver para a vítima, determina que saia de seu veículo, pois, assim, já ingressou na fase executiva do crime de roubo.

A inexistência de objeto de valor em poder da vítima não descaracteriza a figura típica prevista no art. 157 do Código Penal, porquanto o roubo é modalidade de *crime complexo*, cuja primeira ação — a violência ou grave ameaça — constitui início de execução. Na dosimetria penal, para a

redução da pena, no caso de tentativa de roubo (parágrafo único do art. 14 do CP), não devem ser levadas em consideração as circunstâncias judiciais, mas o *iter criminis*, isto é, o caminho propriamente percorrido na elaboração do empreendimento criminoso.

12 Roubo qualificado pelo resultado: lesão grave ou morte

O § 3º do art. 157 dispõe: "Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa". As duas hipóteses elencadas no dispositivo em exame caracterizam condições de exasperação da punibilidade em decorrência da efetiva maior gravidade do resultado. Comparando o texto legal com outras previsões semelhantes do Código Penal — "se da violência resulta lesão corporal grave" ou "se resulta morte" —, constata-se que, pela técnica legislativa empregada, pretendeu o legislador criar duas figuras de *crimes qualificados pelo resultado*, para alguns, *crimes preterdolosos.*

A exemplo do que ocorre com a lesão corporal de natureza grave, a morte, em princípio, deve decorrer de culpa. Contudo, normalmente, o resultado mais grave — lesão ou morte — é produto de *culpa*, que complementaria a conhecida figura do *crime preterdoloso* — dolo no antecedente e culpa no consequente, como a doutrina gosta de definir. Ter-se-ia, assim, o crime patrimonial executado, dolosamente, com violência, acrescido de um resultado mais grave, resultante de culpa, a lesão grave ou a morte da vítima. Essa, pelo menos, é a estrutura clássica do crime preterdoloso. A regra, repetindo, é que, nesses crimes, o resultado agravador seja sempre produto de *culpa.* Contudo, na hipótese em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas uniu o entendimento doutrinário, que passou a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, direto ou eventual.

12.1 Afastamento da responsabilidade objetiva nos resultados agravadores

Há outra unanimidade sobre esses resultados agravadores: a impossibilidade de o agente responder pelo resultado mais grave, sem culpa, especialmente a partir da reforma penal de 1984. A locução "lesão corporal de natureza grave" deve ser interpretada em sentido amplo, para

abranger tanto as lesões graves (art. 129, § 1º) quanto as gravíssimas (art. 129, § 2º). Ademais, a lesão corporal tanto pode ser produzida na vítima da *res furtiva* quanto em qualquer outra pessoa que venha a sofrer a violência. As qualificadoras — lesão grave ou morte — aplicam-se às modalidades de roubo próprio e impróprio. No entanto, a lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*) é absorvida pelo crime de roubo, constituindo a elementar normativa "violência física". Assim, quem, ao subtrair coisa alheia móvel, fere, sem gravidade, a vítima não responde por dois crimes — roubo e lesão corporal leve; a lesão corporal leve constitui apenas a elementar exigida pelo tipo descritivo do crime de roubo.

Sintetizando, é indiferente que o resultado mais grave seja voluntário ou involuntário, justificando-se a agravação da punibilidade desde que esse resultado não seja produto de caso fortuito ou força maior, ou seja, desde que decorra, pelo menos de culpa; aplica-se, indistintamente, tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio. Ademais, a *violência* tanto pode ser praticada contra a vítima da subtração como contra terceira pessoa, como acontece normalmente no roubo comum.

12.2 Latrocínio: crime hediondo

A segunda parte do § 3º do art. 157 tipifica o crime conhecido como *latrocínio* (o Código Penal não utiliza essa terminologia), que é *matar alguém* para subtrair coisa alheia móvel. A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, definiu o latrocínio como *crime hediondo*, excluído de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. A pena será cumprida, inicialmente, em regime fechado (§ 1º do art. 2º, com redação dada pela Lei n. 11.464, de 2007). Nesse caso, a prisão temporária é de trinta dias, prorrogável por igual período. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade (§ 3º do art. 2º, com redação determinada pela Lei n. 11.464, de 2007). Essa previsão legal resultou de verdadeira cruzada que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo, nos últimos anos, na tentativa de *constitucionalizar o direito penal*, assegurando o *direito de apelar em liberdade* todo acusado que se encontrar respondendo a processo criminal.

A progressão de regime nos crimes hediondos exige o cumprimento de dois quintos da pena, na hipótese de réus primários, e três quintos, na hipótese de reincidentes (§ 2º do art. 2º). As "majorantes" do § 2º não se aplicam ao latrocínio. As *causas especiais de aumento* de pena previstas

para os crimes de roubo, inscritas no § 2º do art. 157 do CP, não são aplicáveis em nenhuma das hipóteses contidas no § 3º.

12.3 Pela lesão corporal grave

A lesão grave qualificadora do roubo é aquela tipificada nos §§ 1º e 2º do art. 129, que, necessariamente, deve decorrer, pelo menos, de culpa do agente (art. 19). Assim, se, ao praticar um roubo, o sujeito ativo causar lesões corporais leves, não responderá por elas, que ficam absorvidas pelo roubo, subsumidas na elementar violência. Contudo, se essas lesões forem de natureza grave (§§ 1º e 2º — graves ou gravíssimas), responderá pelo crime do art. 157, § 3º, primeira parte, independentemente de tê-las produzido dolosa ou culposamente. É indispensável, evidentemente, que a gravidade da lesão seja comprovada mediante perícia.

Pode-se afirmar, com certa segurança, que doutrina e jurisprudência não discrepam quanto à aplicação do disposto no § 3º tanto ao *roubo próprio* quanto ao *impróprio;* é indiferente que o agente produza o resultado mais grave na vítima (lesão grave ou morte) para cometer a subtração, durante sua execução ou após sua realização. É desnecessário que a vítima da violência seja a mesma da subtração da coisa alheia, desde que haja conexão entre os dois fatos; nesse caso, tratando-se de vítima da violência distinta daquela da subtração, haverá dois sujeitos passivos, sem desnaturar a unidade do crime complexo, que continua único.

12.4 Pelo resultado morte: latrocínio

A morte da vítima é a qualificadora máxima deste crime. Tudo o que dissemos sobre o roubo qualificado pelas lesões corporais graves aplica-se ao roubo com morte. Exatamente como na lesão grave, a morte pode resultar em outra pessoa que não a dona da coisa subtraída, havendo, igualmente, dois sujeitos passivos. Poderia o legislador ter adotado o *nomen juris* "latrocínio"; não o fez, provavelmente, porque preferiu destacar que, a despeito dessa violência maior — lesão grave ou morte —, o latrocínio continua sendo *roubo*, isto é, um crime, na essência, de natureza patrimonial.

Observando-se a sistemática de nosso Código Penal, constata-se que o art. 157, § 3º, pretendeu tipificar um *crime preterdoloso,* uma vez que a locução utilizada, "se resulta", indica, normalmente, resultado decorrente de culpa, e não meio de execução de crime, no caso roubo próprio ou

impróprio. No entanto, como já referimos no tópico anterior, a severidade das penas cominadas não se harmoniza com crime preterdoloso. Procurando minimizar a inocuidade congênita da estrutura tipológica em apreço, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de o resultado morte ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente. Toda sanção agravada em razão de determinada consequência do fato somente pode ser aplicada ao agente se este houver dado *causa* pelo menos culposamente. Com o latrocínio não é diferente, aplicando-se integralmente o consagrado princípio *nulla poena sine culpa*, e rechaçando-se completamente a responsabilidade objetiva.

12.5 Erro crasso do legislador: equiparação de dolo e culpa

No entanto, não se pode silenciar diante de um *erro crasso* do legislador, que *equiparou dolo* e *culpa*, pelo menos quanto às consequências, nesse caso específico. Na verdade, o evento morte, no latrocínio, tanto pode decorrer de *dolo*, de *culpa* ou de *preterdolo*, e se lhe atribuir a mesma sanção com a gravidade que lhe é cominada (20 a 30 anos de reclusão), o que agride o bom-senso e fere a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Este, nos *crimes culposos*, releva o *desvalor do resultado*, destacando, fundamentalmente, o *desvalor da ação*, v. g., no homicídio doloso (6 a 20 anos) e no culposo (l a 3 anos).

Enfim, uma coisa é matar para roubar ou para assegurar a impunidade ou o produto do crime; outra, muito diferente, é provocar esses mesmos resultados involuntariamente. As consequências, num plano de razoabilidade, jamais poderão ser as mesmas, como está acontecendo com este dispositivo. Nesse particular, recomendamos, *venia concessa*, ao prezado leitor uma passagem d'olhos no que escrevemos a respeito quando abordamos as lesões corporais graves e gravíssimas no segundo volume de nosso *Tratado de Direito Penal*.

12.6 Resultado morte decorrente de grave ameaça: não tipifica latrocínio

Em relação à tipificação do crime de latrocínio, merece destaque a elementar típica da *violência*, uma vez que, examinando o *caput* do art. 157 e o texto de seu § 3º, definidor desse crime, constata-se uma séria distinção: no *caput*, tipifica-se o emprego da "grave ameaça ou violência a pessoa"; e no parágrafo referido, o resultado agravador deve *resultar* de "violência".

Essas redações estão muito claras nos respectivos textos legais, não exigindo nenhum esforço demonstrativo, o que permite não nos alongarmos sobre o assunto. Por outro lado, também é desnecessário discorrer longamente sobre os distintos significados das locuções "grave ameaça" e "violência a pessoa", que, aliás, já foram trabalhadas neste mesmo capítulo. Assim, a *vexata quaestio* limita-se à diferença de tipificação entre o crime de roubo, comum, normal, se assim se pode referir, e aquele qualificado pelo resultado, emoldurado no § 3º.

A *violência* contida no § 3º é somente a física (*vis corporalis*), e não a moral (*vis compulsiva*). O resultado agravador — lesão grave ou morte — , para tipificar a figura insculpida no dispositivo em exame, deve, necessariamente, "resultar" de *violência*, que, como demonstramos à saciedade (itens 5.1 e 5.2), não se confunde com *grave ameaça*, especialmente na sistemática adotada em nosso Código Penal. Assim, por exemplo, no caso de alguém que é assaltado e, mesmo *sem o emprego de violência física*, assusta-se com a presença de arma, sofrendo um enfarto e vindo a falecer, não se tipifica o crime de latrocínio. Nessa hipótese, a alternativa legal surge por meio do *concurso de crimes*: roubo e homicídio; este poderá ser doloso ou culposo, dependendo das circunstâncias fáticas, do elemento subjetivo etc. Entendimento contrário, satisfazendo-se simplesmente com a *relação causal* entre o roubo e o resultado mais grave, sem examinar o pressuposto da *elementar violência*, não resiste ao crivo dos princípios da *tipicidade estrita* e da *reserva legal*, representando, quanto ao excesso, autêntica responsabilidade objetiva, totalmente afastada pela reforma penal de 1984 e pela Constituição Federal de 1988.

12.7 Morte de comparsa: inocorrência de latrocínio

A morte de qualquer dos participantes do crime (*sujeito ativo*) não configura latrocínio. Assim, se um dos comparsas, por divergências operacionais, resolve matar o outro durante um assalto, não há falar em latrocínio, embora o direito proteja a vida humana, independentemente de quem seja seu titular, e não apenas a da vítima do crime patrimonial. Na realidade, a morte do comparsa, nas circunstâncias, não é meio, modo ou forma de agravar a *ação desvaliosa* do latrocínio, que determina sua maior reprovabilidade. A violência exigida pelo tipo penal está intimamente relacionada aos sujeitos passivos naturais (patrimonial ou pessoal) da infração penal, sendo indispensável essa *relação causal* para configurar o

crime preterdoloso especialmente agravado pelo resultado.

No entanto, convém ter cautela ao analisar essas questões, pois também aqui tem inteira aplicação o *erro quanto à pessoa* (art. 20, § 3º, do CP). Se o agente, pretendendo matar a vítima, acaba matando o coautor, responderá pelo crime de latrocínio, como se tivesse atingido aquela; logo, é latrocínio. Não haverá latrocínio, por sua vez, quando a própria vítima reage e mata um dos assaltantes. A eventual morte de comparsa em virtude de reação da vítima, que age em legítima defesa, não constitui ilícito penal algum, sendo paradoxal pretender, a partir de uma conduta lícita da vítima, agravar a pena dos autores.

13 Tentativa de latrocínio: pluralidade de alternativas

Há inúmeras correntes sobre as diferentes possibilidades fático-jurídicas das formas tentadas do crime de latrocínio. Tratando-se de crime complexo, cujos crimes-membros são o roubo e a morte, surgem grandes dificuldades interpretativas quando algum de seus componentes não se consuma. Sem sombra de dúvida, porém, quando não se consumar nem a subtração nem a morte, a tentativa será de latrocínio. Ocorrendo somente a subtração e não a morte, admite-se igualmente a tentativa de latrocínio. Quando se consuma somente a morte e não a subtração, as divergências começam a aparecer.

Sem pretender esgotar as inúmeras possibilidades, admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, passamos a elencar algumas: 1) *homicídio e subtração consumados:* é pacífico o entendimento de que há latrocínio consumado; 2) *homicídio consumado e subtração tentada*: há diversas correntes: a) latrocínio consumado (Súmula 610); b) tentativa de latrocínio; c) homicídio qualificado consumado em *concurso com tentativa de roubo;* d) *apenas homicídio qualificado*; 3) *homicídio tentado e subtração consumada*: são apresentadas duas soluções: a) tentativa de latrocínio (STF); b) tentativa de homicídio qualificado (pela finalidade); 4) *homicídio tentado e subtração tentada*: tentativa de latrocínio (STF).

14 Latrocínio com pluralidade de vítimas

Apesar de o latrocínio ser um *crime complexo,* mantém sua unidade estrutural inalterada, mesmo com a ocorrência da morte de mais de uma das vítimas. A pluralidade de vítimas não configura continuidade delitiva e tampouco qualquer outra forma de concurso de crimes, havendo, na

verdade, um único latrocínio. A própria orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a *pluralidade de vítimas não implica a pluralidade de latrocínios* (Precedentes do STF: HC, Rel. Min. Carlos Velloso, *RT*, *734*:625; HC 75006-l/SP, Rel. Maurício Corrêa, j. 27-5-1997). Não se pode ignorar que o *crime-fim* inicialmente pretendido foi o de *roubo* e não um duplo ou triplo latrocínio, ou melhor, não duas ou três mortes. A ocorrência de mais de uma morte não significa a produção de mais de um resultado, que, em tese, poderia configurar o concurso formal de crimes. Na verdade, a eventual quantidade de mortes produzidas em um único roubo representa a maior ou menor gravidade das consequências, cuja valoração tem sede na dosimetria penal, por meio das operadoras do art. 59 do Código Penal.

Embora para a configuração do § 3º do art. 157 do CP seja secundária a ocorrência da subtração patrimonial, e o fundamental seja, por excelência, a nota de violência contra a pessoa, durante a tentativa ou a consumação do roubo, é a danosidade social que essa conduta produz ou pode produzir que fundamenta a exacerbada punição contida no dispositivo. Mas essa "retribuição" pública já está contida na sanção cominada.

15 Concurso do crime de roubo com o de quadrilha

A cumulação da qualificadora do crime de roubo — emprego de arma — com a qualificadora de quadrilha armada exige elaborada reflexão. O *crime de quadrilha* é autônomo, independe dos demais crimes que vierem a ser cometidos pelo *bando*. Trata-se de *crime permanente*, que se consuma com o ato da associação ou formação de quadrilha em si mesmo; sua unidade perdura a despeito dos diversos *crimes-fins* cometidos pelos integrantes do grupo criminoso: não se dissocia e não se alia a outras infrações penais, mantendo a unidade e individualidade típicas.

A condenação por *quadrilha armada* não absorve nenhuma das cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I, II e III, do Código Penal. Tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.

16 Pena, ação penal e competência

No *roubo simples* a pena é de reclusão, de quatro a dez anos (*caput* e §

1º); no *roubo majorado (qualificado)* a pena é elevada de um terço até metade; no *roubo qualificado pelo resultado — lesão grave* — a reclusão será de *sete* (aumentada pela Lei n. 9.426/96) a quinze anos; se for *morte (latrocínio),* será de vinte a trinta anos. Em todas as hipóteses, a pena de prisão será cumulativa com a de multa.

A ação penal, como não poderia deixar de ser, é, em qualquer hipótese, de natureza pública incondicionada. A competência para julgar o crime de latrocínio, a despeito de um dos crimes-membros ser contra a vida, é do juiz singular. Essa *opção político-criminal foi feita pelo legislador brasileiro de 1940 e tem sido respeitada pela legislação posterior, pela doutrina e jurisprudência brasileiras.*

16.1 Inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos

O Supremo Tribunal Federal, em sua constituição plenária, através do *Habeas Corpus* 82.959, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que previa o *cumprimento da pena* em regime *integralmente fechado* nos crimes hediondos e assemelhados, com voto histórico do Ministro Gilmar Mendes.

Dois aspectos fundamentais merecem destaque nesse julgamento tão esperado pela comunidade jurídica especializada: (a) o reconhecimento do *sistema progressivo* e o da individualização da pena como *direitos e garantias fundamentais,* e (b) a eficácia *erga omnes* de declaração de inconstitucionalidade em *controle difuso ou aberto* (art. 102, I, *a*, da CF), limitada pelo efeito *ex nunc.* O primeiro aspecto esclarece os limites reservados ao legislador ordinário: o *sistema progressivo* de cumprimento da pena é uma garantia constitucional. O legislador ordinário pode disciplinar a individualização da pena nas fases legislativa, judicial e executória, mas não pode excluí-la em nenhuma dessas etapas, sob pena de violar esse preceito fundamental. Seria inócuo, por conseguinte, incluir a *individualização da pena* entre os direitos e as garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, permitir que o legislador ordinário, a seu alvedrio, pudesse suprimir ou anular seu conteúdo.

O segundo aspecto, não menos importante, foi o efeito *erga omnes* que o STF atribuiu à sua decisão em julgamento de *controle difuso de constitucionalidade*; aplicou, por analogia, o disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99, que se refere a julgamento de hipóteses de *controle concentrado*

ou abstrato de constitucionalidade (ADIn ou ADC). Com essa decisão, o STF entendeu que, em se tratando de *controle incidental* ou difuso, aquela Corte Suprema pode estender os efeitos da decisão a outras situações processuais suscetíveis de serem alcançadas pelo reconhecimento *in concreto* de inconstitucionalidade, orientando-se, nesse sentido, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social, que são conceitos igualmente abrangidos pelo marco constitucional.

16.2 Eficácia "erga omnes" e efeito "ex nunc"

Essa decisão — com eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* — permite que os réus, em outros processos, que ainda se encontrem em fase recursal ou executória (cuja pena ainda não tenha sido integralmente cumprida), possam igualmente ser beneficiados pelo *sistema* progressivo, desde que seus requisitos sejam examinados, casuisticamente, pelo juiz competente. Referida decisão não está, por conseguinte, limitada ao processo objeto de exame no *Habeas Corpus* 82.959, e tampouco permite que outros juízes ou tribunais recusem seu cumprimento invocando como obstáculo o disposto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Nesse sentido, veja-se o magistério do Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*: "A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?".

Enfim, somente poderá ser negada a progressão em processos similares, cuja pena ainda não tenha sido integralmente cumprida, se o *juízo competente* constatar, *in concreto*, o não atendimento dos requisitos legais exigidos para a progressão.

16.3 Nova disciplina da progressão de regimes nos crimes hediondos

Finalmente, a Lei n. 11.464, de 27 de março de 2007, seguindo a orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, minimiza os

equivocados excessos da Lei n. 8.072/90, alterando os parágrafos do seu art. 2º com as seguintes inovações: a) o cumprimento da pena iniciará em regime fechado; b) a progressão nos crimes hediondos ocorrerá após o cumprimento de dois quintos (2/5), sendo o apenado primário, e de três quintos (3/5), se reincidente; c) em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

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

"Condenação por tentativa de latrocínio: art. 157, § 3º, 2ª parte, combinado com o art.14, inciso II, ambos do Código Penal. Autoria, materialidade e qualificadoras de emprego de arma e do concurso de pessoas comprovadas pelas circunstâncias da prisão em flagrante para configurar a tentativa de latrocínio é necessária a comprovação de que o réu agiu com dolo de matar para subtrair, para garantir a subtração ou para assegurar sua fuga, mas que por circunstâncias alheias à sua vontade não se consumaram os eventos morte e subtração no caso, está ausente o elemento subjetivo do tipo do latrocínio: o dolo de matar para roubar ou assegurar a posse do produto do roubo, ou seja, o *animus necandi*" (TJRJ, Apelação 2005.050.00448, Rel. Maria Christina Góes, j. 24-1-2008).

"Quando o agente vale-se de agressão física contra a vítima para subtrair a coisa, caracterizando o roubo, mas não utiliza a arma de fogo que portava, é impossível reconhecer contra ele a causa de aumento prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal. Empreendida perseguição dos réus logo após a subtração, impossibilitando que eles tivessem a posse mansa e pacífica do objeto, não se consuma o roubo, caracterizando sua modalidade tentada. O quantitativo de pena inferior a quatro anos e a não reincidência dos agentes impõe a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena" (TJMG, Apelação 1.0024.06.126406-5/001(1), Rel. Antônio Carlos Cruvinel, j. 16-10-2007).

"Como a confissão do agente, na fase investigatória, serviu para firmar o decreto condenatório (apesar de posterior retratação), deve ser aplicada a causa atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal. Para que se justifique o aumento além do mínimo previsto no § 2º do art. 157, é necessário que se demonstre o acentuado desvalor da ação e do resultado do comportamento do agente, e os reflexos que porventura exerçam sobre a magnitude do injusto, não bastando apenas o número de causas de aumento incidentes" (TJPR, Apelação 302866-2, Rel. Marques Cury, j. 19-7-2007).

"Tem-se delito de roubo consumado quando o agente subtrai bem da vítima mediante grave ameaça, evadindo-se em seguida do local, não se podendo admitir que a eficiência da polícia em localizá-lo e detê-lo, recuperando a *res* caracterize a figura da tentativa" (TJMG, Apelação 1.0024.06.121871-5/001(1), Rel. Vieira de Brito, j. 3-7-2007).

"Quando não há ameaça suficiente a ponto de intimidar a vítima e sendo a violência exercida contra a coisa, *in casu*, consistente em puxar a bolsa da vítima, que a segura de outro lado, para impedir a subtração, a violência é contra a bolsa e não contra a pessoa, devendo ser operada a desclassificação para o crime de furto" (TJMG, Apelação 1.0027.06.094265-6/001(1), Rel. Maria Celeste Porto, j. 26-6-2007).

“Estando a arma inapta a causar perigo real à integridade física da vítima, o crime de roubo não poderá ser majorado pela aplicação da causa especial de aumento de pena do § 2º, inciso I, do art. 157, do Código Penal, senão deverá somente integrar o tipo penal básico, por representar a utilização da arma desmuniciada apenas a ameaça genérica eficiente a causar temor à vítima, na forma descrita no *caput* do referido artigo” (TJRJ, Apelação 2007.050.01794, Rel. Leila Albuquerque, j. 5-6-2007).

“Roubo. Desclassificação para furto simples. Violência e grave ameaça. Hipótese em que não se questiona a dinâmica dos fatos, restando definido no v. acórdão guerreado, de maneira clara e ausente de dúvidas, que o réu abordou a vítima, exigindo-lhe que entregasse dinheiro. Não havendo reação, o ora recorrido empurrou-a e puxou sua bolsa, fugindo em seguida. Para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais, como nas vias de fato. Ademais, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pelo temor causado à vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo” (STJ, REsp 848.465/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-5-2007).

“O Código Penal, através de seus dispositivos, conceitua, juridicamente, a arma como sendo o instrumento destinado ao ataque ou à defesa ou, destinado para outros fins, torna-se apto para agredir. Desta forma, não se inclui na qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, Código Penal, o emprego pelo agente de arma descarregada, defeituosa ou de brinquedo, a não ser que tal objeto tenha sido usado em agressão à vítima. No caso em tela, o recorrente praticou o delito, utilizando-se de uma arma de brinquedo, razão pela qual se mantém o fato delituoso como roubo simples” (TJRS, Apelação 70019097674, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 17-5-2007).

“Para a caracterização da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal não é necessário que o próprio acusado utilize a arma, bastando que um dos coautores a empregue no momento da prática delituosa” (TJPR, Apelação 379434-9, Rel. Marques Cury, j. 19-4-2007).

“Roubo qualificado. Palavra da vítima isolada nos autos. A palavra da vítima, isoladamente, não pode sustentar a condenação do acusado, pois o Estado Democrático de Direito exige a comprovação idônea da prática delituosa para que se fundamente um decreto condenatório” (TJMG, Apelação 1.0512.06.033328-7/001(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, 23-3-2007).

“É possível a incidência do princípio da insignificância mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, porque o juízo de tipicidade material não passa pela análise do comportamento da vítima, ou seja, seu dissenso ou contrariedade à ação do agente e, sim, em um juízo de lesividade da conduta — *nullum crimen sine iniuria*. Sendo o delito de roubo espécie de crime complexo, a lesividade da conduta para se adequar a este tipo penal deve abranger necessariamente os dois valores protegidos pela norma, sendo imprescindível significativa lesão ao patrimônio e à pessoa, cumulativamente. Não havendo lesividade relevante ao patrimônio da ofendida, ocorre a descaracterização do crime complexo de roubo” (TJMG, Apelação 1.0024.99.087682-3/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, 13-2-2007).

“O crime complexo revela-se pela fusão de dois ou mais tipos penais, constituindo uma unidade jurídica, restando incabível uma análise fragmentada das condutas que o integram. Por tutelar bens jurídicos diversos, o patrimônio e a liberdade ou a integridade da pessoa, resta inviável a aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo. A violência torna a conduta irremediavelmente relevante, restando afastada a arguição de

atipicidade pela eventual bagatela da coisa roubada" (STJ, REsp 468.998/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17-8-2006).

"Por autônomo e independente do crime de roubo praticado com a mesma arma, o crime de disparo de arma de fogo não pode ser apontado como meio necessário, fase de preparação ou execução daquele delito primeiro. Inaplicabilidade do princípio da consunção" (TJDF, Apelação 2003.04.1.012684-4, Rel. Alfeu Machado, j. 4-5-2006).

"Roubo – Agente que inicia a execução do delito, que não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade – Tentativa – Desclassificação para lesão corporal leve – Impossibilidade: configura roubo tentado a conduta do agente que, iniciada a execução, não consuma o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, qual seja, as vítimas conseguiram se desvencilhar. O fato dos agressores desconhecerem se possuíam algo de valor, ou ainda se tiveram posse de qualquer objeto por poucos instantes é irrelevante, verificando-se a real intenção do agente, o que impede a desclassificação do crime para lesão corporal leve" (TACrimSP, Apelação 1.447.283/1, Rel. Lineu Peinado, j. 6-10-2004).

"O crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva* mediante grave ameaça ou violência, ainda que não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, EREsp 235.205/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-8-2004).

"Roubo – Agente que, após praticada a violência ou grave ameaça contra a vítima, é desde logo perseguido e preso, sendo a coisa arrebatada recuperada – Tentativa – Ocorrência: a consumação do roubo próprio, crime complexo, opera-se quando são plenamente realizadas as infrações penais que a integram, ou seja, a violência ou grave ameaça à pessoa e a subtração patrimonial, de modo que haverá apenas tentativa quando o agente, após praticada a violência ou a grave ameaça contra a vítima, é desde logo perseguido e preso, sendo a coisa arrebatada recuperada pelo ofendido, pois, embora praticada lesão corporal ou grave ameaça, enquanto não se consumar o furto, com o apossamento da *res* mediante a retirada do objeto material da esfera de disponibilidade do sujeito passivo, não há que se falar em consumação no roubo" (TACrimSP, Apelação 1.384.245/6, Rel. Devienne Ferraz, j. 10-8-2004).

"Roubo – Simulação de arma de fogo – Reconhecimento da qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP – Impossibilidade: é impossível reconhecer a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP, quando o agente, para render a vítima e ter sucesso na sua empreitada, coloca a mão debaixo da blusa ou utiliza um instrumento para simular arma de fogo, circunstância apenas caracterizadora do roubo" (TACrimSP, Apelação 1.433.625/0, Rel. Berenice Marcondes César, j. 8-6-2004).

Extorsão

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 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

— V. art. 1º, III, *d*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

§ 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.

— V. art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

§ 2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

— V. arts. 1º, III, e 9º, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

§ 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.

— § 3º acrescentado pela Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A despeito de a *extorsão,* como crime autônomo, ser produto das modernas legislações, pode ser reconhecido como seu antecedente, no direito romano, o *crimen repetundarum,* que era a cobrança indevida, praticada por funcionário público ou magistrado, mediante ameaça. No período imperial, surge, "como crime extraordinário, a *concussio* (D, 47, 12), que podia ser pública ou privada. *Concussio publica* era o fato de alguém simular autoridade ou exercício de função pública, para extorquir dinheiro ou valores. A *concussio privata* ou *crimen minari* era a ameaça de ação pública para obter vantagem patrimonial".

Os *práticos*, com seu extraordinário trabalho interpretativo, ampliaram esses conceitos para admitir o crime sempre que houvesse emprego de ameaça para a obtenção de vantagem, pelo temor que se infundia à vítima. O Código Penal francês (napoleônico) deu início à codificação da extorsão (art. 400), quando fosse praticada pela força, violência ou coação, cuja punição era com trabalhos forçados. A extorsão não recebeu assento nas Ordenações Filipinas. O Código Penal republicano, de 1890, foi o primeiro diploma brasileiro a recepcionar o crime de extorsão em nosso ordenamento jurídico.

2 Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos protegidos na criminalização da *extorsão*, que também é crime complexo, a exemplo do crime de roubo, são a *liberdade individual,* o *patrimônio* (posse e propriedade) e a *integridade física e psíquica* do ser humano. Constata-se que a extorsão pode produzir uma multiplicidade de resultados: de um lado, a violência sofrida pela vítima, que se materializa no constrangimento físico ou psíquico causado pela conduta do sujeito ativo; de outro lado, a causação de prejuízo alheio, em razão da eventual obtenção de indevida vantagem econômica, que, como veremos, pode até não se concretizar, sendo suficiente que tenha sido o móvel da ação. A extorsão é muito semelhante ao crime de *roubo,* oferecendo, inclusive, grande dificuldade prática para definir, *in concreto,* se determinado fato

pode ser classificado como *roubo* ou como *extorsão*, especialmente nos chamados "assaltos a mão armada". Em verdade, não apenas o *modus operandi* de ambos é assemelhado mas também os bens jurídicos protegidos na definição da extorsão são exatamente os mesmos que elencamos ao abordar o crime de roubo.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, a exemplo do crime de roubo, pode ser qualquer pessoa, sem a exigência de qualquer condição especial (crime comum); é quem constrange a vítima a agir, ativa ou passivamente, com o intuito de obter vantagem patrimonial ilícita para si ou para terceiro.

Sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, inclusive quem sofre o constrangimento sem lesão patrimonial. O sujeito passivo da violência ou da ameaça pode ser diverso do sujeito passivo da perda patrimonial; assim, pode ser que a violência recaia sobre uma pessoa e que outra sofra a perda patrimonial. Nessa hipótese, haverá *dois sujeitos passivos:* um em relação ao patrimônio e outro em relação à violência, ambos vítimas de extorsão. Por fim, a própria pessoa jurídica pode ser vítima do crime de extorsão. Seus representantes legais podem ser coagidos a fazer, tolerar ou deixar de fazer alguma coisa desejada pelo sujeito passivo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Extorsão é o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, com o fim de obter vantagem econômica indevida, para si ou para outrem, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. A conduta tipificada é *constranger* (coagir, obrigar), que tem o mesmo sentido daquele empregado na definição do crime de constrangimento ilegal (art. 146). *Mediante violência* (física, real) ou grave ameaça (*vis compulsiva*, violência moral), por sua vez, tem o mesmo significado das locuções idênticas contidas no art. 157, que tipifica o roubo. A *finalidade* do constrangimento, na extorsão, é obter *indevida* vantagem econômica, para si ou para outrem, distinguindo-se, nesse particular, do violento exercício arbitrário das próprias razões, porque, neste, a vantagem pretendida é, em princípio, legítima (art. 345 do CP).

A *conduta* do agente objetiva *constranger* a vítima a: a) *fazer*; b) *tolerar que se faça* ou c) *deixar de fazer* alguma coisa. Na primeira hipótese,

mediante violência ou grave ameaça (de morte, por exemplo), o sujeito constrange a vítima a depositar determinado valor em sua conta bancária; na segunda, com o emprego de violência (física ou moral), constrange a vítima a permitir que use seu automóvel em determinada viagem; na última, o constrangimento violento é para impedir a vítima de praticar determinada conduta ou determinado ato, por exemplo, cobrar-lhe um crédito pessoal. Por fim, a locução utilizada pelo texto legal, "qualquer coisa", como *ação, tolerância* ou *omissão* correspondente da coagida (*constrangida a fazer, tolerar ou deixar de fazer qualquer coisa*), tem o significado abrangente de "qualquer fato" a ser praticado pelo sujeito passivo em consequência do constrangimento sofrido.

4.1 Meios e formas de execução da extorsão: violência física e grave ameaça

Os *meios* ou formas de execução são a *violência física* ou *moral* (grave ameaça), devidamente analisadas quando estudamos o crime de roubo. Tudo o que lá se disse a respeito aplica-se aqui naturalmente, sendo desnecessária, portanto, sua repetição. Advirta-se que a violência empregada deve conter gravidade suficiente para criar uma espécie de *coação,* isto é, ter idoneidade suficiente para determinar ao sujeito passivo a necessidade de fazer ou não fazer a ação desejada pelo agente. Pode-se acrescentar, ademais, que o *meio* utilizado mais frequentemente na prática do crime de extorsão é, sem dúvida, a *grave ameaça*, sendo indiferente que o *mal prometido* pelo agente seja, em si mesmo, justo ou injusto, conforme o examinaremos no próximo tópico.

4.2 A extorsão mediante grave ameaça e o crime de ameaça do art. 147

Não se pode confundir a *grave ameaça,* meio executivo do crime de extorsão, com o *crime de ameaça* descrito no art. 147; neste, é necessário que o mal ameaçado seja injusto; naquele, é indiferente que seja justo ou injusto. Na verdade, ainda que se tenha, em princípio, o direito de infligir um mal a alguém, a ameaça de fazê-lo, quando feita como meio de praticar um crime, torna-o ilegal. Contudo, recomenda-se cautela na análise dessa questão para evitar equívocos. Como afirmava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 69), "é preciso, porém, não confundir o caso em que

o mal é, em si mesmo, justo e injusta a vantagem pretendida, e o em que, injusto o mal, é justa a vantagem pretendida: no primeiro, há extorsão; no segundo, não, apresentando-se o crime de violento ‘exercício arbitrário das próprias razões’ (art. 345). Assim, será este o crime cometido, v. g., pelo proprietário que obtém do ladrão, sob ameaça de morte, a restituição da *res furtiva*, já na sua posse tranquila”.

4.3 Obtenção de indevida vantagem econômica

A *vantagem* pretendida pelo agente, para sua caracterização, deverá ter, necessariamente, *natureza econômica*, sob pena de se configurar outra infração penal ou simplesmente não se tipificar infração penal alguma. A vantagem deve ser *indevida*, isto é, injusta, ilegítima, não devida e *econômica*. Qualquer outra *vantagem* não apreciável economicamente não caracteriza esse tipo penal. O *constrangimento* deve ser para obrigar a fazer, tolerar que se faça ou não fazer alguma coisa, desde que o “intuito” do agente seja a obtenção de alguma *vantagem econômica*, para si ou para outrem, mesmo que não a consiga. Se a *vantagem* visada pelo sujeito ativo não for econômica, poderá configurar *constrangimento ilegal* (art. 146), deixando, em princípio, de tipificar crime contra o patrimônio.

A *vantagem econômica* buscada na extorsão é mais abrangente que a do furto ou roubo, alcançando, por exemplo, não apenas a coisa alheia móvel, mas todo interesse ou direito patrimonial alheio. A tipificação do crime de extorsão pretende proteger o patrimônio em geral e não apenas a posse ou propriedade de coisa móvel, como ocorre com os crimes de furto e roubo. Enfim, qualquer que seja a vantagem econômica (patrimonial) pretendida pelo sujeito ativo, satisfaz a *elementar normativa* exigida pelo tipo penal em exame. É desnecessário que a exigência da vantagem seja imperativa, sendo suficiente que insinuada, desde que a ação de constranger seja praticada mediante violência ou grave ameaça. Aspecto interessante desse crime é que, a despeito de ser crime patrimonial, a vantagem econômica, na estrutura tipológica, exerce papel, pode-se dizer, secundário, tanto que não é objeto do dolo, mas do elemento subjetivo especial do tipo.

4.4 Ato juridicamente nulo e a tipificação da extorsão

Segundo o magistério de Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 405), o “ato juridicamente nulo (art. 145, CC), que nenhum benefício de ordem econômica possa produzir, não configura a extorsão

(crime impossível por impropriedade do objeto — art. 17), restando apenas o constrangimento ilegal (art. 146, CP)". Esse entendimento segue a orientação de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 275), que, após destacar a natureza patrimonial da extorsão e afirmar que, não havendo lesão contra o patrimônio, faltará objetividade jurídica do delito, afirma: "A nosso ver, não cometeria delito de extorsão quem obrigasse um menor de 16 anos a assinar um documento de dívida, por ser o ato praticado por pessoa absolutamente incapaz (Cód. Civil, art. 5º), como também não cometeria extorsão quem coagisse outrem a firmar documento, no qual prometesse tornar-se seu escravo, pois seria *ilícito o objeto do ato* (Cód. Civil, art. 145, n. II). Nesses, como nos outros casos do art. 145 da lei civil, há crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto".

Temos dificuldade em aceitar esse entendimento, a despeito da autoridade de seu autor, na medida em que o *intuito de obter indevida vantagem econômica* constitui tão somente um *elemento subjetivo especial do tipo*, que não se confunde com o dolo e, como tal, não precisa consumar-se. Com efeito, como tivemos oportunidade de afirmar, "o *especial fim* ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo". Na verdade, o *especial fim* de obter indevida vantagem econômica não traduz o *dolo* (este sim deve materializar-se no fato típico) que animou a conduta do agente. Os *elementos subjetivos especiais do tipo*, como é o caso do *intuito de obter indevida vantagem econômica*, especificam o dolo, sem necessidade de se concretizar, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor. Assim, resta irrelevante a licitude ou ilicitude do objeto do ato coativo. A orientação de Magalhães Noronha, embora superada, apresenta, pelo menos, certa coerência, na medida em que classifica a *extorsão* como *crime material*, exigindo, para sua consumação, ofensa ao patrimônio. Para Luiz Regis Prado, porém, trata-se de *crime formal*, sendo, portanto, irrelevante a obtenção da vantagem econômica.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *tipo subjetivo* é constituído pelo *dolo*, representado pela vontade consciente de usar da violência, real ou moral, para *constranger* alguém a

fazer, tolerar ou deixar de fazer alguma coisa. O *dolo*, no crime de extorsão, é constituído pela vontade consciente de usar da violência ou grave ameaça para constranger alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. No entanto, a obtenção de vantagem econômica constitui somente a finalidade ou *intenção adicional* de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distinta portanto da realização ou consumação do tipo penal. A obtenção da vantagem econômica, com efeito, é uma finalidade ou ânimo que vai além da realização do tipo. Portanto, a eficácia ou ineficácia do constrangimento para a obtenção de tal vantagem econômica é irrelevante. O elemento subjetivo geral, portanto, é acrescido do *elemento subjetivo* especial do tipo, constituído pelo *especial fim* de obter indevida vantagem econômica, para si ou para outrem, que foi analisado melhor no tópico anterior.

6 Extorsão majorada: coautoria e emprego de armas

A *extorsão*, cujo parentesco com o crime de roubo poderia qualificá-los como "irmãos gêmeos", consagra praticamente as mesmas majorantes deste; diz-se *praticamente* pelo fato de tratar-se de apenas duas das, hoje, cinco causas de aumento previstas para o roubo, quais sejam, ser o crime "cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma". A própria majoração para os dois crimes é a mesma: de um terço até metade.

6.1 Se a extorsão é cometida por duas ou mais pessoas

Ao contrário do furto e do roubo, a redação do artigo exige que o crime seja "cometido por duas ou mais pessoas". Por isso, na *extorsão é* indispensável a presença e *efetiva participação*, na execução material do fato, de duas ou mais pessoas, ainda que qualquer delas seja inimputável. Não basta para configurar a majorante a simples participação em sentido estrito (instigação e cumplicidade). Mantendo coerência com a orientação que sustentamos longamente ao examinar o crime de *furto*, repetido no *roubo*, discordamos do entendimento de Luiz Regis Prado, segundo o qual, nessa majorante, no crime de extorsão, "é dispensável que todos estejam presentes no *locus delicti*, exigindo-se somente os requisitos inerentes ao tema de concurso de pessoas (art. 29 do CP)". A nosso juízo, é *absolutamente indispensável a contribuição efetiva de mais de uma pessoa* no cometimento de qualquer desses crimes, mas especialmente no de

extorsão, onde o Código Penal é muito mais enfático referindo-se, aliás, a ser o crime "cometido por duas ou mais pessoas".

Na verdade, não se pode esquecer que *concurso de pessoas* é gênero do qual decorrem as espécies coautoria e participação, cujos conceitos examinamos ao fazer o estudo do crime de furto, para onde remetemos o leitor. Em nossa concepção, quando o texto legal refere-se taxativamente a ser o crime "cometido por duas ou mais pessoas", está, inegavelmente, fazendo uma opção limitadora pela *coautoria*, excluindo, dessa forma, a mera participação em sentido estrito. Por isso, é necessário que as "duas ou mais pessoas" realizem materialmente a conduta delituosa, sendo insuficiente a mera instigação ou cumplicidade (participação em sentido estrito), especialmente considerando o fundamento político-criminal da majorante (dificulta defesa da vítima, maior perigosidade etc.). Convém recordar que coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, da mesma infração penal. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo.

6.2 Com emprego de arma

Segundo o texto legal, para a tipificação desta majorante, a *extorsão* deve ser *cometida com emprego de arma;* é indispensável, portanto, o *emprego efetivo* de arma, sendo insuficiente portá-la ou simplesmente ostentá-la (§ 1º), o que, nesses casos, poderia configurar apenas a grave ameaça. Em outros termos, a infração penal deve ser "cometida com emprego de arma", o que significa o uso real, efetivo, concreto desse instrumento.

A necessidade do emprego efetivo de arma no cometimento do crime é tão flagrante que o próprio Superior Tribunal de Justiça, no infeliz episódio de sumular como majorante o emprego de "arma de brinquedo", fê-lo, contudo, somente em relação ao roubo, sem estendê-la à extorsão. Desnecessária, portanto, qualquer consideração, neste momento, a respeito da possibilidade de arma de brinquedo poder majorar a pena, que, a exemplo do roubo, pode, no máximo, caracterizar ameaça, elementar típica da extorsão.

7 Omissão da Lei n. 9.426/96: majorantes relativas a veículo

automotor

O *roubo* e a *extorsão* sempre receberam o mesmo tratamento nas esferas legislativa, doutrinária e jurisprudencial: as mesmas penas, as mesmas majorantes e as mesmas qualificadoras. Esse tratamento minimizou eventuais equívocos na definição jurídica do fato, que, muitas vezes, é de difícil distinção. A partir da Lei n. 9.426/96, o *roubo* passou a ter um tratamento mais duro, enquanto a *extorsão* não recebeu as duas novas majorantes do § 2º do art. 157, quais sejam, subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (inciso IV) e o agente manter a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade (inciso V).

8 Extorsão qualificada: lesão grave ou morte

Na *extorsão* praticada com violência (na qual não se inclui a grave ameaça), o § 2º manda aplicar o § 3º do art. 157, que dispõe: "Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa". As duas hipóteses elencadas, como no roubo, caracterizam condições de exasperação da punibilidade em razão da maior gravidade do resultado. Na extorsão, como referimos no estudo do roubo, pretendeu o legislador criar duas figuras de *crimes qualificados pelo resultado*, para alguns, *crimes preterdolosos*. A *extorsão qualificada* pela morte da vítima também foi qualificada como crime hediondo (art. 9º da Lei n. 8.072/90). Enfim, a exemplo do que o próprio dispositivo legal faz, remetemos o leitor para o que dissemos a respeito das qualificadoras quando abordamos o crime de *roubo*, para não sermos repetitivos.

9 Roubo e extorsão: semelhanças e dessemelhanças

No roubo e na extorsão, o agente emprega violência ou grave ameaça para submeter a vontade da vítima. No roubo, o mal é iminente, e o proveito é contemporâneo; na extorsão, o mal prometido é futuro, e futura também é a vantagem que o agente objetiva. No *roubo*, o agente toma a coisa, ou *obriga* a vítima (sem opção) a entregá-la; na *extorsão*, a vítima pode, em princípio, optar entre acatar a ordem e oferecer resistência. Em outros termos, como afirmava Frank, o *ladrão subtrai; o extorsionário faz*

com que se lhe entregue a coisa. Questionando os diversos critérios apontados como diferenciadores dos dois crimes, Nélson Hungria destacava o seguinte: "No roubo, há uma *contrectatio;* na extorsão, há uma *traditio"*.

Doutrina e jurisprudência procuram extremar diferenças entre roubo e extorsão: *havendo ato da vítima* no despojamento de bens, será extorsão; não havendo ato da vítima, será *roubo.* No *roubo* o agente subtrai a coisa mediante violência; na *extorsão,* a vítima a entrega ao agente. Eventual equívoco de interpretação não causa prejuízo considerável, na medida em que as penas são iguais. No *estelionato,* diferentemente, a vítima é enganada com *fraude;* na extorsão, é coagida com violência real ou ficta. Mas as distinções entre *roubo* e *extorsão* nem sempre são assim tão claras, haja vista a grande desinteligência que reina em doutrina e jurisprudência sobre a espécie de ambos, conforme examinaremos a seguir.

9.1 Roubo e extorsão: são crimes da mesma espécie

Haveria, no Código Penal brasileiro, algum tipo penal mais semelhante, em seus elementos estruturais, que roubo e extorsão? É por demais frequente a dúvida sobre a correta capitulação entre um e outra; quando não, um nível jurisdicional adota uma capitulação e outro dá qualificação diversa ao mesmo fato, no mesmo processo; aliás, o próprio Hungria (*Comentários ao Código Penal,* v. 7, p. 66-7) interpreta equivocadamente, ao qualificar de *extorsão,* o "assalto" exemplificado por Von Liszt, que, inegavelmente, constitui *roubo;* se o saudoso penalista vivesse os tempos atuais talvez não incorresse nesse equívoco. Assim, qual seria a razão de, invariavelmente, os tribunais brasileiros, a partir dos superiores (STF, Ver. 5013-9, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU,* 30-8-1996, p. 30606; STJ, HC 10375/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU,* 22-11-1999), afirmarem, singelamente, que *não são crimes da mesma espécie,* além da finalidade de cumularem as sanções penais? Alguém do meio, com o mínimo de senso jurídico, teria alguma dificuldade em admitir que o popular "assalto" é uma das tantas modalidades de crime de roubo? Pois mesmo nesses casos a jurisprudência consegue vacilar.

A título puramente ilustrativo, transcrevemos a ementa de um acórdão, sem qualquer preferência, pois poderia ser qualquer outro dos milhares sobre o mesmo tema: "No assalto, é irrelevante que a coisa venha a ser entregue pela vítima ao agente ou que este a subtraia. Trata-se de roubo. Constrangido o sujeito passivo, a entrega do bem não pode ser considerada

ato livremente voluntário, tornando tal conduta de nenhuma importância no plano jurídico" (TACrimSP, AC 882591, Rel. Penteado Navarro, *RT*, 718:429). Preferimos citar esse acórdão porque faz a opção correta, isto é, segundo os preceitos legais — é roubo —, mas demonstra implicitamente a divergência sobre a capitulação da conduta, tanto que o relator teve de demonstrar que "assalto" tipifica *roubo* e não *extorsão*. Como sustentar, então, sem incorrer em paradoxos, que *roubo* e *extorsão* não são crimes da mesma espécie? Por certo, não há nenhuma razão técnico-jurídica, dogmática ou científica para negar essa obviedade, a não ser a adoção de uma *política-criminal exasperadora*, na linha do movimento de "lei e ordem", incompatível com um moderno Estado Democrático de Direito.

9.2 Roubo e extorsão: constrangimento mediante violência ou grave ameaça

Na *extorsão* há constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, de mal posterior visando a futura vantagem, ao passo que no *roubo* o mal é imediato e o prejuízo é atual. Neste crime, o agente subtrai, ele próprio, mediante violência ou grave ameaça, a coisa de quem a detém, ao passo que na extorsão é a vítima que é constrangida a entregá-la, geralmente em intervalo de tempo irrelevante entre a coação daquele e a "ação" desta. Aliás, para os saudosistas, o velho Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 66), com a majestade de sempre, estabelecia, com brilho invulgar, a distinção das duas infrações, nos seguintes termos: "Há entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica) uma tal afinidade que, em certos casos, praticamente se confundem. Conceitualmente, porém, a distinção está em que, na extorsão, diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente". No entanto — prossegue Hungria —, "do ponto de vista prático, tanto faz que o agente tire a carteira ou que esta lhe seja entregue pela vítima".

Mas se o fundamento da miopia jurídica que acode alguns tribunais reside realmente na ânsia de majorar a pena, talvez seja menos comprometedor, tecnicamente, refugiar-se na subjetividade da graduação da pena, em vez de continuar negando o óbvio ao afirmar que — *roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie*, evitando a condição do pior cego, isto é, daquele que não quer enxergar. Pelo menos, na dosimetria penal, podem elevar a pena até o triplo, considerando-se que ambos os crimes são praticados com violência ou grave ameaça (art. 71, parágrafo

único). Mesmo que a exasperação penal seja um pouco forçada, seria, digamos, juridicamente menos *constrangedor,* mantendo a linha verbal da extorsão. Para encerrar este tópico, afirmar que *roubo* e *extorsão* não são crimes da mesma espécie, depois de tudo isso, é, *mutatis mutandis,* como conclui lapidarmente Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 67), "o dizer-se que no roubo a violência e a locupletação se realizam *no mesmo contexto de ação,* enquanto na extorsão há um *lapso de tempo, ainda que breve,* entre uma e outra, é distinguir onde a lei não distingue. Tanto pode haver extorsão com violência atual e futura (e é o caso mais frequente), quanto com violência e locupletação contemporâneas". Assim, afirmar que extorsão e roubo não são crimes da mesma espécie é *distinguir onde a lei não distingue,* e, para agravar a situação do réu, é absolutamente inadmissível.

10 Crimes de extorsão e de constrangimento ilegal: conflito aparente de normas

A *extorsão,* pode-se afirmar, é uma espécie do gênero *crime de constrangimento ilegal* (art. 146). Na verdade, o *constrangimento ilegal é* "qualificado" pela especial intenção de obter *indevida vantagem econômica,* que, aliás, é a única diferença relevante na estrutura típica dos dois crimes; afinal, exatamente por essa razão — a ação de constranger — é transportada do Título dos Crimes contra a Pessoa para o Título dos Crimes contra o Patrimônio. Na verdade, estamos diante do denominado *conflito aparente de normas*, que, nesse caso, resolve-se pelo *princípio da especialidade.*

Com efeito, considera-se *especial* uma norma penal, em relação a outra *geral,* quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados *especializantes.* Isto é, a *norma especial* (crime de extorsão) acrescenta *elemento próprio* (intuito de obter indevida vantagem econômica) à descrição típica prevista na *norma geral* (crime de constrangimento ilegal). Assim, pode-se concluir, toda conduta que realiza o tipo do crime especial realiza também, necessariamente, o tipo do geral, enquanto o inverso não é verdadeiro. Para sintetizar, com esse *elemento especializante* — intuito de obter indevida vantagem econômica —, não há nenhuma dificuldade para solucionar esse "conflito aparente de normas".

A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE “SEQUESTRO-RELÂMPAGO”

11 Extorsão mediante restrição de liberdade

Sustentamos que, nos casos popularmente conhecidos como “sequestro-relâmpago”, cometidos diariamente nas principais capitais brasileiras, em que a vítima é colocada em porta-malas de veículos pelas mãos de marginais perigosos que percorrem por horas a fio os mais variados bairros da cidade, ameaçando-a gravemente, exigindo-lhe (extorquindo) mais bens ou valores, às vezes a violentando sexualmente, e cujo resultado final é absolutamente imprevisível e completamente aleatório, *configura-se crime mais grave* que a simples majorante da restrição da liberdade da vítima. A moldura legal adequada para esse tipo de conduta, cujo resultado, mais ou menos grave, não passa de mero detalhe acidental ou circunstancial do evento, a nosso juízo, é o art. 159 do Código Penal, ou seja, extorsão mediante sequestro. Esta, por ser mais grave, absorve o crime de roubo, afastando, consequentemente, o concurso com esse crime” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 86).

11.1 Nova tipificação: extorsão especial

O novo texto legal, no entanto, preferiu tipificá-lo, como uma modalidade *de extorsão especial*, acrescentando o § 3º no art. 158, com a redação *supra* (Lei n. 11.923/2009). A partir dessa previsão legal poderemos ter, paradoxalmente, infrações penais “com restrição da liberdade da vítima necessárias”, e não necessárias.

11.2 Extorsão mediante restrição da liberdade

Embora não nos pareça ser a tipificação mais adequada — considerando-se que há um *sequestro para extorquir* —, o legislador optou pelo termo médio, isto é, nem pela *extorsão mediante sequestro* (art. 159), nem pela *extorsão simples* do *caput* do art. 158, mas por uma figura especial de extorsão, qual seja a *extorsão com sequestro da vítima*, ou, como preferimos denominá-la, *extorsão mediante restrição de liberdade*. Dessa forma, o novo texto legal pôs termo à *divergência relativa à tipificação* dessa conduta delituosa, que passou a ser o grande “terror” da vida urbana,

e reclamava uma definição precisa de sua adequada moldura típica, em respeito à *função taxativa* da tipicidade estrita. Desnecessário repetir a grande semelhança que existe entre os crimes de *sequestro e cárcere privado* (art. 148), *roubo* (art. 157), *extorsão* (art. 158) e *extorsão mediante sequestro* (art. 159), a despeito das consideráveis diferenças das sanções cominadas. Apesar de o "sequestro-relâmpago" poder — antes da Lei n. 11.923/2009 — agasalhar-se, segundo algumas correntes doutrinário-jurisprudenciais, ora no crime de *roubo*, ora no de *extorsão* e ora no de *extorsão mediante sequestro*, fazia-se necessária uma tipificação específica, para se afastar a insegurança jurídica que rondava a todos.

11.3 Interpretação conglobada: ***caput*** e § 3º

A interpretação do novo § 3º deve, necessariamente, ser conjunta com a previsão do *caput*, resultando assim: "constranger mediante restrição da liberdade da vítima, e essa condição seja necessária para a obtenção da vantagem econômica". Em outros termos, essa novel figura delituosa deve apresentar os seguintes elementos: a) constrangimento ilegal; b) especial fim de obter vantagem econômica; c) restrição da liberdade da vítima como condição necessária. O verbo nuclear "constranger", que integra a nova figura delitiva, e "mediante violência ou grave ameaça", constantes do *caput*, encontram-se implícitas na elementar "mediante restrição da liberdade", que é uma das modalidades mais graves de violência, devidamente criminalizada. Mas é necessário que o constrangimento ilegal *tenha a finalidade de obter* vantagem econômica indevida e que ocorra mediante restrição da liberdade da vítima como condição indispensável para sua concretização.

11.4 Elementar típica: restrição da liberdade

A *restrição da liberdade da vítima*, como *condição necessária para a obtenção da vantagem econômica*, é elementar indispensável para a caracterização dessa infração penal. No entanto, a *restrição da liberdade* poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro crime, como, por exemplo, os dos arts. 148, 157, § 2º, V, e 159, na medida em que priva a vítima de sua liberdade ou pode, até mesmo, configurar outro crime mais grave, absorvendo, no caso, o *roubo* ou a própria *extorsão*, como, por exemplo, a *extorsão mediante sequestro* (art. 159, § 3º). Por isso, é preciso cautela na análise dessa questão, sob pena de deixar-se praticamente

impune o crime de *sequestro*.

Assim, quando o "sequestro" (manutenção da vítima em poder do agente) for praticado *concomitantemente* com o *roubo*, ou, pelo menos, como *meio de execução* do roubo ou como *garantia contra ação policial*, estará configurada essa infração penal, própria ou imprópria, ou mesmo a sua *majorante* constante no inciso V do art. 157. Agora, quando eventual "sequestro" for praticado *depois da consumação do roubo* de veículo automotor, por exemplo, sem nenhuma conexão com sua execução ou garantia de fuga, não se estará diante da *majorante especial* (§ 2º, V, do art. 157), mas tratar-se-á de concurso de crimes (roubo e a nova extorsão); pode, inclusive, tipificar a *extorsão mediante sequestro*, quando, por exemplo, exigir que a vítima mantenha contato com terceiros para assegurar-lhe a vantagem econômica, como condição de sua liberação.

11.5 Indispensabilidade da restrição da liberdade

No entanto, se a *restrição da liberdade da vítima*, imposta pelo agente, "não for indispensável para a prática da ação", o crime tipificado não se adequará ao disposto neste § 3º, podendo, na realidade, tipificar o crime de roubo, próprio ou impróprio, ou a extorsão simples prevista no *caput* do art. 158. Nesse sentido, passamos a ter a "restrição da liberdade da vítima *como condição necessária*" ou *como condição desnecessária ou supérflua da figura típica*. Poderão ocorrer as seguintes situações: a) não necessitando da colaboração da vítima para apoderar-se da coisa pretendida, restringir sua liberdade de locomoção visando somente garantir o êxito da empreitada (subtração ou fuga) configurará roubo, próprio ou impróprio, dependendo das circunstâncias; b) quando, no entanto, o agente necessitar da restrição da liberdade da vítima para a obtenção da vantagem econômica, privá-la de sua locomoção pelo tempo necessário e como condição para consegui-la configurará a *extorsão mediante restrição de liberdade* (sequestro-relâmpago). Em outros termos, não é a simples restrição da liberdade da vítima que caracterizará essa *extorsão especial*, mas sua necessidade como condição para obter a vantagem econômica pretendida, pois, *sendo desnecessária*, configurará outra infração penal.

11.6 Excepcionalmente pode retroagir

Finalmente, considerando que a lei penal mais benéfica retroage, nos termos do art. 5°, XL, da Constituição Federal, deverão ser revistos todos os

casos que possam, eventualmente, ser punidos mais gravemente. Situação semelhante pode ter ocorrido com aqueles casos em que se interpretou como extorsão mediante sequestro. Dessa forma, deve-se verificar, casuisticamente, qual a interpretação que fora dada à situação fática, agora criminalizada, como modalidade de *extorsão*, que, normalmente, era considerada como *extorsão mediante sequestro* (art. 159).

12 "Sequestro-relâmpago" qualificado pelo resultado

Resultando do "sequestro-relâmpago" *lesão corporal grave* ou *morte*, aplicam-se as mesmas penas previstas para os casos de *extorsão mediante sequestro* que atinjam os mesmos resultados (art. 159, §§ 2º e 3º). Constata-se que, nessa previsão, os mesmos resultados — lesão corporal grave ou morte — sofrem punição bem mais grave que a prevista no § 2º para a *forma qualificada* da extorsão tipificada no *caput* desse artigo. Em outros termos, para a hipótese do § 2º, comina-se a mesma pena do *roubo qualificado pelo resultado* (sete a quinze anos de reclusão, se resulta lesão corporal, e vinte a trinta anos, se resulta morte, além da pena de multa); para a hipótese do § 3º, que ora examinamos, comina-se a mesma pena da extorsão mediante sequestro (dezesseis a vinte e quatro anos, se resulta lesão corporal grave, e vinte e quatro a trinta anos, se resulta morte, além da multa). Podemos achar, e na realidade achamos, que as sanções cominadas são exageradamente graves, mas não deixam de apresentar certa coerência com a previsão constante do *caput*, que comina pena intermediária entre *roubo* e *extorsão mediante sequestro*. Mas essa coerência intrínseca, no entanto, não salva a irrazoabilidade de seu conteúdo, que examinaremos.

12.1 Não caracteriza crime hediondo: não há previsão legal

A despeito de entendimento em sentido contrário, temos dificuldade em aceitar esse entendimento (GOMES, Luiz Flavio; SANCHES, Rogério. *Sequestro-relâmpago deixou de ser crime hediondo:* Lei 11.923/2009 é mais favorável ao réu, disponível em <http://www.lfg.com.br/public html/article.php?story=20090420144538510>, acesso em 9-10-2009), por esbarrar no *princípio da reserva legal*. Com efeito, nesse sentido, a conhecida *Lei dos Crimes Hediondos* (Lei n. 8.072/90) relaciona *(numerus clausus*), dentre outras, as seguintes infrações: "III — extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV — extorsão mediante sequestro (*sic*) e na

forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º)". De notar que a norma repressiva especifica não apenas o *nomen iuris* das infrações penais classificadas como crimes hediondos, como também indica os respectivos dispositivos legais (artigos, parágrafos e incisos), dentre os quais, à evidência, não se encontra o § 3º, que é novo, evidentemente. Invocar-se, por outro lado, que o crime igualmente é de *extorsão* e que o resultado *morte* também é igual, o que justificaria o seu reconhecimento como *crime hediondo*, viola a função da taxatividade do princípio da tipicidade, além de implicar a aplicação de analogia *in malan partem*, que é inadmissível. Por fim, tampouco pode ser invocado o aspecto de cominar as sanções previstas nos §§ 2º e 3º do art. 159, que é definido como crime hediondo. Convém destacar, enfim, que a previsão da segunda parte do § 3º não converte esse crime em *extorsão mediante sequestro*, apenas comina as penas que lhe são correspondentes, sem atribuir-lhe, por óbvio, a mesma natureza. E essa cominação, inquestionavelmente, não tem o condão de alterar a espécie de infração penal e, por essa mesma razão, não o transforma em crime hediondo, por falta de previsão legal expressa.

Em síntese, a *extorsão mediante restrição da liberdade da vítima, qualificada pelo resultado morte*, não pode ser reconhecida como *crime hediondo*, por absoluta falta de previsão legal, e pela impossibilidade da adoção de analogia *in malan partem*, a despeito do respeitável entendimento em sentido contrário. O que a lei determina é somente a aplicação das mesmas penas, nada mais. Em outros termos, a cominação das penas da *extorsão mediante sequestro qualificada* não converte, nesse crime, a extorsão mediante restrição da liberdade qualificada pelo resultado morte.

13 A gravidade da semelhança entre roubo e extorsão especial

Não há no Código Penal brasileiro tipos penais mais assemelhados, em seus elementos estruturais, que roubo e extorsão, tanto que, não raro, surge a dúvida sobre a correta capitulação entre um e outra, recebendo capitulações diversas, nos dois graus de jurisdição, o mesmo fato num mesmo processo. Nesse sentido, o que já era difícil acabou ficando muito pior. A *agravação* dessa semelhança reside, fundamentalmente, na diversidade de punição, que não é pouca coisa, já que mera questão interpretativa pode resultar em aplicação de pena cinquenta por cento

acima, considerando-se o mínimo legal cominado (quatro anos para o roubo e seis para o sequestro-relâmpago), que, convenhamos, não é pouca coisa.

Com efeito, no *roubo* e na *extorsão* o agente emprega violência ou grave ameaça para subjugar a vontade da vítima; no *roubo*, o mal é iminente, e o proveito é contemporâneo; na *extorsão*, o mal prometido é, de regra, futuro imediato, como futura também é, teoricamente, a vantagem que o agente objetiva. No *roubo*, o agente toma a coisa, ou *obriga* a vítima (sem opção) a entregá-la; na *extorsão*, afirma-se que a vítima pode, em princípio, optar entre acatar a ordem ou oferecer resistência, embora a prudência recomende, nesses tempos bicudos, não resistir. Mas não se pode negar que todo esse magistério clássico, que nos vem da doutrina tradicional, ou está superado ou é inaplicável no denominado sequestro-relâmpago, que, por ser relâmpago, exige uma satisfação imediata e, nesse aspecto, confunde-se ainda mais com o crime de roubo. Na realidade, essa *faculdade* ou opção referida à extorsão, que teria ou não a liberdade de entregar a coisa ou objeto exigido pelo agente, é, praticamente, inexistente, pois todos os indicadores, ante a gravidade da violência generalizada, determinam que se acate a ordem do extorquidor ou extorsionário, sob pena de pagar com a própria vida eventual rebeldia no atendimento do que lhe é determinado.

13.1 Roubo e extorsão: faculdade de escolha

Que *faculdade* seria essa de a vítima escolher ou decidir atender à exigência do assaltante a esse preço? À evidência, trata-se de uma das hipóteses da denominada *coação irresistível*, em que a vítima não tem alternativa senão submeter-se à vontade do extorquidor. Aliás, estamos diante de uma "vontade viciada" que equivale à inexistência de vontade, decorrente de uma *coação irresistível*. Com efeito, coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade *impondo* determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha. Na *coação moral irresistível* existe vontade, embora seja viciada (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 387), isto é, não é livremente formada pelo agente. Nas circunstâncias em que a ameaça é *irresistível* não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça, especialmente quando corre risco de vida ou à sua integridade física ou de sua família. Se isso vale para os acusados em geral, com igual razão deve servir para demonstrar que a vítima não entrega a coisa livremente, mas mediante coação, a qual, nas circunstâncias, não podia

resistir.

Nesse sentido, encontra-se completamente superada aquela velha máxima de Frank, segundo a qual o *ladrão subtrai; o extorsionário faz com que se lhe entregue a coisa*, pois, em verdade, também no *roubo*, muitas vezes, o ladrão (assaltante) *faz a vítima entregar-lhe a coisa desejada*, como destaca, lucidamente, Martinelli (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Projeto de lei que tipifica o "sequestro-relâmpago" aprovado pelo Senado, disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?notid+13263>, acesso em 8-10-2009): "A distinção entre roubo e extorsão baseada apenas no *comportamento* do agente e da vítima é insuficiente. Dizer que o caso é de extorsão porque a vítima é quem age não satisfaz a problemática. Se assim fosse, quando a vítima entregar seu veículo mediante ameaça também deveria ser o crime de extorsão, o mesmo valendo para a hipótese daquele que enfia a mão no bolso, abre a carteira e entrega o dinheiro exigido. Em ambas as situações, houve um comportamento ativo da vítima, e nem por isso teremos extorsão".

13.2 (Ir)relevância de eventual ato da vítima

Historicamente se tem dito que, *havendo ato da vítima* no despojamento de bens, será *extorsão*; não havendo ato da vítima, será *roubo*; que no *roubo* o agente subtrai a coisa mediante violência; na *extorsão*, a vítima a entrega ao agente para não sofrer violência, e que eventual equívoco de interpretação não causaria prejuízo considerável, na medida em que as penas eram iguais. No entanto, as distinções entre *roubo* e *extorsão* nem sempre são assim tão precisas, haja vista a grande desinteligência que reina em doutrina e jurisprudência sobre a espécie de ambos, havendo, não se pode ignorar, uma zona gris, em que as duas figuras se confundem, sendo difícil precisar com segurança a sua identificação. Paradigmático, nesse sentido, o seguinte acórdão, já mencionado: "No assalto, é irrelevante que a coisa venha a ser entregue pela vítima ao agente ou que este a subtraia. Trata-se de roubo. Constrangido o sujeito passivo a entrega do bem não pode ser considerado ato livremente voluntário, tornando tal conduta de nenhuma importância no plano jurídico" (TACrimSP, AC 882.591, rel. Penteado Navarro, *RT*, 718:429). Não se ignorou, nesse julgamento, a distinção entre roubo e extorsão, apenas o julgador considerou irrelevante a máxima de que *ladrão subtrai a coisa no roubo, e a vítima a entrega na extorsão.*

14 Equivocada exasperação punitiva

No sistema anterior, essa dificuldade não apresentava maiores consequências, na medida em que a sanção aplicável na extorsão era exatamente a mesma do roubo, ao contrário do que passa a ocorrer com a nova definição legal. Na realidade, confundem-se os aspectos temporais nos crimes de roubo e extorsão de tal modo que não mais se pode afirmar que violência e locupletação, num e noutra, realizam-se em contextos diferentes. Tanto pode haver extorsão com violência e vantagem atuais, como com violência e locupletação contemporâneas, que é exatamente o caso do sequestro-relâmpago, e somente essa *fugacidade temporal* não pode justificar a absurda elevação das sanções cominadas, nos limites que destacamos adiante. Com efeito, qual é a diferença entre o assalto em que o indivíduo, apontando uma arma (mesmo branca), exige que a vítima lhe entregue a carteira (roubo) e a restrição da liberdade desta, exigindo-lhe a entrega do cartão eletrônico e sua senha (sequestro-relâmpago)? Em nenhuma das hipóteses a vítima dispõe da liberdade de escolha de entregar ou não o objeto exigido pelo assaltante, ou seja, o atendimento da exigência do ladrão ou extorsionário não resulta da deliberação da vítima, como imaginava a antiga doutrina, mas decorre da imposição das circunstâncias, cujo desatendimento, em ambos os casos, pode provocar resultados imprevisíveis e irreversíveis, como, v. g., a própria morte.

Pois bem, essa identidade de *ação, causa* e *consequências* impede que se imponham sanções ao "sequestro-relâmpago" tão absurdamente superiores às previstas para o crime de *roubo*, por violar os sagrados princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da culpabilidade e da dignidade humana, decorrendo daí sua inevitável *inconstitucionalidade*, pois, como sustentava Hungria, "Tanto pode haver extorsão com violência atual e futura (e é o caso mais frequente [*sic*]), quanto com violência e locupletação contemporâneas" (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, p. 67).

14.1 A desproporcional cominação de penas entre roubo e extorsão especial

O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema

constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*, como demonstra uma singela comparação entre as sanções cominadas a algumas infrações penais semelhantes. O *roubo* que, como acabamos de demonstrar, é uma espécie de irmão siamês do crime de *extorsão* (sendo o paradigma ideal para essa análise) recebe a cominação em três marcos diferentes de penas (consideramos desnecessário ficar repetindo a existência da pena de multa, considerando-se que todos os *crimes contra o patrimônio* (Título II do Código Penal) trazem cumulada a previsão da pena de multa): a) roubo simples (*caput*): quatro a dez anos; b) qualificado pela lesão corporal grave (§ 3º, 1ª parte): sete a quinze anos; c) qualificado pelo resultado morte (§ 3º, 2ª parte): vinte a trinta anos. Previsão que, convenhamos, já é um exagero, comparando-se ao *homicídio qualificado*, por exemplo, com pena prevista de doze a trinta anos, numa clara demonstração de que, para o legislador brasileiro, o patrimônio é mais valorizado que a própria vida humana.

As penas previstas para a *extorsão* (art. 158, *caput*) — que agora se justifica adjetivá-la de *simples* — são exatamente as mesmas cominadas ao crime de *roubo*, inclusive as relativas às figuras majoradas (§ 1º) e às qualificadas em decorrência de lesão corporal ou morte (§ 2º). Essa paridade no tratamento das consequências penais de ambas as figuras elimina por completo eventual interpretação equivocada que as situações fático-limítrofes nos proporcionam com alguma frequência, como demonstramos alhures.

No entanto, as penas cominadas ao "sequestro-relâmpago", injustificadamente, quer pela natureza da infração, quer pela gravidade de suas consequências materiais, quer por razões político-criminais respaldadas pelo Estado Democrático de Direito, recebem, *desproporcionalmente*, a seguinte cominação: a) modalidade simples: seis a doze anos (§ 3º, 1ª parte); b) qualificada pela lesão corporal grave (§ 3º, 2ª parte): dezesseis a vinte e quatro anos; c) qualificada pelo resultado morte (§ 3º, 2ª parte): vinte e quatro a trinta anos.

15 Violação da proporcionalidade e inconstitucionalidade

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado — em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça — resulta *vinculado* em relação aos *fins eleitos*

para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda atividade estatal é sempre *vinculada axiomaticamente* pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não apenas como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) *adequação teleológica*: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) *necessidade* (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) *proporcionalidade "stricto sensu"*: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356-397).

15.1 Abrangência do princípio da proporcionalidade

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do *princípio da proporcionalidade*, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio Poder Legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem-nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do "poder de fazer leis *had hocs*", revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*.

15.2 Controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico,

alguma forma ou algum meio de, se não combatê-los, pelo menos questioná-los. A única possibilidade, no Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do *controle de constitucionalidade* exercido pelo Poder Judiciário. O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação "custo-benefício" para o cidadão e para a própria ordem jurídica. *Pela necessidade* deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos. *Pela adequação* espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos.

Nessa linha, destaca Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 50), a modo de conclusão: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou *relevância* no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* — e completa Gilmar Mendes — de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)".

15.3 Equilíbrio da proporcionalidade em matéria penal

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de *proporcionalidade* deve ser determinada mediante "um juízo de ponderação entre a carga 'coativa' da pena e o fim perseguido pela cominação penal" (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Sapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 279). Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio — *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) — entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão "uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte

do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas" (HASSEMER. *Fundamentos del derecho penal*, p. 279).

Ante todo o exposto, por mais que se procure salvar o texto legal, tentando dar-lhe uma interpretação conforme a Constituição Federal, não vemos, contudo, outra *alternativa razoável* que não a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da nova infração penal, conhecido como "sequestro-relâmpago".

16 Consumação e tentativa

16.1 Consumação

Consuma-se a extorsão com o comportamento da vítima, isto é, *fazendo, tolerando que se faça* ou *deixando de fazer* alguma coisa, desde que a ação constrangedora do sujeito ativo tenha sido movida pela finalidade de obter vantagem econômica indevida. Enfim, para a consumação é desnecessária a efetiva obtenção de vantagem patrimonial, pois a *extorsão* se consuma com o *resultado* do constrangimento, isto é, com a vítima sendo constrangida a *fazer, omitir* ou *tolerar* que se faça.

A eventual obtenção de vantagem patrimonial, se ocorrer, representará tão somente o *exaurimento* da extorsão que já estava consumada. Reforçando, a *extorsão* consuma-se no exato momento em que a vítima, com comportamento positivo ou negativo, faz, deixa de fazer ou tolera que se faça alguma coisa. Nesse sentido, merece ser transcrito o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*, p. 451) com o qual estamos de pleno acordo, quando sustenta que o crime de extorsão compõe-se de três estágios, *in verbis:* "1º) o agente constrange a vítima, valendo-se de violência ou grave ameaça; 2º) a vítima age, por conta disso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer alguma coisa; 3º) o agente obtém a vantagem econômica almejada. Este último estágio é apenas configurador do seu objetivo ('com o intuito de...'), não sendo necessário estar presente para concretizar a extorsão".

16.2 Tentativa

Independentemente da concepção material ou formal do crime de extorsão, a tentativa é admissível. Cumpre destacar que, ainda que as

demais elementares estejam todas presentes, a *extorsão* não estará consumada se a vítima, em razão do constrangimento sofrido, não se submeter à vontade do autor, fazendo, tolerando ou deixando de fazer alguma coisa. Para sintetizar, o simples *constrangimento*, apesar de tratar-se de crime formal, sem a atuação da vítima (fazendo, tolerando ou deixando de fazer alguma coisa), não passa de tentativa.

A eventual *prisão em flagrante* do agente no momento em que recebe a "vantagem econômica" não configura a tentativa, pois a *extorsão*, como vimos, já estará consumada. Nessa linha, pode-se lembrar o seguinte acórdão do STJ, relatado pelo Ministro Edson Vidigal: "No delito de extorsão, não há reconhecer simples tentativa, mas crime consumado, quando o agente chega a receber vantagem econômica indevida, mesmo que, posteriormente, tenha sido obrigado, a devolvê-la, com a pronta intervenção da polícia" (RE 100640/PR). Convém, no entanto, nesse tipo de situação, ter cautela para não admitir como válida a figura do "flagrante provocado" (ou crime de ensaio), que não se confunde com "flagrante esperado" (ver nosso *Tratado*, v. l).

17 Pena e ação penal

Na *extorsão simples* a pena é de reclusão, de quatro a dez anos; na *majorada* a pena é elevada de um terço até metade; na *qualificada pelo resultado* lesão grave, a reclusão será de sete a quinze anos; se for morte, será de vinte a trinta anos. Em todas as hipóteses, a pena de prisão será *cumulativa* com a de multa. Nas hipóteses do § 2º, o art. 9º da Lei n. 8.072/90 prevê a majoração de metade da pena aplicada, respeitado o limite de trinta anos, encontrando-se a vítima em qualquer das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal. A ação penal, como não poderia deixar de ser, pela gravidade desse crime, é de *natureza pública absoluta.*, isto é, incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 96 do STJ: "*O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida".

"Ausente o constrangimento mediante violência ou grave ameaça com intuito de obter vantagem econômica indevida, o delito do art. 158 do Código Penal não se tipifica" (TJRS, Apelação 70021227061, Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 14-11-2007).

“Extorsão. Se a vítima reconhece, de forma segura, um dos acusados detidos em flagrante como sendo aquele que com ela contatava e lhe exigia numerário para a devolução da motocicleta, bem assim como sendo o sujeito que lhe fazia ameaças, merece crédito a palavra da vítima que, firme e coerente ao longo do feito judicial e do inquérito, autoriza a condenação pelo delito de extorsão. Em relação ao corréu apelado, tendo este ofertado justificativa plausível e não havendo outro elemento de prova quanto ao seu envolvimento no fato, mas apenas indícios, de ser mantida a absolvição” (TJRS, Apelação 70018608992, Rel. Roque Miguel Fank, j. 24-10-2007).

“Extorsão. Concurso material. Causa de aumento. Arma de fogo. Necessidade de apreensão e perícia. Para incidir as causas de aumento do crime de roubo pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, II, CP) e da extorsão (art. 158, § 1º, CP), mostra-se necessária a apreensão e a perícia no objeto utilizado, para verificar sua potencial eficácia para produzir disparos. Tal necessidade funda-se no mesmo argumento dado à revogação da Súmula n. 174 do STJ. Jurisprudência minoritária, inclusive no STJ” (TJRS, Apelação 70020483939, Rel. Mario Rocha Lopes Filho, j. 1º-8-2007).

“Hipótese na qual o réu, após ter subtraído bens da vítima, retirou-lhe o cartão magnético, constrangendo-a a revelar a senha bancária, além de ameaçar matá-la, ressaltando possuir seu endereço, caso voltasse do Banco e não a encontrasse no local dos fatos. Configurada a prática dos delitos de roubo e extorsão em concurso material. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal rechaçam a ocorrência de crime único em casos como o presente” (STJ, HC 47.395/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22-8-2006).

“Extorsão. Inteligência da Súmula 96 do STJ. Por ser delito formal, no delito de extorsão tem-se por desnecessário o auferimento da vantagem indevida, bastando para a consumação do delito tão somente o constrangimento da vítima” (STJ, REsp 714.949/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 4-8-2005).

“Arts. 158, § 1º, e 159, § 1º, do Código Penal. Súmula 96 do STJ. Continuidade delitiva. Crimes de espécies diferentes. Concurso material. O delito de extorsão, enquanto crime formal, prescinde, para sua consumação, da efetiva obtenção da indevida vantagem econômica, sendo esta mero exaurimento da conduta criminosa (Precedentes e Súmula 96 do STJ). Não há como se reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de extorsão e extorsão mediante sequestro, porquanto aquela exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução, o que inocorre na hipótese” (STJ, REsp 696.352/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15-3-2005).

“Art. 157, § 2º, I, II e V e art. 158, § 1º, do Código Penal. Delito único. Concurso material. Na linha de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso, configuram-se os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair alguns pertences da vítima, obriga-a a entregar o cartão do banco e fornecer a respectiva senha” (STJ, REsp 684.423/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-12-2004).

“O delito de extorsão, enquanto crime formal, prescinde, para sua consumação, da efetiva obtenção da indevida vantagem econômica, sendo esta mero exaurimento da conduta criminosa (Precedentes e Súmula 96 do STJ)” (STJ, REsp 641.797/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4-11-2004).

Extorsão mediante sequestro

Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena — reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

— V. art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

— V. art. 1º, III, *e*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária).

— V. arts. 1º, IV, e 9º, da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos).

§ 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:

— § 1º com redação dada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Pena — reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

§ 2º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — reclusão, de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

— V. art. 19 do CP.

§ 3º Se resulta a morte:

Pena — reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

— §§ 2º e 3º com redação determinada pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

— V. art. 19 do CP.

§ 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.

— § 4º com redação determinada pela Lei n. 9.269, de 2 de abril de 1996.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A extorsão mediante sequestro, sem sombra de dúvida, é a modalidade de extorsão que apresenta maior gravidade, que teria sido inspirada por antigo costume de guerra de exigir pagamento pelo resgate de prisioneiros. A prática mais ou menos frequente, em alguns países, na *primeira metade do século passado*, recomendou sua tipificação como crime mais grave. Desnecessário, por óbvio, destacar a frequência rotineira e insuportável com que esse crime passou a ser praticado no Brasil em fins do século XX, justificando-se sua maior punibilidade pela gravidade dos danos que pode produzir. O Código Criminal do Império não disciplinou a extorsão mediante sequestro. O Código Penal republicano de 1890 adotava uma definição defeituosa e insatisfatória (art. 362). O natimorto Código Penal de

1969 previa a mesma infração penal, segundo alguns, com evidente superioridade técnica, nos termos seguintes: “Extorquir ou tentar extorquir, para si ou para outrem, mediante sequestro de pessoa, indevida vantagem econômica”.

2 Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos protegidos na criminalização da *extorsão mediante sequestro*, a exemplo dos crimes de roubo (art. 157) e extorsão (art. 158), são a *liberdade individual*, o *patrimônio* (posse e propriedade) e a *integridade física e psíquica* do ser humano. Constata-se que a extorsão mediante sequestro também pode produzir uma *multiplicidade de danos:* de um lado a violência sofrida pela vítima, que se materializa no constrangimento físico ou psíquico causado pela conduta do sujeito ativo; de outro lado, a causação de prejuízo alheio, em razão da eventual obtenção indevida de “qualquer vantagem”, que, como veremos, pode até não se concretizar, sendo suficiente que tenha sido o móvel da ação.

Trata-se, na verdade, de um *crime complexo*, isto é, pluriofensivo, a exemplo do roubo e da extorsão. No entanto, embora se trate de crime de natureza essencialmente patrimonial (codificado no capítulo relativo a essa espécie de bens jurídicos), a supressão da liberdade é o fundamento maior da sensível majoração da sanção penal dessa infração criminal. Aliás, nem poderia ser diferente, considerando-se o extraordinário valor da liberdade inserta entre os direitos e garantias individuais fundamentais. O patrimônio, na verdade, afastado o aspecto do sequestro, já encontraria proteção penal suficiente na tipificação dos crimes de roubo e extorsão.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem condição especial, uma vez que se trata de crime comum. A *pessoa jurídica* não reúne condições necessárias para, mesmo no futuro, praticar esse tipo de crime. Eventual *relação de parentesco* não garante os benefícios das escusas absolutórias consagradas nas disposições finais deste Título, em razão da violência ou grave ameaça a pessoa (art. 183).

Sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, inclusive quem sofre o constrangimento sem lesão patrimonial. Assim, a *vítima* do sequestro pode ser diversa da pessoa que sofre ou deve sofrer a lesão patrimonial. Haverá,

nesse caso, duas vítimas, uma do *patrimônio* e outra da *privação de liberdade*, mas ambas do mesmo crime de extorsão mediante sequestro. Tudo o que se disse sobre bem jurídico, sujeito ativo e sujeito passivo no crime de *extorsão* (art. 158) aplica-se à *extorsão mediante sequestro.* A *pessoa jurídica* não pode ser sequestrada, mas pode ser constrangida a pagar o resgate, podendo, em consequência, também ser sujeito passivo deste crime.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A complexidade dessa *construção tipológica* recomenda cautela em sua interpretação. Para sua melhor compreensão, acreditamos insuficiente considerar apenas os preceitos primário e secundário da norma, quais sejam, a tipificação da conduta proibida e a respectiva sanção, como normalmente se faz em obediência ao princípio da tipicidade estrita. Na verdade, não se pode esquecer o *nomen juris* que o legislador atribuiu a esse tipo penal — *extorsão mediante sequestro* —, deixando claro que se trata de *modalidade especial* do crime de *extorsão* tipificado no artigo anterior. Subscrevemos, nesse sentido, o magistério de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 72), para quem "não é outra coisa que a extorsão qualificada pelo caráter especial do fato constitutivo da violência ou do meio empregado para tornar premente ou eficaz a ameaça. Já aqui, a extorsão não tem como lastro o constrangimento ilegal na sua forma simples (art. 146), mas o *sequestro* de pessoa (artigo 148)".

Com efeito, a conduta tipificada é *sequestrar,* isto é, reter, arrebatar, retirar alguém de circulação, contra a sua vontade, *privando-o da liberdade.* Sequestrar ou encarcerar, indiferentemente, tipificam o crime, constituindo somente *modus operandi* distinto de praticá-lo. Os elementos constitutivos do crime de extorsão mediante sequestro são: retirada de alguém de circulação, dissentimento expresso ou implícito, finalidade especial de obter qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. O *sequestro* pode ser longo ou breve, indiferentemente, desde que tenha idoneidade para produzir na vítima a certeza de que a supressão de sua liberdade não será passageira e está, no mínimo, condicionada à satisfação da exigência apresentada para o resgate. A elasticidade do tempo de privação da liberdade é circunstância que o legislador considerou para a dosagem de pena.

4.1 Finalidade do sequestro: obter qualquer vantagem como condição ou preço

O *sequestro* objetiva conseguir *qualquer vantagem* como *condição* ou *preço* do resgate, ou seja, como contrapartida da liberação do sequestrado.

Embora exista alguma divergência, em nossa concepção o tipo penal não exige que a vantagem seja *indevida*, nem que seja *econômica*. Mas, pela importância do tema, é recomendável seja examinado em tópicos específicos. O *fim especial* de obter qualquer vantagem nem sempre é anterior ao ato material de *sequestrar alguém*. Essa ação pode ter sido motivada por qualquer outra razão, mas, posteriormente, enquanto perdurar a privação de liberdade, o agente *passa a condicionar a libertação* do sequestrado ou refém à satisfação de *qualquer vantagem*, como reza o texto legal. Nesse caso, configura-se a chamada progressão criminosa.

4.2 (Ir)relevância da natureza ou espécie da vantagem visada

Não desconhecemos, a despeito de nossa convicção, a velha divergência reinante sobre a necessidade de interpretar a elementar "qualquer vantagem" como *indevida vantagem econômica*. Nessa linha, Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 287) professava: "O Código fala em *qualquer* vantagem, não podendo o adjetivo referir-se à natureza desta, pois ainda aqui, evidentemente, ela há de ser, como no art. 158, *econômica*, sob pena de não haver razão para o delito ser classificado no presente título". Reforça esse entendimento Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 367), com o seguinte argumento: "A ação deve ser praticada para obter *qualquer vantagem* como preço ou condição do resgate. Embora haja aqui uma certa imprecisão da lei, é evidente que o benefício deve ser de ordem econômica ou patrimonial, pois de outra forma este seria um crime contra a liberdade individual".

Preferimos, contudo, adotar outra orientação, sempre comprometida com a segurança dogmática da tipicidade estrita, naquela linha que o próprio Magalhães Noronha gostava de repetir de que "a lei não contém patavras inúteis", mas também não admite — acrescentamos — a inclusão de outras, não contidas no texto legal. Coerente, jurídica e tecnicamente correto o velho magistério de Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Record, 1961, v. 5, p. 63), que pontificava: "A *vantagem* — exigida para restituição da liberdade ou como preço do

resgate, pode consistir em dinheiro ou qualquer outra utilidade, pouco importando a forma da exigência". Adotamos esse entendimento, pelos fundamentos que passamos a expor.

4.2.1 Abrangência da elementar normativa: qualquer vantagem

Com efeito, os tipos penais, desde a contribuição de Mayer, não raro trazem em seu bojo determinados *elementos normativos,* que encerram um *juízo de valor.* Convém destacar, no entanto, como tivemos oportunidade de afirmar, que "os elementos normativos do tipo *não se confundem com* os elementos jurídicos normativos da ilicitude. *Enquanto aqueles são elementos constitutivos do tipo penal, estes, embora integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos* sui generis *do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude. Esses* elementos especiais da ilicitude, *normalmente, são representados por expressões como 'indevidamente', 'injustamente', 'sem justa causa', 'sem licença da autoridade' etc."* (Bitencourt, *Tratado de Direito Penal;* Parte Geral, 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, v. 1, p. 383).

Curiosamente, no entanto, na descrição desse tipo penal *extorsão mediante sequestro* —, contrariamente ao que fez na constituição do crime anterior (extorsão), que seria, digamos, o tipo-matriz, do "crime extorsivo", o legislador brasileiro não inseriu na descrição típica a elementar normativa *indevida vantagem econômica.* Poderia tê-la incluído, não o fez, certamente não terá sido por esquecimento, uma vez que acabara de descrever tipo similar, com sua inclusão (art. 158). Preferiu, no entanto, adotar a locução "qualquer vantagem", sem adjetivá-la, provavelmente para não restringir seu alcance. Com efeito, a nosso juízo, a *natureza econômica da vantagem* é afastada pela elementar típica *qualquer vantagem*, que deixa clara sua abrangência. Quando a lei quer limitar a espécie de vantagem, usa o elemento normativo *indevida, injusta, sem justa causa,* como destacamos nos parágrafos anteriores. Assim, havendo *sequestro*, para obter *qualquer* vantagem, para si ou para outrem — não importando a natureza (econômica ou não) ou espécie (indevida ou não) —, como *condição* ou *preço* do resgate, estará caracterizado o crime de extorsão mediante sequestro. Por fim, são absolutamente equivocadas as afirmações de Fragoso (seria apenas um crime contra a liberdade individual) e Magalhães Noronha (sob pena de não haver razão para o delito ser classificado no presente título), *se a*

vantagem não for econômica (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 367, e *Direito Penal*, v. 2, p. 287, respectivamente).

4.2.2 Natureza pluriofensiva da extorsão mediante sequestro

Esquecem esses doutrinadores que a *extorsão mediante sequestro é* um crime pluriofensivo, e "qualquer vantagem" exigida pelo tipo é *alternativa*, como "condição" ou "preço" do resgate. Se *condição* e *preço* tivessem, nessa hipótese, o mesmo significado, a previsão dupla seria supérflua e inútil, circunstância essa rejeitada pelos estudiosos. Aliás, o próprio Magalhães Noronha encarregava-se de defini-los: "Temos que como *condição* de resgate a lei refere-se particularmente ao caso em que o fim do agente seja especialmente obter uma coisa, documento, ou ato, em troca da libertação do sequestrado. *Preço do resgate* dirá, em especial, da hipótese em que a vantagem se concretize em dinheiro". Essa definição, na verdade, não deixa de ser um tanto quanto contraditória com a posição assumida por Noronha. Assim, por exemplo, aluno que sequestra filho do professor antes da prova final, exigindo, como *condição* do resgate, sua aprovação, não apresenta outra adequação típica que aquela descrita no art. 159. É um grande equívoco afirmar que, nessa hipótese, estar-se-á diante do crime de sequestro descrito no art. 148 do CP, ignorando que tal infração penal não exige nenhuma motivação especial; esta, se existir, poderá tipificar outro crime.

Com efeito, ao examinarmos esse crime (sequestro), fizemos a seguinte consideração: "Não se exige nenhum *elemento subjetivo especial do injusto*, que, se houver, poderá configurar outro crime; se a privação da liberdade objetivar a obtenção de *vantagem ilícita*, caracterizará o crime de *extorsão mediante sequestro* (art. 159); se a *finalidade* for *libidinosa*, poderá configurar um crime contra os costumes (arts. 215 ou 219, conforme o caso) etc. Se, no entanto, a finalidade for atentar contra a segurança nacional, constituirá crime especial, tipificado no art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14-12-1983). Se for praticado por funcionário público, constituirá o crime de violência arbitrária (art. 322). Se o sequestro for meio para a prática de outro crime, será absorvido pelo delito-fim".

4.3 Vantagem devida: seria outra tipificação

Para uma parte da doutrina, seguindo a orientação de Hungria

(*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 72), se a vantagem for *devida*, haverá crime de sequestro (art. 148) em concurso com exercício arbitrário das próprias razões (art. 345). Ignora, contudo, que, quando a lei assim o deseja, refere-se expressamente a "vantagem indevida", como no caso da *extorsão* pura e simples. Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 287), o mais acerbo e qualificado crítico de Nélson Hungria, com acerto, afirmava: "Se confrontarmos o artigo em estudo com o precedente — '... obter... indevida vantagem econômica...' (art. 158) e '... obter... qualquer vantagem...' (art. 159) — parece-nos que a lei aqui admite seja ela indevida ou devida. Comparando-se, pois, os dois dispositivos e atentando-se a que a *lei não contém palavras inúteis*, conclui-se que ela, neste passo, refere-se à legitimidade ou ilegitimidade do proveito".

Por outro lado, Hungria equivoca-se duplamente quando afirma que a *vantagem* há de ser *indevida*, pois, se for *legítima*, existirá *exercício arbitrário das próprias razões* em concurso com *sequestro*, quais sejam, crimes com penas de quinze dias a um mês de detenção (art. 345) e um a três anos de reclusão. Curiosamente, o *crime-fim* seria menos grave que o *crime-meio*, invertendo a ordem natural das coisas; afora a circunstância de, como demonstramos anteriormente, o *sequestro* do art. 148 não exigir *especial fim de agir*. Ademais, o fato de visar satisfação de pretensão ilegítima, por si só, não é suficiente para afastar a tipicidade do exercício arbitrário das próprias razões, ou, em outros termos, a legitimidade da pretensão visada não é decisiva para tipificar esse crime.

Na verdade, a solução dessa *vexata quaestio* deve ser encontrada por meio do *conflito aparente de normas*, chegando-se, inevitavelmente, à conclusão de que, quem, mesmo para satisfazer *pretensão legítima*, sequestra alguém, exigindo, como *condição* do resgate, a execução daquela pretensão, pratica o crime de *extorsão mediante sequestro* (art. 159). A *ilegitimidade*, para concluir, como o próprio Hungria afirma, em outra passagem, "resulta de ser exigida como preço da cessação de um crime".

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral do tipo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de sequestrar alguém. Como em todos os crimes, na extorsão mediante sequestro a vontade e a consciência do agente devem abranger todos os elementos constitutivos do crime, sob pena de afastar-se a

adequação típica. O *elemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *fim especial* de obter *qualquer* vantagem, para si ou para outrem, como preço ou *condição* do resgate. *Essa finalidade especial é* o que distingue esse crime do de *sequestro.*

Aliás, esse elemento subjetivo pode surgir mesmo após o agente ter sequestrado a vítima; basta que passe a exigir determinada vantagem como condição ou preço da libertação da vítima ou refém. Assim, por exemplo, responde por esse crime o agente que, para chamar a atenção das autoridades para seu problema, "sequestra" um veículo coletivo, fazendo os passageiros de reféns e, posteriormente, durante a negociação com as autoridades, exige determinada condição ou pagamento para libertá-los.

6 Extorsão qualificada: "modus operandi"

A doutrina nacional, de modo geral, tem utilizado, equivocadamente, a terminologia "agravantes especiais" ao referir-se *às figuras qualificadas* da *extorsão mediante sequestro,* que vem desde Nélson Hungria e Bento de Faria, passando por Magalhães Noronha, Heleno Fragoso e Paulo José da Costa Jr., e sobrevive com Damásio de Jesus e Luiz Regis Prado.

Na verdade, embora alguns doutrinadores não façam distinção entre *majorantes* e *qualificadoras* ou, pelo menos, não lhe atribuam relevância, já destacamos em inúmeras oportunidades que não abrimos mão da *precisão terminológica.* Por isso, convém registrar que as circunstâncias enunciadas nos parágrafos do art. 159, ao contrário do que se tem afirmado, são autênticas qualificadoras. As qualificadoras constituem *verdadeiros tipos penais* — derivados, é verdade —, com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as *majorantes,* como simples *causas modificadoras da pena,* somente estabelecem sua variação, mantendo os mesmos limites, mínimo e máximo. Ademais, as *majorantes* funcionam como *modificadoras* somente na terceira fase do cálculo da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam novos limites, mais elevados, dentro dos quais será estabelecida a pena-base. Façamos, a seguir, uma análise individualizada destas.

6.1 Duração do sequestro: superior a vinte e quatro horas

Desnecessário frisar que a *privação da liberdade* é consequência material e direta dessa infração penal. Contudo, embora se saiba que as consequências do crime, como moduladoras da pena (art. 59), não se

confundem com a consequência natural tipificadora do crime praticado, não se pode ignorar que a privação da liberdade, em qualquer circunstância, será mais ou menos grave na proporção direta de sua duração. Logo, quanto mais longa, mais danosa, mais grave e mais destruidora de todos os atributos pessoais, éticos e morais que formam a personalidade humana. Nessa linha, um dia de prisão ou de cativeiro equivale a uma eternidade. Por isso, justifica-se que a duração do sequestro superior a vinte e quatro horas qualifique o crime, determinando sanção consideravelmente superior àquela cominada no *caput* do art. 159.

6.2 A idade da vítima: menor de dezoito anos ou maior de sessenta

A *idade da vítima inferior a dezoito anos*, por sua vez, é qualificadora que tem fundamento *políticocriminal* coerente com a mesma política que fundamenta a imputabilidade penal somente para maiores de dezoito anos. Na verdade, os menores de dezoito anos são pessoas em formação, que necessitam mais de orientação que de punição, na medida em que suas características pessoais estão em desenvolvimento e são extremamente sensíveis a influências externas. Por outro lado, desnecessário enfatizar que os filhos, especialmente os menores, são os bens mais valiosos de qualquer ser humano; nessas circunstâncias, o agente sabe que, sequestrando filhos menores, os pais, desesperados, ficam extremamente vulneráveis e dispostos a satisfazer qualquer exigência imposta. E exatamente nisso reside a maior desvalia quer da ação, quer do resultado.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) aproveitou para acrescentar ao rol das qualificadoras deste parágrafo a circunstância de a vítima ser *maior de sessenta anos* — na data do fato, acrescentamos nós. No entanto, não se pode negar que a simples *condição* de tratar-se de *vítima maior de sessenta anos de idade* ser fundamento para qualificar o crime fere os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, especialmente quando se tem, como cominação da figura qualificada, pena entre doze e vinte anos. Todavia, por opção do legislador, está aí essa nova figura que, em termos de política criminal, só nos faz lamentar o equívoco legislativo. Assim, agora mais do que nunca, é indispensável toda a cautela no exame da circunstância de o sujeito ativo ter *efetivo e comprovado conhecimento* de que a vítima tinha mais de sessenta anos na data do fato.

Inquestionavelmente, tanto a maior duração do sequestro (mais de 24

horas) e consequente privação da liberdade da vítima como sua menoridade (menos de 18 anos), e agora também "velhice", ampliam tanto o *desvalor da ação* quanto o *desvalor do resultado,* que justificam, na ótica do legislador, sua maior penalização (art. 159, § 1º).

6.3 Cometido por bando ou quadrilha

A prática de qualquer crime por *quadrilha ou bando* eleva a gravidade do injusto pelo acentuado desvalor da ação e do resultado, e, no caso de extorsão mediante sequestro, constitui qualificadora, recebendo sanção autônoma, de doze a vinte anos de reclusão. A definição de *quadrilha ou bando* é aquela dada pelo art. 288. Assim, é indispensável que haja a reunião de mais de três pessoas para praticar crimes. Se, no entanto, objetivarem praticar um único crime, ainda que sejam mais de três pessoas, não tipificará quadrilha ou bando, cuja elementar típica exige a *finalidade indeterminada.*

Na verdade, a estrutura central do núcleo desse crime reside na *consciência e vontade* de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha, com o fim especial — elemento subjetivo especial do injusto — e imprescindível de praticar *crimes.* Formação de quadrilha ou bando é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível, pelo menos para os iniciados, com o *concurso eventual de pessoas.* É indispensável que os componentes do bando ou quadrilha concertem previamente a específica prática de *crimes indeterminados,* como objetivo e fim do grupo. É injustificável a confusão que rotineiramente se tem feito entre *concurso eventual de pessoas* (art. 29) e *associação criminosa* (art. 288), Com efeito, não se pode confundir aquele — concurso de pessoas —, que é associação ocasional, eventual, temporária, para o cometimento de um ou mais *crimes determinados,* com esta — quadrilha ou bando —, que é uma *associação* para delinquir, configuradora do crime de quadrilha ou bando, que deve ser duradoura, permanente e estável, cuja finalidade é o cometimento indeterminado de *crimes.* A configuração típica do crime de quadrilha ou bando compõe-se dos seguintes elementos: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados (ainda que acabem não cometendo nenhum); c) estabilidade e permanência da associação criminosa (STF, HC 72.292-4, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU,* 14-11-1996, p. 44469). Em outros termos, a formação de

quadrilha ou bando exige, para sua configuração, união estável e permanente de criminosos voltada para a *prática indeterminada* de vários crimes.

Por tudo isso, a qualificadora de *bando ou quadrilha* somente se configura quando realmente de *quadrilha* se tratar, caso contrário estar-se-á diante de *concurso de pessoas* (art. 29), que não tipifica a figura qualificada em exame.

7 Extorsão mediante sequestro qualificada pelo resultado: lesão grave ou morte

O art. 159 dispõe: "§ 2º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — reclusão, de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos. § 3º Se resulta a morte: Pena — reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos". As duas hipóteses elencadas caracterizam condições de exasperação da punibilidade em decorrência da maior gravidade do resultado. A exemplo do que ocorre com os crimes de *roubo* e de *extorsão*, "se resulta lesão corporal grave" ou "se resulta morte", pune-se a título de *crime qualificado pelo resultado*, para alguns, *crimes preterdolosos.*

Normalmente, o resultado mais grave — lesão ou morte — é produto de *culpa*, que complementaria a conhecida figura do *crime preterdoloso* — dolo no antecedente e culpa no consequente, como a doutrina gosta de definir. Ter-se-ia, assim, o crime contra a liberdade (sequestro) executado, *dolosamente*, acrescido de um resultado mais grave, resultante de *culpa*, a lesão grave ou a morte da vítima. Essa, pelo menos, é a estrutura clássica do crime *preterdoloso.*

7.1 Se resulta lesão corporal de natureza grave

A regra, repetindo, é que, nesses crimes, o *resultado agravador* seja sempre produto de *culpa*. Contudo, na hipótese em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas uniu o entendimento doutrinário que passou a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, direto ou eventual.

A locução *lesão corporal de natureza grave* deve ser interpretada em sentido amplo, para abranger tanto as lesões graves (art. 129, § 1º) quanto lesões gravíssimas (art. 129, § 2º). Ademais, a lesão corporal grave tanto pode ser produzida na vítima do *sequestro* como na vítima da *extorsão* ou

em qualquer outra pessoa que venha a sofrer a violência. Sintetizando, é indiferente que o resultado mais grave seja voluntário ou involuntário, justificando-se a agravação da punibilidade, desde que esse resultado não seja produto de *caso fortuito* ou *força maior,* ou seja, decorra, pelo menos, de culpa.

7.2 Se resulta a morte

A *morte* da vítima é a qualificadora máxima desse crime. Exatamente como na lesão grave, a morte pode resultar em outra pessoa que não a sequestrada, podendo existir dois sujeitos passivos. Observando-se a sistemática do nosso Código Penal, constata-se que o art. 157, § 3º, pretendeu tipificar um *crime preterdoloso,* já que a locução utilizada "se resulta" indica, normalmente, resultado decorrente de *culpa*, e não meio de execução de crime. No entanto, como já referimos, a severidade das penas cominadas não se harmoniza com crime preterdoloso. Procurando minimizar a iniquidade congênita da estrutura tipológica em apreço, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de o resultado morte poder ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente.

Toda sanção agravada em razão de determinada consequência do fato somente pode ser aplicada ao agente se houver dado *causa,* pelo menos, culposamente. Com a extorsão mediante sequestro não é diferente, aplicando-se integralmente o consagrado princípio *nulla poena sine culpa;* rechaça-se, assim, completamente a *responsabilidade objetiva.* No entanto, não se pode silenciar diante de um *erro crasso* do legislador, que *equiparou dolo* e *culpa*, pelo menos quanto às consequências, nesse caso específico. Na verdade, o evento morte tanto pode decorrer de *dolo*, de *culpa* ou de *preterdolo,* e atribuir-lhe a mesma sanção com a gravidade que lhe é cominada (24 a 30 anos de reclusão) agride o bom-senso e fere a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, que, nos *crimes culposos*, releva o *desvalor do resultado,* destacando, fundamentalmente, o *desvalor da ação.*

7.3 Extorsão mediante sequestro como crime hediondo

A Lei n. 8.072/90 definiu a *extorsão mediante sequestro* como *crime hediondo,* excluído de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, com cumprimento de pena integralmente em regime fechado. Nesses casos, a prisão temporária é de trinta dias, e, em caso de condenação para apelar,

segundo a questionada Lei n. 8.072/90, a regra é invertida: somente recolhimento à prisão (art. 9º, §§ lº e 2º). No entanto, a Lei n. 11.464, de 27 de março de 2007, seguindo a orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.959), minimiza os equivocados excessos da Lei n. 8.072/90, alterando os parágrafos do seu art. 2º, e determina que o cumprimento da pena inicie em regime fechado, ou seja, consagra o *sistema progressivo de regimes* de pena, além de obrigar a fundamentação sobre a necessidade de prisão.

8 Delação premiada: favor legal antiético

Delação premiada consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que *delatar* seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença final condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece. Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), em seu art. 7º, introduziu um parágrafo (§ 4º) no art. 159 do Código Penal, cuja redação estabelecia uma minorante (causa de diminuição de pena) em favor do coautor ou partícipe do crime de extorsão mediante sequestro praticado por quadrilha ou bando que denunciasse o crime à autoridade, facilitando, assim, a libertação do sequestrado. Dessa forma, *premiava-se* o participante *delator* que *traísse* seu comparsa com a redução de um a dois terços da pena aplicada. Por essa redação, para que fosse reconhecida a configuração da cognominada "delação premiada", era indispensável que a *extorsão mediante sequestro* tivesse sido cometida por *quadrilha ou bando* e que qualquer de seus integrantes, denunciando o fato à autoridade, possibilitasse a libertação da vítima. Posteriormente, a Lei n. 9.269/96 ampliou as possibilidades da "traição premiada" ao conferir ao § 4º a seguinte redação: "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".

8.1 A condenável proliferação da denominada "delação premiada"

A partir dessa nova redação, tornou-se desnecessário que o crime de extorsão tenha sido praticado por quadrilha ou bando (que exige a participação de, pelo menos, quatro pessoas), sendo suficiente que haja *concurso de pessoas*, ou seja, é suficiente que dois participantes, pelo menos, tenham concorrido para o crime, e um deles tenha delatado o fato criminoso à autoridade, possibilitando a libertação do sequestrado. Enfim, com essa retificação legislativa de 1996 iniciou-se a proliferação da "traição bonificada", defendida pelas autoridades como grande instrumento de combate à criminalidade organizada, ainda que, contrariando esse discurso, o último diploma legal referido tenha afastado exatamente a necessidade de qualquer envolvimento de possível organização criminosa.

Com efeito, a eufemisticamente denominada *delação premiada*, que foi inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90, art. 8º, parágrafo único), proliferou em nossa legislação esparsa, atingindo níveis de vulgaridade; assim, passou a integrar as leis de *crimes contra o sistema financeiro* (art. 25, § 2º, da Lei n. 7.492/86), *crimes contra o sistema tributário* (art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90), *crimes praticados por organização criminosa* (art. 6º da Lei n. 9.034/95), *crimes de lavagem de dinheiro* (art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98) e a *Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas* (art. 13 da Lei n. 9.807/99). O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita "criminalidade organizada", que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma "organização" ou "sofisticação" operacional da delinquência massificada. Na verdade, virou moda falar crime organizado, organização criminosa e outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder, nos últimos quinze anos, pelo menos. Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado? Quem sabe o Poder Público, num exemplo de funcionalidade, comece combatendo o crime desorganizado, já que capitulou ante o que resolveu tachar de crime organizado; pelo menos combateria a criminalidade de massa, devolvendo a segurança à coletividade brasileira, que tem dificuldade até mesmo de transitar pelas ruas das capitais. Está-se tornando intolerável a inoperância do Estado no combate à criminalidade, seja ela massificada, organizada ou desorganizada, conforme nos têm demonstrado as alarmantes estatísticas

diariamente.

8.2 Premiação do traidor-delator: Estado imoral estimula a falta de ética e a imoralidade

Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de *premiar* o *traidor* — atenuando a sua responsabilidade criminal — desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o "traidor", oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade.

Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, "dedure" seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator. *Venia concessa*, será legítimo o Estado lançar mão de meios antiéticos e imorais, como estimular a deslealdade e traição entre parceiros, apostando em comportamentos dessa natureza para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Certamente não é nada edificante estimular seus súditos a mentir, trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, seja de que natureza for.

No entanto, a despeito de todo esse questionamento ético que atormenta qualquer cidadão de bem, a verdade é que a *delação premiada* é um instituto adotado em nosso direito positivo. Falando em peculiaridades diversas, lembramos que nos Estados Unidos o acusado — como uma testemunha — presta compromisso de dizer a verdade e, não o fazendo, comete crime de *perjúrio*, algo inocorrente no sistema brasileiro, em que o acusado tem o direito de mentir, sem que isso lhe acarrete qualquer

prejuízo, conforme lhe assegura a Constituição Federal. Essa circunstância, por si só, desvirtua completamente o instituto da delação premiada, pois, descompromissado com a verdade, e isento de qualquer prejuízo ao sacrificá-la, o beneficiário da delação dirá qualquer coisa que interesse às autoridades na tentativa de beneficiar-se. Essa circunstância retira eventual idoneidade que sua delação possa ter, se é que alguma delação pode ser considerada idônea.

8.3 "Modus operandi" da delação premiada: omissão legislativa imperdoável

Por outro lado, a legislação brasileira é omissa em disciplinar o *modus operandi* a ser observado na celebração desse "acordo processual". Na realidade, a *praxis* tem desrecomendado não apenas o instituto da delação como também as próprias autoridades que a têm utilizado, bastando recordar, apenas para ilustrar, a hipótese do doleiro da CPI dos Correios e do ex-assessor do atual Ministro Palocci, que foram interpelados e compromissados a *delatar,* na calada da noite e/ou no interior das prisões, enfim, nas circunstâncias mais inóspitas possíveis, sem lhes assegurar a presença e orientação de um advogado, sem contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

A delação premiada constante do § 4º do art. 159 é causa de *obrigatória* redução de pena, desde que o crime tenha sido cometido em concurso de pessoas e a contribuição do delator seja eficaz, isto é, leve a efetiva libertação da vítima sequestrada. O texto legal é taxativo ao dizer que o denunciante "terá sua pena reduzida" de um a dois terços. A delação, no entanto, que deve ser endereçada à autoridade (Delegado de Polícia, Ministério Público ou Juiz de Direito), está vinculada à efetiva libertação da vítima, ou seja, é indispensável a relação de causa e efeito: a libertação da vítima deve, necessariamente, decorrer da contribuição efetiva do delator. A simples vontade, ainda que acompanhada da ação efetiva do delator, é insuficiente para justificar a redução de pena. Em outros termos, é indispensável que a contribuição do delator, com sua conduta de alcaguete, seja eficaz no contexto em que se desenvolve o processo libertatório do ofendido. Como destaca Alberto Silva Franco (*Crimes hediondos,* 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 251), "a conduta do delator deve ser relevante do ponto de vista objetivo e voluntária, sob o enfoque subjetivo. Isso significa, de um lado, que cabe ao delator o fornecimento de

dados concretos que, causal e finalisticamente, conduzam à libertação do sequestrado".

A *delação premiada*, a despeito da ausência de previsão legal, deve ser *voluntária*, isto é, produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator — vingança, arrependimento, inveja ou ódio — é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada, segundo a ótica de uma sociedade imoral.

8.4 A definição do quanto a reduzir: necessidade de critérios objetivos

A definição do *quantum* a reduzir deve vincular-se a critério objetivo que permita justificar a maior ou menor redução de pena dentro dos limites estabelecidos de um a dois terços. Um dos critérios sugeridos, segundo Silva Franco (*Crimes hediondos*, p. 253), é o maior ou menor tempo levado para a liberação do sequestrado. Mas esse pode ser apenas um dos critérios a serem considerados, havendo outros mais relevantes, como, por exemplo, a maior ou menor facilidade encontrada pela autoridade para libertar a vítima e, especialmente, a maior ou menor contribuição do delator para a libertação daquela. Em síntese, a redução da pena aplicada será tanto maior quanto mais relevante for a contribuição da delação para a libertação do sequestrado: maior contribuição equivale a maior redução; menor contribuição significará menor redução, mantendo-se uma autêntica proporcionalidade nessa relação de causa e efeito.

Não afastamos, por fim, a aplicação cumulativa da minorante constante do § 4º, ora em exame, com a do parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/90, porque as duas previsões legais visam objetivos distintos: na primeira hipótese, a finalidade é a libertação do sequestrado; na segunda, o objetivo é o desmantelamento da quadrilha ou bando. Por isso, se com a mesma delação o delator propiciar que se desbarate uma quadrilha e, ao

mesmo tempo, possibilite libertar a vítima, fará jus, certamente, à incidência das duas minorantes.

9 Crime hediondo

Tanto a figura simples quanto as qualificadas são consideradas crimes hediondos. Sobre crimes hediondos, *vide* nota ao § 3º do art. 157, pois tudo que lá dissemos tem aplicação aqui. A pena será majorada de metade se a vítima: a) não for maior de quatorze anos; b) for alienada ou débil mental (se o agente souber disso); c) não puder, por qualquer causa, oferecer resistência.

10 Consumação e tentativa

Consuma-se esta infração penal com o sequestro da vítima, isto é, com a privação de sua liberdade; consuma-se no exato momento em que a vítima é *sequestrada*, isto é, quando tem sua liberdade de ir e vir suprimida, mesmo antes do pedido de resgate. A consumação no crime de extorsão mediante sequestro não exige que a vantagem econômica seja alcançada. Basta que a pessoa seja privada de sua liberdade e que a intenção de conseguir vantagem econômica indevida seja externada. Assim, irrelevante o fato de a vítima ser posta em liberdade ante o insucesso da exigência. Trata-se de crime *permanente*, e sua consumação se opera no local em que ocorre o sequestro, com o objetivo de obter o resgate, e não no da entrega deste. Eventual recebimento do resgate constituirá apenas *exaurimento* do crime, que apenas influirá na dosagem final da pena.

A maior dificuldade no tratamento desses crimes reside na definição da *tentativa*, que tem sido objeto de imensa controvérsia e complexidade, grande parte em decorrência da deficiente técnica legislativa, que tem dificultado as soluções estritamente jurídicas. É admissível, em princípio, a tentativa, desde que o agente inicie a ação de sequestrar a vítima, embora, *in concreto*, às vezes seja de duvidosa configuração. Não se pode, no entanto, falar em tentativa de extorsão mediante sequestro se o agente, embora não obtendo a vantagem pretendida, praticou todos os atos para a consumação do crime.

11 Pena e ação penal

As penas aplicáveis são as seguintes: a) *caput:* reclusão, de oito a quinze anos; b) § 1º*:* reclusão, de doze a vinte anos; c) § 2º: reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos; d) § 3º: reclusão, de vinte e quatro a trinta anos. A *minorante* da delação permite a redução de um a dois terços da pena aplicada (§ 7º da Lei n. 8.072/90). Referida lei suprimiu a pena de multa, que era cumulativa. A *ação penal,* não poderia ser diferente, é pública incondicionada. A autoridade policial deve agir *ex officio.*

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Absorção da extorsão mediante sequestro pelo roubo – Impossibilidade – Desígnios autônomos. O crime de extorsão mediante sequestro pode ser praticado em concomitância com o roubo, desde que a privação da liberdade das vítimas não tenha por fim único a facilitação da execução deste último delito" (STJ, HC 72.093/DF, Rel. Jane Silva, j. 18-10-2007).

"O tipo penal previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal exige, para a sua consumação, apenas que o agente proceda ao sequestro de pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, por período superior a 24 (vinte e quatro) horas" (STJ, HC 54.174/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-9-2006).

"Delação premiada. Inocorrência. Para a aplicação da *benesse* prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal, deve-se preencher os requisitos nela constantes (Precedente)" (STJ, HC 50.319/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-6-2006).

"Art. 159, § 1º, do Código Penal. Dosimetria da pena. Sendo de 12 a 20 anos de reclusão a pena cominada ao delito de extorsão mediante sequestro, na forma qualificada, e diante da existência de circunstância judicial desfavorável e de agravante legal, revela-se razoável a pena aplicada no acórdão atacado, de 15 anos de reclusão" (STJ, HC 43.953/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 7-3-2006).

"A liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa — recebimento do dinheiro —, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se mostra como uma conduta própria a autorizar a *benesse* legal inserta no artigo 159, § 4º, do Código Penal. 'A regra do § 4º do art. 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei n. 8.072/90, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do sequestrado' (STF, HC 69.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 5-6-1992)" (STJ, REsp 223.364/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 30-6-2005).

"A libertação da vítima de sequestro por corréu, antes do recebimento do resgate, é causa de diminuição de pena, conforme previsto no art. 159, § 4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.269/96, que trata da delação premiada. Mesmo que o delito tenha sido praticado antes da edição da Lei n. 9.269/96, aplica-se o referido dispositivo legal, por se tratar de norma de direito penal mais benéfica" (STJ, HC 40.633/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 1º-9-2005).

"Inexiste, na espécie, a possibilidade de desclassificação do crime de extorsão mediante sequestro para os previstos nos arts. 146 ou 345 do Código Penal, uma vez que, compulsando o acórdão prolatado, resta evidenciada a existência do seu elemento objetivo, bem como do seu elemento subjetivo, consubstanciado na vontade consciente e livre do ora Paciente e de seus comparsas, em privarem as vítimas de suas liberdades, e

assim permanecerem, até a obtenção da vantagem pretendida (entrega dos dólares)" (STJ, HC 29.476/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4-11-2004).

Extorsão indireta

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 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— V. art. 71 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

— V. art. 2º, III, da Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Sobre a extorsão indireta, a *Exposição de Motivos* do Código Penal de 1940, da lavra do Ministro Francisco Campos, faz a seguinte afirmação: "Destina-se o novo dispositivo a coibir os torpes e opressivos expedientes a que recorrem, por vezes, os agentes da usura, para garantir-se contra o risco do dinheiro mutuado. São bem conhecidos esses recursos, como, por exemplo, o de induzir o necessitado cliente a assinar um contrato simulado de depósito ou a forjar no título de dívida a firma de algum parente abastado, de modo que, não resgatada a dívida no vencimento, ficará o mutuário sob a pressão da ameaça de um processo por apropriação indébita ou falsidade" (item n. 57).

Esse crime pode ser praticado, normalmente, por agiotas, embora para sua configuração não seja indispensável a existência de *usura*. É suficiente, em princípio, que o sujeito ativo procure garantir-se, exigindo do devedor documento que possa dar causa a processo criminal contra si ou contra terceiro. A lei procura, com efeito, impedir que credores inescrupulosos (não necessariamente agiotas ou usurários) aproveitem-se do desespero de eventuais devedores para extorquir-lhes compromissos documentais idôneos para, havendo inadimplemento, instaurar procedimento criminal contra o devedor ou terceira pessoa.

2 Bem jurídico tutelado

A *extorsão indireta* é mais um daqueles crimes pluriofensivos, na medida em que os *bens jurídicos* protegidos neste dispositivo são o *patrimônio* e a *liberdade individual* do sujeito passivo: aquele, diretamente; esta, secundariamente. A natureza do documento exigido pelo sujeito ativo representa, inegavelmente, risco potencial à liberdade do sujeito passivo. Na verdade, poder-se-ia considerar esses dois bens jurídicos, vistos isoladamente — patrimônio e liberdade —, sob uma outra ótica, digamos, mais específica, definindo com precisão o verdadeiro bem jurídico protegido pelo dispositivo em exame, qual seja, a *regularidade das relações entre credor e devedor.* Assim, o bem jurídico *stricto sensu* é a normalidade e moralidade das relações entre devedor e credor.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, mesmo não sendo *agiota*, a despeito do conteúdo da *Exposição de Motivos*, que se referiu especificamente aos "agentes da usura". Não se trata, por evidente, de crime próprio, podendo ser praticado por qualquer pessoa que, para garantir um crédito, mesmo não *usurário*, abuse da situação de outrem, exija documento que possa resultar em procedimento criminal. Enfim, embora possa ser preferentemente praticada por agiotas, a extorsão indireta não lhes é exclusiva, isto é, não se trata de uma espécie de usura.

Sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, geralmente o *devedor,* na medida em que, inegavelmente, é necessária a existência de uma relação de débito e crédito (garantia de dívida). Ademais, a exemplo das outras formas de extorsão, é possível a existência de pluralidade de vítimas: a ação pode ser realizada contra o devedor, mas o documento exigido ou entregue pode incriminar terceiro. A lei protege, em outros termos, toda e qualquer pessoa contra todo e qualquer credor, independentemente da existência de juros, legais ou ilegais.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A configuração desse tipo penal pressupõe a existência dos seguintes requisitos: a) exigência ou recebimento de documento que possa dar causa a processo penal contra a vítima ou terceiro; b) existência de relação

creditícia; c) abuso da situação de necessidade do sujeito passivo. A ação tipificada consiste em *exigir* ou *receber* documento que possa dar *causa* a procedimento criminal, contra a vítima ou contra terceiro. O texto legal equipara *exigência* a *recebimento,* tipificando *crime de conteúdo variado,* ou, como preferem alguns, *de ação múltipla.* Na primeira hipótese há a imposição de uma situação ou *conditio sine qua non;* na segunda, há a aceitação de uma proposição de iniciativa do próprio devedor, que entrega o documento comprometedor; naquela, há uma atividade positiva, uma imposição do credor; nesta, o sujeito ativo do crime aquiesce em receber o documento que o próprio devedor toma a iniciativa de entregar-lhe.

4.1 O fundamento ou a razão de ser da dívida inteiramente irrelevante

É irrelevante que se trate de dívida existente ou se refira a dívida futura. Qualquer das ações tipificadas deve ser realizada para obter *garantia de dívida, abusando da situação de alguém.* Como afirmava Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal,* v. 1, p. 372), "este crime ocorre quando o devedor não tem garantias para oferecer ao credor, funcionando o documento recebido ou exigido como segurança do pagamento. O fundamento ou a razão de ser da dívida é inteiramente irrelevante".

4.2 A existência da dívida ou sua legitimidade não exclui o crime

A existência da dívida ou sua legitimidade não exclui o crime, pois sua ilicitude reside na natureza criminalmente comprometedora do documento exigido, concomitante com a situação difícil em que a vítima se encontra. Em outros termos, ilícito não é o crédito, mas a garantia exigida. Por isso, para a configuração do crime definido no art. 160 do Código Penal é indispensável que, além da exigência ou recebimento de documento que possa dar lugar a procedimento criminal contra a vítima ou terceira pessoa, haja *abuso da situação* ou condição necessitada de alguém. Não se trata da simples condição de devedor, mas sim de sua situação de penúria, decorrente de suas dificuldades prementes, que deixam a vítima vulnerável. Nesse sentido, merece destaque a consideração que fazia Magalhães Noronha (*Direito Penal,* v. 2, p. 293), *in verbis*: "Denominou o Código esta figura criminal *extorsão indireta,* e dentre os característicos que a distinguem cumpre apontar primeiramente o estado angustioso, de necessidade da vítima que, por ele coagida, resigna-se à entrega da garantia

ilegal". O agente não precisa ter concorrido para o estado aflitivo da vítima, sendo suficiente que se aproveite dessa situação.

4.3 Documento confessando a prática de crime existente ou não

O *documento,* público ou particular, deve ser entendido em sentido estrito; tem de ter *conteúdo criminalmente comprometedor,* capaz de dar margem a procedimento criminal. Esse tipo penal tem o sentido de proteger o indivíduo contra a *chantagem.* O documento pode encerrar a confissão de um crime efetivamente praticado, pode ser a delação de alguém de sua família etc. Não é necessário que o documento se refira à prática de crime inexistente, cuja autoria a vítima atribua a si ou a terceiro. O crime existirá mesmo quando, em garantia de dívida, a vítima é obrigada a firmar documento confessando a autoria de crime que efetivamente executou.

De posse do "documento", o credor, isto é, o sujeito ativo do crime de extorsão indireta, está em condições de provocar a instauração ou o início de um procedimento criminal, independentemente de o devedor, isto é, a vítima, poder demonstrar a inautenticidade do documento, a coação ocorrida, a simulação que o documento representa, enfim, sua inocência.

4.4 Recebimento de cheque sem fundos não caracteriza extorsão indireta

O recebimento puro e simples de cheque sem fundos como garantia de dívida não é suficiente para caracterizar o crime de *extorsão indireta,* especialmente a partir do momento em que se pacificou o entendimento de que cheque dado em garantia de dívida não constitui *ordem de pagamento* e, por extensão, não constitui aquela modalidade de estelionato (art. 171, § 2º, VI, do CP). Todavia, se essa *garantia* do cheque sem fundos resultar de exigência abusiva do credor, que se prevalece de uma situação aflitiva de seu devedor, em estado de insolvência, poder-se-á estar diante da figura típica descrita no art. 160 do CP. Esse entendimento baseia-se na própria descrição típica, que se refere a "procedimento criminal". Este, ao contrário de processo criminal, abrange também as investigações preliminares, muitas vezes necessárias para se descobrir a natureza do cheque emitido; pode-se afirmar, em outros termos, que, a despeito do atual entendimento a respeito do cheque dado em garantia, ele é potencialmente idôneo para dar causa a procedimento criminal, não sendo recomendável, assim, deixar o devedor juridicamente desprotegido.

Nesse sentido, estamos de acordo com o magistério de Magalhães Noronha, que sustentava: “Basta, então, potencialidade; é suficiente ser apto a esse fim. Não se exige, é bem de ver, que o procedimento seja iniciado, pois o fim do agente é conservá-lo como um mal iminente sobre o devedor, no caso de não ser solvido o débito. É, assim, condição indispensável, que ele possa fundamentar o processo-crime. Mesmo no caso de ser justo o procedimento criminal, contra a vítima, se o agente retém o documento que dará origem ao processo, para garantir a dívida, somos de parecer que não se excluirá o delito. O processo, em relação ao agente, é injusto, porque injusto o fim que o move”. O simples pedido feito a policiais para que cobrem uma dívida, por si só, não configura crime algum. A *ameaça* de processar, feita por advogado, caso a outra parte não cumpra obrigação assumida não constitui extorsão indireta, aliás não constitui crime algum. Por fim, não nos parece que a conduta tipificada tenha a gravidade que o Código lhe empresta, mostrando-se, na prática, de difícil ocorrência.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O dolo é representado pela vontade consciente de exigir ou receber documento como garantia de dívida, abusando da situação de alguém. O agente deve ter *consciência* da necessidade ou aflição da vítima (situação) e de que o documento pode dar causa a procedimento criminal. É irrelevante a natureza da dívida, se legítima ou ilegítima, sendo suficiente que o sujeito ativo exija o documento referido no tipo penal para garanti-la.

É necessário, igualmente, o *elemento subjetivo especial* do tipo, constituído pelo *especial fim de agir,* no caso, garantir, abusivamente, dívida existente ou futura, da qual o sujeito ativo é credor.

6 Consumação e tentativa

Na modalidade de *exigir,* crime *formal,* consuma-se a extorsão indireta com a simples exigência, sendo impossível, teoricamente, a interrupção do *iter criminis;* nessa modalidade, consuma-se a extorsão ainda que não ocorra a *traditio* do documento exigido pelo sujeito ativo. Trata-se de crime de dano, que é inerente à apropriação, acarretadora, por si só, de diminuição do patrimônio do ofendido. Na forma de *receber,* crime *material,* consuma-se com o efetivo recebimento, que, eventualmente, pode ser interrompido, isto é, impedido por causa estranha à vontade do agente, sendo possível,

nesse caso, a tentativa. É admissível a tentativa.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são a reclusão, de um a três anos, e multa, muito inferiores àquelas cominadas em qualquer das outras modalidades de extorsão. Como nessa infração penal o *modus operandi* não inclui a violência ou grave ameaça, o desvalor da ação é consideravelmente menor, justificando-se, no caso, sua menor punibilidade. A ausência de violência ou grave ameaça torna possível, em princípio, a aplicação de pena substitutiva, desde que os demais requisitos objetivos e subjetivos estejam presentes. A natureza da ação penal, a exemplo das demais modalidades de extorsão, é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Extorsão indireta. Não faz jus à pena restritiva de direito o condenado por crime que tenha a integrá-lo a violência ou a grave ameaça. É de se conceder, no entanto, o benefício do *sursis*, quando o acórdão, embora adotando a pena-base mínima estabelecida na sentença, somente cabível ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais ao réu, e fixando regime que pressupõe autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (Código Penal, artigo 36), qual seja, o aberto, como inicial do cumprimento de pena que reduziu a *quantum* inferior a 2 anos, denega a suspensão condicional da execução da pena prisional, ao argumento simples da ausência de seus pressupostos subjetivos, fundando, nessa evidente contradição, o constrangimento ilegal que grava o *decisum* colegiado, e se mostra evidente na sua própria letra, de modo a ensejar que seja sanado em sede de *habeas corpus*" (STJ, HC 24.628/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15-4-2003).

"Para a configuração do delito de extorsão indireta, é necessário que o documento exigido ou recebido pelo credor se preste a instauração de procedimento criminal viável contra o devedor, o que não ocorre com o cheque pré-datado, dado em garantia de dívida, porquanto a sua emissão, em tais condições, não constitui crime" (STJ, REsp 1.094/RJ, Rel. Min. Costa Leite, j. 12-12-1989).

Capítulo III - Da Usurpação

— V. art. 2º da Lei n. 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica — combustíveis).

Alteração de limites

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em

parte, de coisa imóvel alheia:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

— V. art. 2º da Lei n. 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica — combustíveis).

§ 1º Na mesma pena incorre quem:

Usurpação de águas

I — desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;

Esbulho possessório

II — invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

— V. arts. 1.210, 1.212 e 1.213 do CC.

§ 2º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

— V. art. 100, § 2º, do CP.

— V. arts. 29 a 38 do CPP.

D O U T R I N A

Alteração de limites

1 Considerações introdutórias

O Código Penal de 1940, cuja Parte Especial permanece em vigor, a despeito da proteção civil, estendeu também sua proteção ao bem imóvel, pelo menos em algumas hipóteses restritas. Sob a denominação genérica de *usurpação,* o Código Penal criminaliza neste art. 161 três figuras similares de infrações contra a propriedade imóvel, quais sejam: a) alteração de limites; b) usurpação de águas; c) esbulho possessório. O Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal de 1890 também disciplinaram essa matéria, embora ainda não tivessem sua fisionomia individual bem

definida. Esse tipo penal, na verdade, além de proteger a *alteração de limites* de propriedade imóvel, criminaliza também a "usurpação de águas" e o "esbulho possessório".

2 Bem jurídico tutelado

Neste dispositivo não se cuida da coisa *móvel*, mas da *imóvel*. Os bens jurídicos protegidos são a *posse* e a *propriedade imobiliária*. Nélson Hungria, a nosso juízo equivocadamente, adotava entendimento restritivo, isto é, afastava a *posse* como objeto da proteção penal. Nesse sentido, afirmava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 89): "O que a lei protege com a incriminação da alteração de limites (como em todas as outras formas de usurpação) é a *propriedade*, e não a *posse*. Esta é protegida como um meio de proteção à propriedade (porque faz presumir o domínio por parte de quem a exerce)". Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 298), assumindo posição radicalmente contrária à de Hungria, não apenas admitia a proteção da *posse* como sustentava que esta era a prioridade imediata da proteção penal, e apenas por extensão a propriedade também resulta protegida. A precisão do magistério de Noronha merece ser transcrita, *in verbis*: "O objeto específico da tutela do dispositivo é a posse da coisa imóvel; é ela a objetividade imediata que se tem em vista. Protegendo-a, protege também a lei a propriedade, pois a posse é a propriedade exteriorizada, atualizada. Mas, como no furto, tem preeminência no plano da proteção legal a posse, ainda que entre em conflito com a propriedade. Se no Direito Civil o possuidor pode intentar ação possessória contra o proprietário, razão maior existe para o Direito Penal proteger aquele, quando o ato do segundo apresenta caráter mais grave, invadindo a órbita do ilícito penal".

Constata-se que a argumentação de Magalhães Noronha é irrefutável e, por isso mesmo, está mais próxima do entendimento majoritário da doutrina mais recente, com a ressalva, apenas, de que prioritariamente é protegida a propriedade imóvel, a posse que a ela corresponde, isto é, na ordem inversa da orientação sustentada por Magalhães Noronha. Protege-se, com efeito, a *inviolabilidade do patrimônio imobiliário*, que, a despeito de não poder ser objeto de subtração, como no furto e no roubo, pode ser, indevidamente, invadido, ocupado ou deteriorado, restringindo ou anulando o livre uso e gozo do proprietário ou possuidor, além do livre exercício de sua posse

tranquila.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeitos ativo e *passivo* são os proprietários e possuidores de imóveis; logicamente, *ativo* quando pratica a ação alteradora de limites imobiliários, e *passivo* quando sofre seus efeitos. Carrara, Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 88) e Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 377) só admitiam o proprietário do imóvel limítrofe, isto é, o proprietário lindeiro, como *sujeito ativo*, na medida em que somente este podia *acrescer* ao seu a diferença alterada. Mas, a nosso juízo, *o possuidor* também pode ser *sujeito ativo* (a aquisição via usucapião é uma realidade), pois pode alterar marcos e tapumes objetivando ampliar sua posse, invadindo, assim, o imóvel vizinho.

A despeito da existência de entendimento em sentido contrário, em princípio estamos diante de *crime próprio*, pois somente o vizinho do imóvel lindeiro, proprietário ou possuidor, pode praticá-lo; e essa característica é, inegavelmente, uma *condição especial* exigida pelo tipo penal, pois somente estes podem beneficiar-se com a alteração dos limites divisórios entre imóveis limítrofes. Opondo-se a entendimento, que admitia a possibilidade de futuro proprietário do imóvel lindeiro poder praticar o crime de alteração de limites, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 89) refutou-o com o seguinte argumento: “A possibilidade de usurpação subordinada à futura aquisição do imóvel vizinho é uma possibilidade *condicionada*, incompatível com o crime de alteração de limites. Quando a lei se refere ao fim de apropriação, evidentemente está a exigir que a ele corresponda a possibilidade de uma apropriação imediata, e não sujeita a condição futura, pois, de outro modo, estaria considerando como realidade atual um simples e mesmo incerto projeto”.

Paulo José da Costa Jr., no entanto, sustenta que, além do proprietário lindeiro, o arrendatário, o possuidor e até mesmo um futuro comprador pode ser sujeito ativo desse crime. Nesse sentido, completa Paulo José (*Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 491): “O proprietário, para ampliar sua propriedade. O arrendatário, para usufruir de uma porção superior à arrendada. O possuidor porque, ao requerer o usucapião, o fará com vistas a uma propriedade maior. E o futuro comprador porque, pelo mesmo preço, mediante um deslocamento dos

limites primitivos, obterá uma área maior". Temos dificuldades, no entanto, em admitir essa abrangência da legitimidade ativa sustentada por Costa Jr. Na verdade, o acerto em relação ao *proprietário* e ao *possuidor* não se estende ao *arrendatário,* e a própria justificativa desnuda essa impossibilidade: com efeito, em relação a este Costa Jr. justifica afirmando que o arrendatário praticá-lo-ia "para usufruir de uma porção superior à arrendada". No entanto, "usufruir de porção maior" não pode, em hipótese alguma, ser interpretado como "apropriar-se". E essa distinção no *fim especial* exigido pelo tipo penal, absolutamente inexistente, no móvel da ação do arrendatário, impede que este possa ser sujeito ativo desse crime. Contudo, em relação ao futuro comprador, excepcionalmente, admitimos a possibilidade de figurar sujeito ativo.

3.1 A (im)possibilidade de o condômino ser sujeito ativo

Questão interessante é sobre a possibilidade de o condômino ser sujeito ativo do crime de alteração de limites. Na verdade, na copropriedade ou condomínio *pro indiviso,* onde há composse sobre todo o imóvel, marcada pela indivisão de fato e de direito, à evidência, é impossível o crime de *alteração de limites*, pela absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do CP). No entanto, desde que se trate de condomínio *pro diviso,* acreditamos que não há nenhuma dificuldade, na medida em que a "divisão" é provisória e sujeita a posterior divisão judicial. Com efeito, neste, os condôminos delimitam suas partes, tácita ou expressamente, a "possuir" na coisa comum parte certa e determinada. Há, na realidade, comunhão *sine compossessione*, uma vez que cada coproprietário tem posse sobre parte certa do imóvel, tendo direito, inclusive, aos interditos proprietários, quer contra estranhos, quer contra os outros condôminos (arts. 1.199 e 1314 do CC). Assim, o coproprietário que remover sinais divisórios no condomínio *pro diviso*, com o fim de apropriar-se de parte sobre a qual outro condômino exerce sua posse, pratica esse crime.

Por fim, quanto ao sujeito passivo somente podem ser, igualmente, o *proprietário* e o *possuidor,* não havendo, nesse particular, qualquer divergência doutrinária.

4 Tipo objetivo: adequação típica

São elementos integrantes do crime de alteração de limites: a) existência

de tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória; b) sua supressão ou deslocamento; c) fim de apropriar-se de coisa alheia imóvel. Os objetos das ações incriminadas são tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória.

As ações tipificadas são *suprimir* e *deslocar* tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo da linha divisória de propriedade imóvel. *Suprimir* significa eliminar, destruir, fazer desaparecer. A consequência da ação de "suprimir" deve ser *apagar, fazer desaparecer* por completo a demarcação da linha divisória, inviabilizando que se possa constatar onde esta se localizava. Por isso, não caracteriza *supressão* o simples ato de arrancar tapumes ou marcos de uma cerca, sem tapar os respectivos buracos existentes no solo, que são denunciadores da linha divisória. Ação como essa poderá, no máximo, caracterizar o crime de dano, ou mesmo de furto, na hipótese de haver subtração do material extraído. *Deslocar,* por sua vez, tem o significado de afastar, remover, isto é, mudar de um lugar para outro *sinal divisório* (marco, tapume etc.) de propriedade imobiliária. Nesse caso, não desaparecem como no caso da supressão, mas são deslocados para outros pontos, outros lugares, induzindo à conclusão de que a linha divisória é outra que não a real. É irrelevante, para a configuração do crime, que os sinais possam ser, com facilidade, recolocados nos mesmos lugares ou substituídos por outros nas mesmas condições. A conduta já se aperfeiçoou, e o crime já se consumou. Em outros termos, a "supressão" apaga completamente a linha divisória, enquanto o "deslocamento" remove os sinais para outro ponto, indicando a linha divisória incorretamente. A simples colocação de *novos marcos,* sem a supressão dos anteriores, em princípio, não tipifica o crime.

A diferença, juridicamente considerável, não reside na espécie de *marco* ou *tapume*, mas na modalidade de ação, isto é, na *supressão* ou no *deslocamento* do sinal divisório, seja de que natureza for: naquela o sinal desaparece, em definitivo; neste, é simplesmente removido; em qualquer dessas modalidades, tipifica-se o crime de *alteração de limites,* e, ainda que o sujeito pratique as duas ações, isto é, primeiro desloque e depois suprima os sinais, o crime será único, pois se trata de infração de conteúdo variado.

4.1 Formas ou aspectos dos diferentes sinais divisórios

Os sinais divisórios, enfim, podem assumir as seguintes formas: a) *tapumes* são cercas, muros ou quaisquer meios físicos utilizados para

separar ou cercar imóveis; b) *marcos* são sinais materiais, tocos, pedras, estacas, piquetes indicativos da divisória. Nélson Hungria dava a seguinte definição a marcos e tapumes: "*Tapume*, no sentido estrito que lhe atribui o art. 161, *caput*, é toda cerca (sebe viva ou seca, cerca de arame, tela metálica, etc.) ou muro (de pedra, tijolos, adobes, cimento armado) destinado a assinalar o limite entre dois ou mais imóveis. *Marco é* toda coisa corpórea (pedras, *piquetes*, postes, árvores, tocos de madeira, padrões, etc.) que, artificialmente colocada ou naturalmente existente em pontos da linha divisória de imóveis, serve, também, ao fim de atestá-la *permanentemente* (ainda que não *perpetuamente*)". E, por fim, c) *qualquer outro sinal* indicativo de linha divisória representa uma fórmula genérica para abranger qualquer meio, modo ou forma de sinais divisórios de imóveis, tais como valas, regos, sulcos, trilhas, cursos d'água, entre outros. Assim, tapumes e marcos são enumerações puramente exemplificativas. É desnecessário que se trate de sinal permanente ou contínuo, sendo suficiente que tenha idoneidade para demarcar os limites da propriedade imobiliária.

Por fim, também é irrelevante que os sinais tenham sido produto de convenção entre as partes ou resultado de decisão judicial; basta que sejam indicadores efetivos das lindes dos referidos imóveis.

4.2 Atipicidade da conduta de acrescer outros sinais divisórios

É fundamental que se tenha presente a necessidade, para configurar as condutas tipificadas, de que haja *supressão* ou *deslocamento* de sinais divisórios; dessa forma, não há crime na simples colocação de outros sinais indicativos de limites divisórios, mesmo que invada o terreno vizinho, se não houver supressão ou deslocamento dos marcos originais, não indo além de meros ilícitos civis (turbação da posse). Contudo, se a colocação de novos marcos produzir alterações que a lei proíbe, tornar confusos ou irreconhecíveis os marcos originais, admitimos que se configurará o crime em exame. Aceitamos, assim, embora com cautela, eventuais decisões pretorianas que admitem como típicas as condutas que causem confusão ou dificuldade de monta para a observação da linha limítrofe de imóveis contíguos.

4.3 Peculiaridades especiais do crime de usurpação

Há entendimento de que a ação deve ser mais ou menos *clandestina* e

deve ser apta a confundir os limites vigentes. Por essa razão, a alteração de limites, embora se trate de propriedade imóvel, dificilmente pode ter por objeto as construções imobiliárias, cuja alteração é constatada de imediato. A eventual ocorrência de *esbulho possessório*, após a alteração de limites, absorve este, que tem natureza subsidiária. A despeito de tratar-se de bem imóvel, não descurou o legislador em adjuntar-lhe o elemento normativo "alheio", a exemplo do que fez em relação à tutela da coisa móvel, que também deve ser *alheia*. Relativamente a esse elemento normativo, aplica-se aqui tudo o que dissemos a seu respeito quando abordamos os crimes de furto e de roubo.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do tipo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de alterar ou deslocar tapume ou marco indicativo de linha divisória de imóvel, produzindo a alteração nas linhas divisórias dos imóveis. É indispensável que o sujeito ativo tenha consciência não apenas da ação, mas também da existência e função dos marcos divisórios e de suas funções. Não há previsão de modalidade culposa. O *erro de tipo*, se ocorrer, afasta a tipicidade e, na ausência de modalidade culposa, é irrelevante tratar-se de erro evitável ou inevitável.

5.1 Elemento subjetivo especial: para apropriar-se de coisa móvel alheia

Além do dolo, exige-se o *elemento subjetivo especial* do tipo, constituído pelo *especial fim* de *apropriar-se*, no todo ou em parte, de imóvel alheio. É exatamente essa finalidade específica que distingue a ação de outras infrações penais. Assim, por exemplo, se o agente objetivar a simples apropriação dos marcos ou tapumes, o crime será o de *furto* (art. 155); se a finalidade for somente de destruí-los, ou seja, causar prejuízos, sem qualquer intenção de alterar limites e de apropriar-se do imóvel, o crime será de *dano* (art. 163); se a alteração se produzir na pendência de processo judicial, objetivando induzir o juiz ou perito a erro, o crime será de *fraude processual* (art. 347); se, finalmente, a conduta do agente tiver por objetivo somente *restaurar a linha legítima*, o crime tipificado será de *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345).

Apropriar-se não tem o significado de adquirir a propriedade ou o

dominus, na medida em que a aquisição de propriedade imóvel é um ato complexo, que exige o registro do título aquisitivo em Cartório do Registro Especial. Procura-se, na verdade, impedir o apossamento ou apoderamento ilegítimo da propriedade imóvel alheia, isto é, proibir a posse adquirida ilicitamente. Apropriar-se tem, pois, neste dispositivo, o sentido de *apossar-se*.

5.1.1 Objeto do fim especial: somente imóvel por natureza

Objeto do *fim especial* somente pode ser *imóvel por natureza* (art. 79 do CC/2002), isto é, aquele que pode ser dividido, demarcado, cujos limites lindeiros podem ser representados por marcos, tapumes ou qualquer sinal divisório. Estão excluídos dessa proteção legal os chamados *imóveis por ficção.* Assim, estão excluídos os imóveis por *acessão física artificial*, por *acessão intelectual* e por *determinação legal* (arts. 43, II e III, do CC/16 e 80 do CC/2002). É desnecessário, por fim, o *proveito pessoal*, pois o verbo "apropriar-se" não tem esse sentido restritivo, podendo, na verdade, resultar proveito para outrem.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se a *alteração de limites* com a efetiva supressão ou deslocamento do marco, tapume ou qualquer outro sinal indicativo da linha divisória, sendo irrelevante alcançar ou não o objetivo de *apropriar-se* da propriedade alheia imóvel. Em verdade, como já afirmamos, a apropriação constitui o especial fim de agir, que, como elemento subjetivo especial do injusto, não precisa concretizar-se, sendo suficiente que tenha sido o móvel orientador da ação do agente. Como destacava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 303), a "*communis opinio* dos tratadistas tem como consumado o crime tão-só com a remoção ou supressão dos lindes". Em realidade, essa é efetivamente a realidade das coisas, como deixa claro a própria redação do artigo e, particularmente, o *nomen iuris* do art. 161: *alteração de limites.* Eventuais consequências decorrentes da alteração de limites — uso, fruição ou exploração da propriedade — não ultrapassam os lindes do exaurimento do crime, situando-se nos limites extensivos do dano experimentado pela vítima.

A admissão da *tentativa* não é tema dos mais pacíficos, havendo profundas divergências. No entanto, mesmo para os que classificam como

crime formal, é admissível a *tentativa, pois o sujeito passivo* pode ser surpreendido quando inicia a retirada dos diversos sinais indicativos da linha divisória, sendo interrompido durante a fase executória, que outra coisa não é senão uma figura tentada (art. 14, II, do CP).

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são a detenção, de um a seis meses, e multa, cujos limites não são mais estabelecidos em cada tipo penal. A ação penal, por sua vez, é pública incondicionada. Contudo, tratando-se de propriedade particular e não havendo emprego de violência, a ação penal será de exclusiva iniciativa privada. Quando examinarmos a figura do *esbulho possessório,* a última deste dispositivo, procederemos melhor análise desses dois aspectos.

Usurpação de águas (I)

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal brasileiro de 1830 não tipificou essa infração penal, que foi recepcionada pelo primeiro Código Penal republicano (1890), com a seguinte redação: “Si para desviar do seu curso agua de uso publico ou particular. Penas — de prizão cellular por um a seis mezes e multa de 5 a 20% do damno causado”. A usurpação de águas tipifica crime autônomo e distinto daquele capitulado no *caput* do art. 161, especialmente em relação a seu objeto material. A opção do Código Penal por disciplinar as três figuras de forma distinta e autônoma permite melhor exame dogmático, embora, até por isso, apresente maiores deficiências estruturais.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido aqui também são a posse e a propriedade imobiliárias, enfatizando particularmente o direito sobre o uso das águas por seu titular. Protege-se aqui o direito real do proprietário e não simplesmente um direito pessoal ou obrigacional. Protege-se, com efeito, uso, gozo ou exploração das águas, segundo sua destinação. São protegidas as águas consideradas imóveis (art. 79 do CC), enquanto parte líquida do solo, uma vez que as móveis ou mobilizadas recebem a proteção dos arts.

155 e 157. Não são apenas as águas que já se encontram na propriedade da vítima, mas também aquelas cujo curso natural por lá deva passar. Assim, a ação de desviar ou represar impede o uso e gozo de quem tem esse direito.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não se exigindo qualquer qualidade ou condição especial do agente; mesmo o proprietário que, dentro de seus domínios, altera o curso ou saída das águas (art. 71, § 1º, do Código de Águas) pode ser sujeito ativo desse crime. É perfeitamente admissível o instituto do concurso de pessoas, sem qualquer restrição especial.

Sujeito passivo, por sua vez, é quem tem a posse ou o direito de utilização das águas, ou, melhor dito, é quem pode sofrer o prejuízo em decorrência do *desvio* ou *represamento* do curso d'água. Sujeito passivo, à evidência, pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são desviar ou represar. *Desviar* significa alterar ou mudar o curso das águas fluentes ou estagnadas; *represar,* conter ou interromper o curso das águas, impedindo que prossigam seu fluxo natural. Pressuposto fático é que as águas se encontrem na posse, isto é, no uso e gozo de alguma pessoa, física ou jurídica. Assim, estão excluídas dessa proteção legal a *res nullius* (*res communes omnium*).

Alheias não são apenas as águas que não pertencem ao agente, mas também as *comuns,* ou seja, aquelas sobre as quais todos tenham direito. Em outros termos, *alheias* são também as águas de uso comum. Na verdade, não pode ser considerada *alheia* apenas a porção de água que se encontre nos limites da propriedade da vítima. O Código de Águas (arts. 71 e 72) e o Código Civil (arts. 1.288 e 1.290) prescrevem direitos e obrigações aos proprietários de imóveis atravessados por águas correntes, proibindo a alteração no ponto de saída das águas remanescentes. Nessa linha, o art. 71 do Código de Águas prescreve: "Os donos ou possuidores de prédios atravessados ou banhados pelas correntes, e com aplicação tanto para a agricultura como para a indústria, contanto que o refluxo das mesmas águas não resulte prejuízo aos prédios que ficam superiormente situados, e que inferiormente não se altere o ponto de saída das águas remanescentes, nem se infrinja o disposto na última parte do parágrafo único do art. 69"

(Dec. n. 24.643/34).

4.1 O objeto material da proteção penal são as águas

O objeto material da proteção penal são as águas. Como destaca, com acerto, Paulo José da Costa Jr., "o bem tutelado não é a água, que pode ser legitimamente retirada, com bombas ou manualmente, em quantidade reduzida. O que se tutela são as águas, consideradas em seu complexo como bens imóveis, podendo ser correntes ou estagnadas, contínuas ou intermitentes, perenes ou temporárias, públicas ou privadas, ou mesmo do subsolo" (*Comentários ao Código Penal*, p. 493). Em outros termos, objeto material da proteção legal são as águas em estado natural, *fluentes* ou *estagnadas*, concebidas como imóvel.

As águas, segundo o Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10-7-1934), podem ser *públicas* ou *privadas*: aquelas destinadas ao uso coletivo, e estas destinadas à satisfação das necessidades e interesses individuais. São *águas públicas*: os mares territoriais, golfos, baías, enseadas e portos; correntes, lagos e canais, navegáveis ou flutuáveis; as fontes e reservatórios públicos. Públicas, enfim, são somente as águas perenes, embora não percam essa característica se secarem eventualmente durante determinada estiagem forte (art. 3º do Dec. n. 24.643/34). Destaca o mesmo decreto que as águas assoladas pela seca também são consideradas públicas, de uso comum (art. 5º). São comuns as correntes não navegáveis ou flutuáveis e que não formem correntes de tal natureza (art. 7º) São águas particulares: todas as nascentes e todas as águas que se situem em imóveis particulares (desde que não sejam classificadas como águas públicas ou comuns — art. 8º). Ainda são considerados particulares os lagos ou lagoas que se situem apenas em um imóvel particular e sejam apenas por ele cercados (art. 2º, § 3º).

4.2 Águas represadas e águas correntes

São protegidas tanto as águas *represadas* quanto as *correntes*, isto é, aquelas que passam ou passariam pelo imóvel do sujeito passivo, a despeito do silêncio de nosso Código Penal. Ademais, como destacava Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 382-3), "o mesmo se diga das águas perenes ou temporárias, contínuas ou intermitentes e, inclusive, a água do subsolo e a água estagnada, já que desviar significa mudar o leito das águas". A simples extração de água não configura esse crime, podendo,

eventualmente, como coisa mobilizada, tipificar *furto*, desde que reúna os requisitos exigidos pelo tipo penal.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo geral é* o dolo, constituído pela vontade consciente de impedir a posse de outrem sobre as águas a que tem direito, desviando-as ou represando-as. O *elemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *especial fim* de obter proveito para si ou para outrem. E, como o elemento subjetivo especial não precisa consumar-se, é suficiente que exista na mente do sujeito ativo. Em outros termos, é irrelevante para a configuração do tipo penal que o agente consiga obter algum proveito para si ou para terceiro.

Contudo, se o agente desvia ou represa águas alheias, com o propósito exclusivo de causar prejuízo à vítima, isto é, sem a intenção de obter qualquer vantagem ou proveito para si ou alguém, não se poderá falar desse crime, mas tão somente do dano (art. 163). Com efeito, embora o especial fim de agir não integre o dolo, ele o aperfeiçoa e o complementa, e essa finalidade especial é exatamente o diferencial que determina a tipificação modeladora da conduta praticada.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de usurpação de águas no exato momento em que o sujeito ativo efetua o desvio ou o represamento, ainda que não obtenha o proveito desejado, tratando-se, pois, de crime formal. Alguns autores exigem a obtenção do proveito pretendido (Celso Delmanto). Na primeira figura, formal e instantânea, consuma-se no momento do *desvio*, ao passo que na segunda, *represar,* material e permanente, a consumação protrai-se no tempo, ou seja, enquanto durar o represamento.

A admissibilidade da figura tentada não é assunto pacífico na doutrina. No entanto, desviar ou represar águas alheias são condutas que envolvem alguma complexidade e, inegavelmente, admitem fracionamento, ou seja, são ações que, em seu curso executório, podem ser interrompidas por circunstâncias alheias à vontade do agente. Logo, essa interrupção do *iter criminis,* involuntariamente, configura a tentativa.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são a detenção, de um a seis meses e multa, cujos limites não são mais estabelecidos em cada tipo penal. Se houve emprego de violência, haverá concurso material com a infração penal que aquela tipificar. A ação penal, por sua vez, é pública incondicionada. Contudo, tratando-se de *propriedade particular* e não havendo emprego de *violência*, a ação penal será de exclusiva iniciativa privada (art. 161, § 3º).

Esbulho possessório (II)

1 Considerações introdutórias

Nossos Códigos Penais do século XIX não conheceram esse delito, tratando-se, por conseguinte, de figura penal bastante recente e com feição própria, distinta do instituto similar disciplinado no Código Civil brasileiro. Realmente, neste, é necessário que a vítima seja desalojada da posse, condição absolutamente desnecessária em nossa legislação penal, sendo suficiente que a perda da posse constitua o fim especial do agente.

A previsão ora em exame inspirou-se no Código Penal Rocco (1930), que, ao contrário do brasileiro, criminalizava a *turbação* de "pacífica posse alheia de imóveis" (art. 634). Convém destacar que o Código Penal brasileiro silenciou quanto à figura da simples *turbação da posse*, embora, deva-se reconhecer, em todo esbulho sempre ocorre turbação; no entanto, se essa turbação não tiver, pelo menos, o propósito de desalojamento da posse, a conduta será atípica.

2 Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos protegidos são a posse da propriedade imobiliária. Prioritariamente, protege-se a posse da coisa imóvel; embora também se proteja a propriedade, deve-se ressaltar que se tutela a posse independentemente da propriedade, podendo-se, aliás, contrapor a esta. Como destacava, com acerto, Magalhães Noronha, "pois se a proteção possessória é outorgada ao proprietário-possuidor, não há como não dispensá-la também ao possuidor não proprietário, até contra o proprietário".

São tuteladas igualmente a integridade e a saúde física e mental do sujeito passivo, na medida em que o crime pode ser praticado com violência

ou grave ameaça à pessoa. O *modus operandi* ofende, paralelamente, esses aspectos da pessoa humana, que são abundantemente protegidos no Título que cuida dos crimes contra a pessoa. Essa proteção múltipla de bens jurídicos distintos permite que se possa classificá-lo como espécie de *crime complexo.*

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com exceção do proprietário ou condômino, a despeito de algum entendimento, a nosso juízo equivocado, em sentido contrário. Em outros termos, sujeito ativo é qualquer pessoa que venha a invadir, justamente, terreno ou edifício que se encontre na posse legítima de outrem.

Para Magalhães Noronha (*Direito* Penal, v. 2, p. 311), o proprietário pode ser sujeito ativo do crime de esbulho possessório, quando o pratica contra possuidor que esteja exercendo a posse direta legitimamente. Contudo, não se pode esquecer da elementar normativa "alheio", contida pelo tipo penal quando se refere a "terreno ou edifício alheio"; com certeza, na ação do proprietário que invade seu próprio imóvel falta a elementar "alheio", exigida pela descrição típica. Pela mesma razão, o condômino de imóvel *pro indiviso* não pode ser sujeito ativo de esbulho possessório em relação ao possuidor, por faltar-lhe, como afirmamos, a elementar normativa "alheio".

O concurso de pessoas, no crime de esbulho, pode desempenhar dois papéis distintos, a saber: se concorrerem apenas dois sujeitos para a prática do crime, estar-se-á diante do concurso eventual de pessoas, nos termos do art. 29 do CP. Contudo, havendo concurso de mais de duas pessoas, converte-se no denominado *concurso necessário*, que, nesse caso, configura elementar da estrutura típica do crime, perdendo sua natureza de eventual. Na verdade, a descrição típica exige o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou, alternativamente, concurso de mais de duas pessoas. Enfim, a ausência das duas elementares impede a tipificação do esbulho, mesmo que haja invasão da propriedade imóvel.

Sujeito passivo do esbulho possessório é quem se encontra na posse do terreno ou edifício invadido, seja o proprietário ou seja, a qualquer título, o possuidor do imóvel (enfiteuta, usufrutuário, arrendatário, locatário, titular de servidão etc.), conforme reconhece a doutrina. Em outros termos, sujeito

passivo é todo aquele que, no Direito Civil, pode valer-se das ações possessórias.

4 Tipo objetivo: adequação típica

São elementos constitutivos do crime de esbulho: a) invasão de prédio (terreno ou edifício); b) emprego de violência ou grave ameaça, ou concurso de mais de duas pessoas; c) fim especial de esbulhar. A ação tipificada é *invadir,* que significa penetrar, ingressar, introduzir-se violenta ou hostilmente; no entanto, o mesmo verbo pode significar entrar ou introduzir clandestinamente. Pode-se, na verdade, invadir determinado lugar não através de violência, mas ardilosa, astuciosa ou sorrateiramente. Afinal, essa possibilidade variada de interpretações levou o legislador a definir com precisão o sentido que estava emprestado ao verbo "invadir", acrescentando somente que a invasão mediante violência, grave ameaça ou com o concurso de mais de duas pessoas, com finalidade esbulhativa, seria objeto de proibição penal.

Com efeito, o *esbulho possessório* pode ser executado com violência real (física) ou ficta (grave ameaça) ou com a participação de, no mínimo, três pessoas. *Esbulho* é a perda da posse, o desalojamento do possuidor. Assim, a invasão pacífica, isto é, sem violência de qualquer natureza, não é tipificada como crime; quem invade imóvel alheio, ainda que com a finalidade de esbulhar, mas sem empregar violência ou grave ameaça e sem fazê-lo mediante o concurso de mais de duas pessoas, não comete o crime de esbulho. A ilicitude desse tipo de comportamento encontra resposta no Código Civil. Esbulho, com o sentido de ocupação, que é a concepção penalística do instituto, não encerra, necessariamente, a ideia de perpetuidade. Com efeito, nem sempre o esbulhador tem a intenção de instalar-se em definitivo no imóvel invadido, sem, contudo, descaracterizar o esbulho.

4.1 Violência à pessoa ou grave ameaça

A forma de execução, alternativa, *com violência* (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva),* ou *mediante concurso de mais de duas pessoas.* Na primeira hipótese, exige-se violência à pessoa e não à coisa. Na segunda, exige-se a participação de mais de duas pessoas; a nosso juízo, na concepção do legislador, a reunião de mais de duas pessoas para prática do

esbulho representa uma espécie de *violência presumida*. Enfim, tudo o que dissemos sobre violência ou grave ameaça quando examinamos o crime de *roubo* tem aqui inteira aplicação, sendo, portanto, desnecessário repeti-lo. Contudo, relativamente ao concurso de pessoas, necessitamos algumas considerações, na medida em que, para caracterizar-se o esbulho sem violência ou grave ameaça, faz-se necessário o mínimo de três pessoas.

4.2 Esbulho mediante concurso de mais de duas pessoas

Quando o *esbulho* for praticado por meio do *concurso de mais de duas pessoas* não se configura o concurso eventual de pessoas (coautoria ou participação), uma vez que se trata de elementar típica do *modus faciendi* da execução criminal, ainda que essa reunião de pessoas seja produto de eventualidade. Nesse caso, o *concurso necessário*, que não é circunstância qualificadora ou majoradora da pena, mas integra o próprio conteúdo da descrição típica, constitui elementar caracterizadora, pode-se dizer, de uma espécie de violência presumida.

Para alguns autores (Magalhães Noronha — *Direito Penal*, v. 2, p. 312; Fragoso — *Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 385; Regis Prado — *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 435), esbulho sem violência exige, no mínimo, quatro pessoas (o autor e mais três). Parece-nos insustentável essa orientação, cuja exigência, adaptando-se o elemento subjetivo, já poderia caracterizar uma quadrilha. Hungria, com a clarividência de sempre, sustenta ser suficiente o número de três concorrentes. Na verdade, o texto legal não exige que o invasor conte com o concurso de mais de duas pessoas, mas que a invasão seja executada mediante o concurso de mais de duas pessoas. Sem maiores considerações, que nos parecem desnecessárias, adotamos a orientação minoritária, admitindo a suficiência de *um mínimo de três pessoas* para configurar o crime de esbulho, quando este for praticado sem violência física ou grave ameaça.

4.3 Esbulho civil e esbulho penal

Embora o Código Penal se utilize da definição de esbulho oferecida pelo direito civil, com ela não se confunde. Na verdade, na concepção do Código Civil, a caracterização do *esbulho* exige que o possuidor perca a posse, isto é, seja dela afastado, ao passo que, para o Código Penal, é suficiente que a finalidade de esbulhar constitua o *especial fim de agir*, que, como todos sabemos, não precisa concretizar-se. Nessa linha discordamos,

frontalmente, daqueles que sugerem, *de lege ferenda*, para equiparar-se à previsão do Código Civil, a criminalização da simples *turbação* (Júlio Fabbrini Mirabete, *Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 1987, v. 2, p. 236).

O Direito Penal, no caso, *é mais protetivo,* satisfazendo-se com a simples existência do elemento subjetivo especial do tipo: o fim de esbulhar. Na realidade, há, pode-se afirmar, certa inversão de papéis dos dois ramos do direito, na medida em que o direito penal deve manter seu caráter subsidiário e intervir somente quando outros meios de controle social não funcionem. Em outros termos, somente uma ofensa mais grave do bem jurídico que deveria encontrar proteção no direito penal; no entanto, nesse caso, usando a linguagem do Código Civil, a simples *turbação* da posse já é criminalizada como esbulho, enquanto para o Direito Civil é necessário que a vítima seja desalojada da posse para configurar tal esbulho. Nessas circunstâncias, estamos diante de uma injustificada criminalização, com evidente violação do princípio da *ultima ratio.*

4.4 Esbulho de imóvel do SFH

Se o imóvel esbulhado foi ou é objeto de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação, incorrerá no esbulho possessório definido na Lei Especial (art. 9º da Lei n. 5.741/71). Se o agente desocupar o imóvel espontaneamente, antes de qualquer medida coativa, será *isento de pena.*

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não há esbulho possessório de unidade do Sistema Nacional de Habitação quando a ocupação se dá naturalmente, por força de contrato celebrado com a Caixa Econômica Federal. O fato de ter o ocupante se tornado, posteriormente, inadimplente não configura o esbulho possessório do art. 161 do Código Penal, nem o do art. *9º* da Lei n. 5.741/71. Na hipótese de invasão de terras da União, Estados ou Municípios, ver a Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, art. 20.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *elemento subjetivo geral*, que é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de invadir violentamente terreno ou edifício alheio, além do *elemento subjetivo especial* do tipo, constituído pelo *especial fim* de praticar o esbulho possessório, ou seja, o propósito de colocar a vítima para fora do imóvel e ocupá-lo. Assim, quando a invasão tiver como propósito a simples turbação da posse, a

conduta será atípica, pois lhe faltará o *especial fim* de esbulhar, como exemplifica Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 496): "se a invasão se der para colher frutos, forçar uma servidão de passagem, ou mesmo cortar algumas árvores, não estará caracterizado o crime. Configura a conduta uma turbação, não prevista em lei".

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de esbulho com a simples invasão, ainda que o esbulho não se concretize. Trata-se de crime formal; o esbulho, se ocorrer, representará apenas o exaurimento do crime, que já se consumara com a efetiva invasão do imóvel. Admite-se, em tese, a tentativa, quando o sujeito ativo não consegue entrar no imóvel por circunstâncias alheias a sua vontade.

7 Usurpação em concurso com violência

O § 2º do art. 161 determina que, se o sujeito ativo "usa de violência, incorre também na pena a esta cominada". Dois aspectos, fundamentalmente, demandam alguma reflexão: trata-se de concurso de crimes (que modalidade)? Qual sistema de aplicação de penas deve ser adotado? Inicialmente, deve-se registrar que essa previsão somente é aplicável quando a "violência empregada" constituir em si mesma crime, caso contrário não haverá para ela pena cominada. Por outro lado, deve-se ter presente que o uso de violência ou grave ameaça, como tal, é elementar constitutiva do crime de esbulho. Nesse tipo penal, mesmo fora da violência presumida (concurso de mais de duas pessoas), somente a violência que constituir em si mesma crime excederá a mera função de elementar constitutiva do esbulho. Nesse caso, a pena do esbulho deve ser cumulada com a pena correspondente à infração penal constituída pela violência.

Qualquer das três figuras — *alteração de limites, usurpação de águas* ou *esbulho possessório* — praticada com uso de violência que constitua em si mesma crime configura, certamente, concurso de crimes. No entanto, não se trata de concurso material, como reiteradamente tem repetido a doutrina nacional (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 94; Noronha, *Direito Penal*, v. 2, p. 314; Damásio, *Direito Penal*, v. 2, p. 381 etc.). Em momento algum o texto legal sugeriu que se trata de concurso material, não passando de equivocada interpretação doutrinária. O Código Penal utiliza,

na verdade, o *sistema do cúmulo material de penas* nas hipóteses de concurso material de crimes e concurso formal impróprio (arts. 69 e 70, *caput*, segunda parte). Assim, os crimes de usurpação previstos no art. 161 praticados com violência que constitua em si mesma crime configuram, em regra, concurso formal, quando forem objeto de ação de uma única e mesma ação, ainda que dividida em vários atos.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas são *cumulativas*, nas três figuras (alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório): detenção, de um a seis meses e multa. Se o agente empregar violência responderá também pelo crime correspondente, aplicando-se o princípio do cúmulo material de penas. Ficam absorvidas as *vias de fato*. Na propriedade particular e sem violência à pessoa (real), a ação penal é de *exclusiva iniciativa privada* (§ 3º). Na hipótese contrária, a ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Conflito de competência. Esbulho possessório em imóveis de propriedade da Caixa Econômica Federal. Configurada a prática de delito em detrimento de bem de empresa pública federal, compete à Justiça Federal o processo e julgamento da respectiva ação penal (art. 109, inciso IV, da Constituição da República)" (STJ, Conflito de Competência 47.687/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 24-8-2005).

"Esbulho possessório — Não ocorrência — Matéria a ser tratada na esfera civil — Ordem concedida. Inocorrendo o esbulho possessório de unidade do sistema nacional de habitação, eis que a ocupação se deu naturalmente por força de contrato celebrado com a CEF, mesmo ante a circunstância de ter, o ocupante, se tornado, posteriormente, inadimplente, não há se falar na existência das figuras do art. 161 e parágrafos do CP, nem do art. 9º da Lei n. 5.741/71" (STJ, RHC 1.636/SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 22-4-1992).

"Crimes de alteração de limites, esbulho possessório e ameaça, praticados contra terceiros, em terreno de marinha. Competência da Justiça Estadual, por não caracterizada ofensa a bens, serviços ou interesses da União Federal" (STJ, Conflito de Competência 2.190/SC, Rel. Min. Assis Toledo, j. 21-11-1991).

Supressão ou alteração de marca em animais

Art. 162. Suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

— V. art. 64 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O dispositivo em exame tem como antecedente o *Projeto Sá Pereira*, que, num primeiro momento, considerava espécie de furto a conduta de quem "ferra, contraferra, assinala ou contra-assinala animal alheio" (art. 217). Posteriormente, referido dispositivo recebeu a seguinte redação: "Cometerá furto o que ferrar ou contraferrar animal alheio com outra marca, que não a do próprio dono, salvo se o tiver feito a seu mando, ou de seu preposto" (art. 186, § 2º). O *Projeto Alcântara* seguiu, com pequena variação, a mesma orientação do *Projeto Sá Pereira*, embora classificasse a mesma infração penal como variante da apropriação indébita.

Posteriormente, no entanto, a Comissão Revisora houve por bem restringir o dispositivo para, incluindo-o na figura da usurpação, limitar sua abrangência *à supressão ou alteração de marca (ou sinal indicativo de propriedade) em animais de gado ou rebanho alheio.* A limitação operou-se em dois aspectos: excluiu-se a marcação de *animais desmarcados*, de um lado, e, de outro, a incriminação está condicionada a animal integrante de *gado* ou *rebanho.* Essa cautela levou em consideração que somente quando violada a precaução do proprietário representada pela marca dos animais se justifica a criminalização da conduta.

2 Bem jurídico tutelado

Ao contrário das outras figuras de *usurpação*, no art. 162 o objeto da tutela penal não é a propriedade imobiliária. Os bens jurídicos protegidos são a *posse* e a *propriedade* de semoventes (bois, vacas, cavalos, carneiros, porcos etc., constitutivos de gado ou rebanho), que são considerados, para o direito penal, coisas móveis, embora, para o direito civil, possam, eventualmente, ser tratados como imóveis (art. 43, III, do CC/16), por *acessão intelectual*, quando, por exemplo, imobilizados num prédio, para sua exploração industrial.

Convém destacar que o bem jurídico protegido não é a *marca* ou *sinal* do animal em si mesmos, pois aqueles são apenas o meio de proteger ou

identificar a propriedade deste. Por isso, quem adquire animais e suprime ou altera a *marca* ou *sinal* que estes traziam, identificadores do proprietário anterior, não comete crime algum. Ademais, essa conduta não seria "indevida", e os animais não mais seriam "alheios". Mas, nesse caso, já se estariam examinando elementos especiais da ilicitude integrantes da tipicidade. O objeto material sobre o qual recai a ação delituosa, por sua vez, é a marca ou sinal indicativo de propriedade. Assim como na indústria e no comércio a marca protege o produto, no animal ela tem a mesma finalidade, advertindo a todos quanto a quem ele pertence.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser pessoa, sem condições especiais, tratando-se, portanto, de crime comum. Acreditamos que o detentor em nome de outrem também pode ser sujeito ativo desse crime. Exemplifica, com acerto, Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 441), "o administrador que dolosamente suprime a marca do gado ou rebanho, com o propósito de dificultar a identificação da propriedade, excluindo a hipótese em que usurpa a marca e inverte o título de posse, já que nesse caso ter-se-á apropriação indébita".

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que dona dos animais objeto da ação.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *suprimir e alterar. Suprimir* significa fazer desaparecer, retirar; *alterar* quer dizer modificar, transformar, mudar, em gado ou rebanho alheios, indevidamente, *marca* ou *sinal* indicativos de propriedade. Enfim, qualquer das duas ações consiste em modificar o estado de fato anterior relativamente à sinalização indicativa do animal. Com a ação de alterar não é necessária mudança completa da marca, sendo suficiente para a tipificação do crime a mudança de algum traço que a desfigure. *Marca* ou *sinal* são meios identificadores da origem e propriedade de animais. Os proprietários rurais, no entanto, são criativos na utilização de outros símbolos ou figuras para identificar suas marcas. Por isso, além da marca, pode ser objeto da ação qualquer outro sinal que identifique a propriedade, normalmente localizado nos chifres ou no focinho do animal.

4.1 Somente em animais já marcados

A conduta incrimina a *supressão* ou *alteração* somente de animais já marcados, sendo atípica a conduta executada em animais ainda não assinalados, isto é, "não marcados". As condutas "suprimir" e "alterar" não deixam dúvida, pressupõem a existência de *marca* ou *sinal*, pois somente se pode suprimir ou alterar algo existente. Nesse sentido, equivocava-se Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 316) quando sugeria que o crime poderia ser praticado mesmo em animal desmarcado. *Marca é* o distintivo caracterizador da propriedade; normalmente é constituída pelas iniciais do proprietário; em outros termos, marca é a caracterização do animal com ferro candente ou, modernamente, com a utilização de alguma substância química. *Sinal*, além da marca, também é objeto material da ação incriminada. Sinal é todo e qualquer distintivo artificial, que não se confunda com a marca, normalmente localizado no focinho ou nos chifres dos animais.

Embora a Lei n. 4.714, de 29 de junho de 1965, regule as dimensões e a localização das marcas em animais, bem como seu registro, sua observância é irrelevante para a configuração do crime, sendo suficiente que possam ser reconhecidas como identificadores da propriedade alheia. Com efeito, é indiferente que a marca ou sinal tenham sido registrados em órgão próprio, como prevê a Lei n. 4.714/65, para caracterizar o crime, pois o que se protege penalmente não é a marca em si ou por si mesma, mas seu sentido, indicativo da propriedade alheia. É suficiente que simbolizem a propriedade de alguém e venham a ser, indevidamente, suprimidos ou alterados. Contudo, convém ter presente que a *marca*, por si só, não constitui prova incontestável da propriedade, até porque existem animais não marcados cuja propriedade é incontestável, ou animais marcados que podem não pertencer ao dono da marca.

4.2 Concurso com outros crimes

A alteração ou supressão de marcas em animais alheios não se confunde com outros crimes, como o furto, por exemplo, porque não há subtração da coisa alheia; com a apropriação indébita (mesmo quando se encontre em sua posse), porque ainda não há a efetiva apropriação; com o estelionato, porque a "fraude" não é seguida pela obtenção imediata e efetiva de vantagem ilícita.

Contudo, se qualquer das condutas descritas no art. 162 for *meio* para a prática de outro crime, como furto, estelionato, apropriação indébita, aquele ficará absorvido, o que não impede, a nosso juízo, eventual concurso com outro crime. Na verdade, a subtração dos animais (furto) e posterior alteração da marca originam o concurso de crimes, embora, em regra, tenha sido considerado *post factum* impunível. Da mesma forma, quem compra os animais e altera a marca para colocar a sua não pratica o crime, não apenas por ter o direito de fazê-lo, mas também por faltar a elementar "alheio".

4.3 Elementares típico-normativas: "indevidamente" e "alheio"

A ação de *alterar* ou *suprimir* marca ou sinal deve incidir sobre animais *alheios*, isto é, não pertencentes ao sujeito ativo, sendo irrelevante que se encontrem em propriedade da vítima, do sujeito ativo ou de terceiro. O elemento normativo *indevidamente* caracteriza tipo aberto. Assim, quando autorizada ou permitida a *alteração* ou *supressão* da marca ou sinal, ainda que contrariada pelo proprietário, não constitui crime, faltando-lhe a elementar normativa, "indevidamente". Situação semelhante ocorre com quem adquire um rebanho, por exemplo, e suprime a marca anterior, apondo a sua; evidentemente se trata de comportamento atípico, pois, pode-se afirmar, a alteração ou supressão, nesse caso, é legítima, ou seja, devida.

4.4 Significado e limite das locuções "gado" ou "rebanho"

Questão relevante, porém, será interpretar o sentido ou abrangência dos coletivos *gado* ou *rebanho* contidos no texto legal, que ao longo do tempo têm recebido definições díspares, das quais destacamos algumas, começando pela emitida por Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 98): "Por *gado* ou *rebanho* se entende toda pluralidade gregária de quadrúpedes que costumam ser criados ou mantidos em pastos, campos, *retiros*, ou currais. Quando os animais são de grande porte (bois, cavalos, muares), fala-se em *gado;* quando de pequeno porte (carneiros, cabritos porcos etc.), prefere-se o termo *rebanho"*. Para Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 318), "*gado* é substantivo que indica animais geralmente criados nos campos e empregados nos serviços da lavoura, para fins industriais, comerciais ou consumo doméstico. *Rebanho*, particularmente, designa porção de gado lanígero, de animais guardados por pastor; mas indica também reunião, multidão, ajuntamento de animais". Para Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, p. 73), por sua

vez, *"gado* — é denominação que inculca os animais geralmente criados no campo e destinados ao consumo e a serviços industriais ou comerciais; *rebanho* — é a multidão de —*gado"*.

Resumindo, *gado* ou *rebanho* são sinônimos que, genericamente, significam uma *pluralidade de animais quadrúpedes* (bois, vacas, cavalos, carneiros, ovelhas etc.). Na verdade, a nosso juízo, o verdadeiro sentido de gado ou rebanho, se apresenta ou não significado distinto, parece-nos irrelevante. O que importa efetivamente é que ambos são *substantivos coletivos*, isto é, implicam mais de um animal. No entanto, isso não quer dizer que para a configuração do crime seja necessário que a supressão ou alteração de marca ou sinal deva ocorrer em mais de um animal, mas que o animal que tiver a marca alterada ou suprimida deve integrar o rebanho ou gado de alguém. Assim, a alteração ou supressão de marca em apenas um animal que se encontre isolado não tipifica esse crime, porque, em tais circunstâncias, o animal pode ser facilmente identificado, pois somente quando integra um rebanho pode existir o perigo de passar à propriedade alheia.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* geral é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de alterar ou suprimir marca ou sinal em animais alheios. O sujeito ativo, além da vontade de produzir o resultado da alteração ou supressão da identificação do gado ou rebanho alheio, deve, obrigatoriamente, ter consciência de que se trata de animal pertencente a outrem, e, ademais, de que essa ação é indevida, isto é, desautorizada, ilegítima, não permitida. O desconhecimento de qualquer das duas circunstâncias — *alheia* ou *indevida* — pode caracterizar erro de tipo e, por extensão, afastar a tipicidade em razão da vontade viciada.

Implicitamente, há a exigência do *elemento subjetivo especial* do tipo, constituído pelo *especial fim* de provocar dúvida sobre a propriedade dos animais. Como sustentava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 317), "é necessário que o agente tenha o escopo de apoderar-se dos semoventes: ele suprime ou altera a marca, para depois irrogar a propriedade". Nesse particular, a redação primitiva do Projeto do Código Penal de 1940 era mais clara, pois destacava expressamente o elemento subjetivo especial do injusto, nos seguintes termos: "para dele (isto é, do gado ou rebanho) se

apropriar, no todo ou em parte". Com essa supressão da redação final, para configurar o crime, é suficiente criar a possibilidade de usurpação da propriedade de animais alheios.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a simples *supressão* ou *alteração* de marca ou sinal, independentemente das consequências, ainda que o fato se dê em relação a apenas um animal, desde que integrante de algum rebanho. Admitimos a consumação em um único animal, ao contrário do entendimento de parte da doutrina, pois a expressão "em gado ou rebanho alheio" não significa que a ação deve incidir sobre uma *coletividade animal*, como se chega a afirmar, mas simplesmente que deve tratar-se de *animal* pertencente a gado ou rebanho *alheio*, isto é, pertencente a outrem.

É admissível, em princípio, a tentativa, quando, por exemplo, mesmo realizando qualquer das condutas descritas no tipo penal, o sujeito ativo, por circunstâncias alheias a sua vontade, não produz o resultado pretendido. Nessa linha, Magalhães Noronha afirmava que as ações de suprimir ou alterar são fragmentáveis, podendo o agente ser obstado de prosseguir antes de consumar sua ação.

7 Pena e ação penal

Aplicam-se, cumulativamente, as penas cominadas de detenção, de seis meses a três anos, e multa. A ação penal é *pública incondicionada*, sendo desnecessária qualquer manifestação do ofendido, a despeito da disponibilidade do patrimônio.

Capítulo IV - Do Dano

Dano

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

— V. art. 29 da Lei n. 3.924/61 (monumentos arqueológicos e pré-históricos).

Dano qualificado

Parágrafo único. Se o crime é cometido:

I — com violência à pessoa ou grave ameaça;

II — com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III — contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

— V. arts. 20, 26 e 37, XIX e XX, da CF.

IV — por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal do Império (1830) disciplinou o crime de dano (art. 266), distinguindo aquele praticado contra bens públicos e o cometido contra bens particulares (art. 178). Equiparou, equivocadamente, ao crime de dano a alteração de limites e o esbulho possessório (art. 267). O Código Penal de 1890 (republicano) contemplou o dano em diversos dispositivos (arts. 326 a 329) e, a exemplo do diploma anterior, manteve a distinção entre o dano contra bens públicos e particulares, além de também

considerar dano a *alteração de limites* e a *usurpação de águas.*

Finalmente, o Código Penal de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, com técnica superior, afastou os equívocos cometidos em razão da semelhança do dano com outras figuras penais. O atual diploma legal disciplina o dano nas seguintes espécies: *dano simples* (art. 163); *dano qualificado* (art. 163, parágrafo único); *introdução ou abandono de animais em propriedade alheia* (art. 164); *dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico* (art. 165); *alteração de local especialmente protegido* (art. 166). Preferimos, no entanto, por razões puramente didáticas, examinar em capítulos separados cada figura delituosa, com exceção do dano simples e qualificado, não havendo nenhuma razão para abordá-los separadamente.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o patrimônio, público ou privado, tanto sob o aspecto da *posse* quanto da *propriedade.* Nesta previsão legal, ao contrário da maioria das infrações contra o patrimônio, não existe o *animus lucrandi*, que apenas eventual e excepcionalmente pode existir, desde que seja indireto ou mediato. O elemento normativo "alheia" contido no tipo penal significa tanto a coisa que pertence a outrem como a que se encontra na posse de terceiro. O *objetivo da norma* é preservar a integridade e a integralidade dos bens ou interesses para o proprietário ou possuidor, abrangendo não apenas o valor substancial como também a utilidade que possam ter para estes (que não deixa de ser valor). Nessa linha já pontificava Manzini (*Trattato di Diritto Penale italiano*, Padova, 1947, v. 8, p. 433), afirmando que: "O objeto específico da tutela penal, em relação ao crime de dano do art. 635, é o interesse público concernente à inviolabilidade do patrimônio mobiliário ou imobiliário, ofendido por fato que suprime ou diminui a utilização ou o preço da coisa alheia...".

O objeto material do crime de dano é *coisa alheia*, móvel ou imóvel e corpórea. *Corpórea*, pois somente esta pode ser fisicamente danificada; deve ser *alheia*, pois, tratando-se de patrimônio, tem natureza de *bem disponível*, e dele o proprietário pode dispor, usar e gozar; ademais, a *res nullius* e a *res derelicta* não podem ser objeto do crime de dano.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem qualquer condição especial. O *proprietário da coisa,* móvel ou imóvel, como regra, não pode ser sujeito ativo do crime de dano, mesmo que esta se encontre legitimamente em poder de terceiro (locatário, comodatário, depositário etc.). O tipo penal em exame pune o dano produzido sobre *coisa alheia* e coisa própria, evidentemente, não pode ser considerada alheia. O *possuidor,* por sua vez, pode ser sujeito ativo do crime de dano, deteriorando, inutilizando ou destruindo a propriedade de terceiro, que mantém sua *posse indireta.* O *titular da nua propriedade* ou do domínio direto, no entanto, poderá ser sujeito ativo do crime de dano contra o usufrutuário ou enfiteuta. O *condômino* igualmente pode ser sujeito ativo do *dano* que destrói, inutiliza ou deteriora a *coisa comum,* exceto se se trata de *coisa fungível* e não ultrapassar a quota a que tem direito, a exemplo do que ocorre com o *furto de coisa comum.*

Sujeito passivo, normalmente, é o proprietário, mas não está excluído o possuidor da coisa (aquisições com alienações fiduciárias, reservas de domínios, longas posses mansas e pacíficas etc.).

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *destruir* (eliminar, fazer desaparecer), *inutilizar* (tornar imprestável, inútil) ou *deteriorar* (estragar, arruinar). O objeto material do crime de dano é *coisa alheia,* corpórea, que pode ser móvel ou imóvel. O dano produzido pode ser total ou parcial. A *coisa perdida* também pode ser objeto do crime de dano, pois continua sendo *alheia.* A imaterialidade do *dano moral* o exclui da esfera de proteção penal, restando confinado ao âmbito da responsabilidade civil.

Na *destruição,* a coisa deixa de existir em sua individualidade, ainda que subsista a matéria que a compõe (por exemplo: matar um animal, estilhaçar uma vidraça), ou também quando venha a desaparecer, tornando-se inviável sua recuperação. Na *inutilização,* a coisa não é destruída; perde somente a adequação ao fim a que se destinava, desaparecendo sua utilidade, sem perder completamente sua individualidade. *Deteriorar* tem o significado de estragar, enfraquecer sua essência, diminuindo seu valor ou utilidade, sem destruí-la ou inutilizá-la. Na *deterioração* a coisa sofre uma avaria substancial, embora não se desintegre totalmente, restando apenas diminuída sua utilidade ou seu valor econômico. Pelo poder de síntese de

Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 321), vale a pena ser transcrito seu magistério: "A destruição diz respeito, em geral, à ação que recai sobre a coisa de modo que a faça perder a essência ou forma primitivas; atentando contra sua existência. A deterioração implica, em especial, ideia de adulteração. A coisa não é destruída, não se lhe tira a existência, porém torna-se menos própria ao fim a que é destinada, piora-se ou altera-se sua condição ou estado. A inutilização vai além da deterioração, por isso que produz o efeito de tornar estéril a coisa, de tirar a sua utilidade. Não é mister serem *integrais*: a danificação *parcial* é também crime". Enfim, qualquer das condutas incriminadas (conteúdo variado) implica *diminuição de valor* e de *utilidade* da coisa alheia.

4.1 Natureza do dano: diminuição da utilidade da coisa

Como o *dano é* um crime contra o patrimônio, o resultado danoso deve sempre ser de natureza patrimonial, representado pela perda ou diminuição de valor econômico ou de utilidade. No entanto, é suficiente que a coisa alheia tenha valor de uso, independentemente de eventual valor pecuniário. A *diminuição da utilidade da coisa*, a despeito da ausência de valor comercial, será o bastante para caracterizar o dano penalmente criminalizado. Fora dessas hipóteses, isto é, se não houver prejuízo para o ofendido, não se pode falar em crime de dano.

4.2 Melhoria da coisa alheia decorrente da ação do agente

Decorrendo da ação do agente melhoria que eleve o valor ou a utilidade da coisa alheia, não se pode falar em crime. Ora, a ação incriminada é exatamente contrária à que aumenta o valor econômico ou a utilidade da coisa alheia. No entanto, não se pode negar que a intervenção alheia em uma obra de arte, uma criação artística, ao desnaturá-la, ainda que, teoricamente, a tenha melhorado, pode, em termos autorais, representar sim um prejuízo, ao retirar-lhe a autenticidade e a originalidade, *danificando*, enfim, uma criação que é, ninguém desconhece, protegida por lei. Exemplo clássico nesse sentido é o lembrado por Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 322), do pintor ou escultor que faz na obra de outro modificações que a aperfeiçoam ou a aprimoram. Em princípio, não comete crime de dano; no entanto, não se pode ignorar a violação da autenticidade e originalidade da obra, além do aspecto subjetivo, uma vez que, como destacava Magalhães Noronha, "a questão, aliás, está estreitamente ligada

ao dolo do agente, circunstância a que juristas que andam às testilhas, neste ponto, não atentam".

Normalmente, os autores, quando abordam o crime de dano, olvidam-se de examinar a necessidade do *nexo causal* entre a ação do sujeito ativo e o dano, uma vez que aquela será a causa e este o resultado, independentemente.

4.3 Fazer desaparecer: lacuna na descrição típica

A doutrina ao longo do tempo tem criticado a falta de tipificação da ação de *fazer desaparecer* coisa alheia, quando não houver perecimento. Contrariamente, no entanto, Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 105), adotando posicionamento não seguido pela maioria, comparava o *fazer desaparecer* com *destruição* e, nesse sentido, pontificava: "Como tal também se entende, por força de compreensão, o fazer desaparecer uma coisa, de modo a tornar inviável a sua recuperação (ex.: atirando-a a um abismo impraticável)". Essa postura de Hungria levou à seguinte crítica fulminante de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 323): "Se assim fosse, a lei teria sido redundante nos dispositivos invocados (*referia-se aos arts. 305 e 356*). Dando-nos razão, o Código vindouro, ao tratar do delito, diz taxativamente: 'Destruir, inutilizar, deteriorar ou *fazer desaparecer* coisa alheia (art. 175)'".

Na verdade, com inteira razão, Magalhães Noronha reclamava da deficiência da descrição do crime de *dano*, pois também o produz o *desaparecimento da coisa*, que, entretanto, não se enquadra na redação do artigo. Imagine-se que alguém, para prejudicar outrem, faz desaparecer um *objeto de valor* deste. *Furto* não é, pois não há o *animus furtandi*. Não se pode negar, contudo, que há ofensa ao patrimônio do ofendido, que se vê privado daquele objeto valioso. Será *dano*? Inegavelmente, sim! Mas se enquadraria no enunciado do art. 163 de nosso Código Penal? À evidência que não. Vejamos, pois: não se pode afirmar que o agente *destruiu* o objeto, que o *deteriorou* ou o *inutilizou*. Não o *destruiu*, porque o objeto continua a existir; certamente não o *deteriorou*; e não o *inutilizou*, porque ele continua com a mesma utilidade que tinha, e dela desfrutará quem dele se apossar.

4.4 Desaparecimento e fazer desaparecer: significados distintos

O eventual "desaparecimento" que pode decorrer da "destruição" não se confunde com o *fazer desaparecer*, pois naquela hipótese há o *perecimento*

da coisa, ou seja, sua desintegração material, seu desmanche, sua decomposição, que tem como consequência a imprestabilidade, algo que inocorre com a *ação de fazer desaparecer,* pois a *coisa alheia* permanece intacta, inteira, completa, perfeitamente útil para a finalidade a que se destina. Por isso, deve-se saudar a previsão do *Anteprojeto de Código Penal*, que acrescenta essa figura na descrição do crime de dano, com a seguinte redação: "Art. 192. Destruir, inutilizar, deteriorar *ou fazer desaparecer* coisa alheia".

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* do crime de dano é o *dolo,* representado pela vontade livre e consciente de causar prejuízo a terceiro, não havendo *fim especial de agir,* em que pese o entendimento de Hungria. Em nossa concepção, é desnecessário o "concomitante propósito de prejudicar o proprietário" ou possuidor do bem ou interesse danificado. A produção de dano é criminalizada porque gera um prejuízo desautorizado a terceiro. Enfim, é necessário que o dano seja um fim em si mesmo.

São, em princípio, irrelevantes os *motivos* que levaram o agente a produzir o dano; o próprio fim de lucro, desde que indireto e eventual, pode orientar a conduta do agente. Não se pode negar, é verdade, nem sempre o crime de dano é alheio a uma finalidade ou proveito econômico, desde que não constitua um fim especial e imediato, mas desde que seja a consequência natural, indireta ou mediata da ação do agente. Ou seja, o proveito econômico não deve ser um fim em si mesmo, mas decorrente de outro acontecimento, embora por ele produzido. Para exemplificar, nada melhor que trazer à colação aqueles casos sugeridos por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 102): "... no caso do ferreiro que destrói o alambique do fabricante de açúcar, na esperança de obter a encomenda de outro; ou no do *aficionado do turf* que envenena o cavalo favorito, para aumentar a probabilidade de êxito do cavalo em que apostou; ou mesmo no do indivíduo que corta árvore secular do prédio vizinho para proporcionar melhor vista e, portanto, maior valor ao próprio prédio".

5.1 Especial fim de agir: pode configurar crime distinto

No entanto, o *especial fim de agir,* quando for o móvel orientador da conduta do agente, poderá desnaturar o crime de *dano,* dando-lhe outra

fisionomia, especialmente porque não se pode olvidar que o *dano* pode ser, e frequentemente é, *meio* de execução ou *elementar* de outro crime. Na verdade, desde que o dano deixe de ser um fim em si mesmo, passando a ser meio ou modo para executar ou realizar outro crime, desconfigura-se como crime autônomo, passando a integrar uma figura complexa ou progressiva de outra infração penal. Passando-se uma vista d'olhos em nosso Código Penal, encontrar-se-ão inúmeros exemplos do que acabamos de afirmar: *furto com destruição ou rompimento de obstáculo* (art. 155, § 4º, I); *destruição de tapumes* (art. 161); *sabotagem* (art. 202, *in fine); violação de sepultura com violência à coisa* (art. 210); *destruição de prova documental* (art. 305) etc.

Por outro lado, o *dano* pode constituir elementar de outros tipos penais, especialmente aqueles que integram o rol das infrações penais contra a *incolumidade pública* (que acarretam perigo comum), tais como incêndio, inundação, explosão, desmoronamento. Por fim, quando o *dano* for causado para evitar ou impedir a prova de autoria de outro crime patrimonial (v. g., furto, roubo, apropriação indébita etc.), praticado pelo mesmo agente, será absorvido por aquele. O dano, convém destacar, é sempre *absorvido*, nunca *absorvente.*

6 Dano qualificado

O *modus operandi*, no crime de *dano*, pode apresentar particularidades que representam maior gravidade na violação do patrimônio alheio, tornando a conduta mais *censurável* e, por isso mesmo, merecedora de maior punibilidade, quer pelo maior *desvalor da ação*, quer pelo maior *desvalor do resultado.* Essas particularidades podem assumir diversos *graus de intensidade*, recebendo, de acordo com sua gravidade, a qualificação de *agravantes*, *majorantes* ou *qualificadoras.* Observando o princípio da reserva legal, optou-se por estabelecer taxativamente aquelas circunstâncias que, por sua gravidade, tornam o *crime qualificado*, e que, a rigor, constituem novo tipo penal, derivado mas autônomo, com novos parâmetros sancionatórios, bem mais graves, distintos da figura fundamental — *dano simples.* O fundamento *político-criminal* para *qualificar* o crime de dano quando praticado contra *patrimônio público* decorre da própria natureza desses bens, que a todos pertencem e de ninguém recebem cuidado e atenção especial, sendo, consequentemente,

mais vulneráveis à ação predatória de vândalos e outros infratores de qualquer natureza.

A *graduação do injusto penal* observa sua maior ou menor danosidade, que é representada, como dissemos, ora pelo desvalor da ação, ora pelo desvalor do resultado. Inegavelmente, a reprovabilidade é maior por parte de quem utiliza meios de excepcional gravidade para produzir maior dano ao patrimônio alheio (emprego de substância inflamável ou explosiva); ou emprega violência à pessoa ou grave ameaça, por meio das quais o "dano" vai além do simples patrimônio para atingir a própria pessoa humana; outras vezes, o objeto material do dano assume maior dimensão, como ocorre com o patrimônio público etc.

6.1 Concurso de qualificadoras e sua comunicabilidade

A presença de apenas uma delas é suficiente para qualificar o crime, mudando sua capitulação e, substancialmente, sua punição; eventual concurso de duas ou mais qualificadoras não modifica a pena abstratamente cominada; contudo, deve ser considerada na medição da pena, ou seja, uma delas, a mais grave ou mais bem comprovada nos autos, servirá para estabelecer a pena-base, fixando o marco do tipo penal derivado (qualificado), enquanto as demais devem ser trabalhadas na operação dosimétrica da pena, visando encontrar o resultado definitivo.

Nesse crime, as qualificadoras, com exceção do motivo egoístico, são de natureza objetiva e, por conseguinte, comunicam-se aos coautores, nos termos do art. 30 do Código Penal. Nas figuras qualificadas a pena de multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, ao contrário das figuras simples, em que as mesmas penas são aplicadas alternativamente. Façamos, a seguir, uma análise individualizada dessas *elementares* definidoras de novo tipo penal, o dano qualificado.

6.2 Com violência à pessoa ou grave ameaça

O fundamento políticocriminal da qualificadora reside na maior gravidade do injusto, pois esse *modus operandi* — com violência ou grave ameaça — amplia consideravelmente o *desvalor da ação,* justificando-se sua maior punibilidade. Ao praticar o crime, dessa forma, o agente ofende outros bens jurídicos, como a liberdade individual ou a incolumidade pública, podendo, inclusive, constituir crime autônomo mais grave. Somente a *violência contra a pessoa* qualifica o dano. A violência e a grave

ameaça podem ser exercidas contra outra pessoa que não a proprietária ou possuidora do bem danificado. A violência ou grave ameaça tanto podem ser utilizadas durante a execução do crime como para assegurar sua consumação. Somente a empregada após a consumação do dano não o qualifica.

Tanto a *violência* quanto a *grave ameaça* devem visar a prática do *dano*, isto é, devem ser o *meio* utilizado para a produção do prejuízo. Por isso, não se pode reconhecer a qualificadora quando evidente que a violência praticada não teve a finalidade de possibilitar a prática do crime de dano, nem foi exercida pelo agente como meio para assegurar sua execução. Se, por exemplo, o agente, após praticado o dano, sendo surpreendido pela vítima, agride-a, produzindo-lhe lesões corporais, não se tratará de dano qualificado pela violência ou grave ameaça. Nessa hipótese, responde pelo crime de dano simples em *concurso material* com o crime de lesões corporais.

No entanto, não há necessidade de que o *sujeito passivo* da violência seja o mesmo do dano, sendo suficiente a existência de relação de causa e efeito ou de meio e fim entre ambos. O crime de dano, enfim, pode ser, eventualmente, daqueles que se poderiam chamar de crime de *dupla subjetividade* passiva, quando são vítimas, ao mesmo tempo, dois indivíduos, titulares de bens jurídicos distintos. De plano, deve-se destacar que a *ameaça* (art. 147) e as *vias de fato* (art. 21 da LCP) são absorvidas pelo *dano qualificado* descrito neste dispositivo (art. 163, parágrafo único, I).

6.3 Equiparação de violência e grave ameaça: uma praxe do legislador de 1940

Mais uma vez, neste dispositivo, o legislador equiparou a *violência à grave ameaça*, dando-lhes, juridicamente, a mesma importância. *Violência* à pessoa consiste no emprego de força contra o corpo da vítima, e não contra o próprio patrimônio que está sendo objeto do dano. Para caracterizá-la é suficiente que ocorra *lesão corporal leve* ou simples *vias de fato*. O termo “violência” empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*. A *violência* pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. *Ameaça grave* (violência moral) é aquela capaz de atemorizar a vítima, viciando-lhe a

vontade, impossibilitando sua capacidade de resistência. A *grave ameaça* objetiva criar na vítima o fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral, tanto a si quanto a pessoas que lhe sejam caras. É irrelevante a *justiça* ou *injustiça* do mal ameaçado, na medida em que, utilizada para a prática de crime, torna-se também antijurídica.

Mediante grave ameaça constitui forma típica da "violência moral", é a *vis compulsiva*, que exerce força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a *ameaça* também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa, como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir.

6.4 Graduação do mal ameaçado: dano ou perigo

O mal ameaçado pode consistir em *dano* ou em simples *perigo*, desde que seja *grave*, impondo medo à vítima, que, em razão disso, sinta-se inibida, tolhida em sua vontade, incapacitada de opor qualquer resistência ao sujeito ativo. No entanto, é desnecessário que o dano ou perigo ameaçado à vítima seja *injusto*, bastando que seja *grave*. Na verdade, a injustiça deve residir na ameaça em si e não no dano ameaçado.

6.5 Dano praticado com violência: concurso material de crimes ou cúmulo material de penas

Quando da *violência* empregada para produzir o dano resultarem lesões corporais, haverá a *aplicação cumulativa das penas* correspondentes ao dano qualificado pela violência e as decorrentes das lesões corporais. Registramos, desde logo, que *consideramos grande equívoco* afirmar que a *violência implica concurso material de crime*, pois se ignora a verdadeira *natureza* desse concurso. O fato de determinar-se a *aplicação cumulativa de penas* não significa que se esteja reconhecendo aquela espécie de concurso, mas apenas que se adota o sistema do *cúmulo material de penas*, que é outra coisa. Concluindo, o art. 163, parágrafo único, não criou uma espécie *sui generis* de concurso material, mas adotou tão somente o *sistema do cúmulo material* de aplicação de pena, a exemplo do que fez em relação ao

concurso formal impróprio (art. 70, 2ª parte). Assim, quando a *violência* empregada na prática do crime de *dano* constituir em si mesma outro crime, havendo unidade de ação e pluralidade de crimes, estaremos diante de concurso formal de crimes.

No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material* do crime de dano com outros crimes violentos, como acontece com quaisquer outras infrações, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de unidade de ação ou omissão, caracterizadora do concurso formal.

6.6 Com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

A utilização de substância *inflamável* ou *explosiva* deve ser *meio* para a prática do crime de dano. É necessário que a substância inflamável ou explosiva seja utilizada como meio de execução do crime, pois o próprio texto legal diz "com emprego de...". A *subsidiariedade* dessa qualificadora é expressa: "se o fato não constitui crime mais grave", uma vez que qualquer delas — substância inflamável ou explosiva — pode ser utilizada para a prática de crimes contra a incolumidade pública (arts. 250 a 259). Assim, o crime de dano fica excluído pelo crime mais grave, do qual é subsidiário. Nesses termos, se o fato é acompanhado de perigo comum, o crime único a ser reconhecido será o de incêndio, o de explosão etc.

A própria *natureza* das substâncias, inflamável ou explosiva, por si só já é suficiente para justificar a agravação da censura da conduta que as utiliza como meio para a prática de qualquer crime, inclusive o de dano. "O *gravame* — destacava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 327) — aplica-se, já porque a posse dessas substâncias está sujeita a licença especial, já porque seu emprego produz maiores danos e, finalmente, porque elas despertam grande receio ou temor na população, por isso mesmo sendo mais intenso o alarma social consequente ao crime". A locução utilizada pelo legislador, "com emprego de", deixa claro que a qualificadora se configura quando o agente emprega as substâncias inflamáveis ou explosivas na execução do crime, isto é, qualquer das duas deve ser usada como meio, perigoso que é, para a prática do crime.

6.7 Contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa

concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista

Qualifica o dano ser o crime cometido *contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista* (redação determinada pela Lei n. 5.346, de 3-11-1967). O *conceito* de patrimônio público das pessoas jurídicas de direito público mencionadas no dispositivo em exame não se confunde com aquele concebido pelo Código Civil. Somente aqueles bens efetivamente pertencentes ao "patrimônio público" podem ser objeto dessa qualificadora, inclusive as coisas de uso público comum ou especial.

Não será qualificado o crime de dano praticado contra o patrimônio de *empresa pública* ou *fundação* instituída pelo Poder Público. Por definição legal, *empresa pública é* "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer, por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67, com redação do art. 1º do Decreto-Lei n. 900/69).

6.8 Por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima

Os motivos que podem levar à prática do crime podem ser morais, imorais, sociais ou antissociais. Quando os motivos têm natureza moral ou social, a conduta humana violadora da ordem jurídica é digna de menor reprovabilidade social; no entanto, quando a motivação tiver natureza imoral ou antissocial, a reprovabilidade será naturalmente superior, podendo majorar e até qualificar eventual infração penal cometida. Para qualificar o crime de dano, como as duas últimas figuras, o legislador brasileiro elegeu um *motivo* e uma *consequência*, que considerou agravarem sobremodo a *censurabilidade* dessa infração penal, um subjetivo, outra objetiva: *motivo egoístico ou prejuízo considerável para a vítima.*

6.8.1 Por motivo egoístico

De plano, convém destacar que o dispositivo que estamos examinando

não tem a pretensão de punir ou criminalizar o *egoísmo*, que é um sentimento pessoal e, de certa forma, não deixa de ser, dentro de determinados limites, algo necessário para a vida social, pois em sua base não deixa de ser um reflexo do instinto de conservação. Por isso, a locução utilizada pelo Código Penal deve ser interpretada como *motivo antissocial*, uma vez que nem todo egoísmo tem essa conotação.

Motivo egoístico não é qualquer impulso antissocial característico de todo crime de dano. *Egoístico* é somente o motivo que se prende a futuro interesse, econômico ou moral. Assim, como exemplificava Hungria, a danificação do trabalho ou equipamento de um concorrente para vencer a competição ou para valorizar seu similar. Motivo egoístico, no magistério irretocável de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 328), "É o egoísmo exacerbado, que, na satisfação dos interesses individuais, lesa, ofende e extingue os interesses dos semelhantes. É o exagerado amor ao bem próprio. É o egocentrismo, em que o *eu* é o centro de todo o interesse, é a finalidade de toda ação do indivíduo, que, para satisfazê-lo, calca aos pés os interesses e direitos do próximo". *Motivo egoístico* não se vincula à satisfação de qualquer sentimento menos nobre, tal como ódio, despeito, inveja ou desprezo, sob pena de confundir-se com o *dano simples*, que, normalmente, é motivado por algum sentimento dessa ordem. Nessa modalidade de dano qualificado pode aparecer, excepcionalmente, o *animus lucrandi.*

6.8.2 Com prejuízo considerável

O *prejuízo considerável* deve ser *aferido* em relação ao patrimônio do ofendido, que não deixa de ser um critério *extremamente relativo*, na medida em que um dano de grande monta, genericamente considerado, pode não representar "prejuízo considerável para a vítima" possuidora de grande fortuna; por outro lado, pequeno dano, nas mesmas circunstâncias, pode destruir economicamente alguém de pouquíssimas posses. Não era outro o entendimento de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 111), que, a seu tempo, já professava: "O caráter de gravidade objetiva, como se depreende da letra da lei, é referível à condição de fortuna da vítima (um prejuízo patrimonial que não tenha maior relevo para um homem abastado, pode ser *considerável* para um operário)".

No entanto, ainda assim, deve-se reconhecer, é o *critério mais justo*, por vincular o dano causado ao patrimônio do ofendido; além de respeitar o

moderno princípio da proporcionalidade, relaciona-se à capacidade de suportabilidade deste. Ademais, essa é a determinação legal: *prejuízo considerável para a vítima.* Segundo Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 403) e Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 111), somente se configurará a qualificadora do *prejuízo considerável* se houver dolo em relação a esse prejuízo grave, isto é, se o agente o quis (tendo dele consciência) ou, pelo menos, assumiu o risco de produzi-lo.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o efetivo dano causado, isto é, com a *destruição, inutilização* ou *deterioração* da coisa alheia. O dano é crime material, que só se configura quando há *prejuízo* para a vítima, decorrente da *diminuição do valor* ou da utilidade da coisa destruída, inutilizada ou deteriorada. Por isso, faz-se necessária a comprovação pericial do resultado danoso, sob pena de não se tipificar a figura delituosa. Mesmo que a destruição seja parcial, desde que torne imprestável a coisa ou a inutilize, é suficiente para consumar o crime que a intenção do agente fosse a destruição total. O *dano* é crime de *ação múltipla* ou *de conteúdo variado.* Assim, mesmo que o agente, num primeiro momento, *deteriore* a coisa alheia e, insatisfeito com esse resultado, *inutilize-a* para seus fins normais e, por fim, a *destrua,* haverá somente um crime. Essa determinação enfurecida no agir demolidor do agente deverá ser avaliada na *dosimetria penal,* particularmente no exame da *censurabilidade* da conduta (culpabilidade) e consequências do crime.

Como crime material que é, o *dano* admite a *tentativa*, quando o agente é interrompido na ação que executava objetivando a deterioração, inutilização ou destruição de coisa alheia. Consideramos temerário afirmar que há *tentativa* quando o agente não obtém o resultado pretendido, uma vez que o *resultado parcial* já é suficiente para consumar o crime de dano. Na verdade, a tentativa somente pode configurar-se quando o estrago não for relevante.

8 Pena e ação penal

Na figura simples, aplica-se, *alternativamente*, pena de detenção, de um a seis meses, ou multa; na qualificada, *cumulativamente*, detenção, de seis meses a três anos, e *multa.* A ação penal é de *iniciativa privada* na figura

simples (*caput*) e na figura qualificada na hipótese do parágrafo único, IV. Nas outras três hipóteses de formas qualificadas (parágrafo único, I, II e III), a *ação penal é pública incondicionada* (art. 167).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Dano qualificado. Agente que danifica telefone público e resiste à prisão. O delito restou caracterizado, porquanto o réu, ao danificar o telefone público, atingiu o patrimônio de empresa concessionária de serviço público, cuja exploração é reservada à união diretamente ou mediante autorização, concessão, ou permissão, nos termos do inciso XI do art. 21 da CF" (TJRS, Apelação 70022197560, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 13-3-2008).

"Lesões corporais. Ameaça. Dano qualificado. Concurso material. Conjunto probatório convincente e suficiente, a ensejar a condenação dos réus pelos delitos de lesões corporais, ameaça e dano qualificado, descritos na denúncia. Versão acusatória fundamentada nos relatos da vítima, lineares e convergentes, em todas as oportunidades, e que restou corroborado pelo auto de exame de corpo de delito e pelas fotografias acostadas ao feito" (TJRS, Apelação 70018132308, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 13-2-2008).

"Para a configuração do crime de dano, inserto no art. 163 do Código Penal, faz-se imprescindível a vontade deliberada de causar prejuízo patrimonial ao dono da coisa (*animus nocendi*). Não comete crime de dano o preso que danifica a parede da cela movido por exclusivo instinto de fuga (TJPR, Apelação 423642-4, Rel. Carlos Augusto A. de Mello, j. 13-12-2007).

"Dano. Fuga de preso. Na linha de precedentes desta Corte, não configura crime de dano se a ação do preso foi realizada exclusivamente para a consecução de fuga. A evasão por parte de preso só está prevista como crime na hipótese de violência contra a pessoa (art. 352, do CP)" (STJ, REsp 867.353/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-5-2007).

"Crime de dano. Estabelecimento prisional. Objetivo de fuga. Dolo específico. Ausência. Inexiste crime de dano se o preso destrói, inutiliza ou deteriora os obstáculos materiais à consecução da fuga, porque ausente o dolo específico, ou seja, o propósito de causar prejuízo ao titular do objeto material do crime" (STJ, REsp 661.904/RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. 11-4-2006).

"Somente restará configurada a qualificadora prevista no art. 163, parágrafo único, inciso I, do CP, se for empregada violência ou grave ameaça à pessoa para a consecução do delito de dano. Vale dizer, a violência ou grave ameaça deve ser um meio para a prática do delito de dano, hipótese em que este será qualificado pelo modo no qual foi levado a efeito" (STJ, Apn 290/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-3-2005).

"Crime de dano contra empresa concessionária de serviço de telefonia. Inexistência de prejuízo a bens ou interesses da União. Competência da justiça estadual. Compete à Justiça Estadual Comum julgar e processar crime de dano cometido contra empresas concessionárias de serviços públicos, por inexistente prejuízo da União. Precedentes" (STJ, Conflito de Competência 40.865/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25-2-2004).

Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia

Art. 164. Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa.

— V. art. 64 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nosso Código Penal de 1940 inspirou-se nos precedentes italianos, como os Códigos Zanardelli e sardo, que disciplinaram esse crime, por vez primeira, como figura autônoma, punindo o dano causado por animais em propriedade alheia, além da denominada *pastagem abusiva*. O Código Penal Rocco, de 1930, recepcionou essa figura delitiva, dando-lhe contorno semelhante àquele que, posteriormente, seria adotado pelo legislador brasileiro de 1940.

2 Bem jurídico tutelado

Os *bens jurídicos* protegidos neste dispositivo continuam sendo a *posse* e a *propriedade imóvel*, rural ou urbana, que constituem aspectos do patrimônio, especialmente contra dano causado por animais em plantações e terrenos cultivados. Ganham especial relevo os danos causados por essa forma a plantações ou a qualquer espécie de terrenos cultivados. Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, p. 102) destacou, com absoluto acerto, que a locução "propriedade" não é empregada no tipo penal com o significado de *domínio*, mas com o objetivo de indicar o terreno do prédio rústico ou urbano, cultivado ou não, passível de ser danificado por animais.

Protegendo o patrimônio, inegavelmente, o Código tutela também o domínio, mas não apenas este, indo além para alcançar também a *posse*, mesmo desacompanhada daquele, como ocorre em outros crimes patrimoniais. Consequentemente, como destacava lucidamente Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 330), "a lei, falando em propriedade alheia, refere-se não só ao imóvel, ao terreno no domínio pleno de outrem, como também àquele que, por justo título, se acha na posse alheia, como nos casos de enfiteuse, usufruto etc.".

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com exceção, em princípio, do proprietário. Sujeito ativo é quem realiza a conduta descrita no tipo penal. Embora não seja pacífico, acreditamos que o proprietário também pode ser autor desse crime, quando, por alguma razão, *a posse direta* estiver com terceiro, por exemplo, havendo arrendamento rural, se o proprietário introduz seus animais, que danificam a plantação do arrendatário. A corrente capitaneada por Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 113) entende que, nessa hipótese, poderia configurar-se crime de *dano* ou até mesmo de *furto.*

Não comungamos desse entendimento exatamente porque interpretamos a locução "propriedade alheia" com aquele sentido mais abrangente defendido por Bento de Faria. Socorre-nos, igualmente, Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 331), que pontificava: "Sendo a posse, destacada do domínio, protegida pela disposição penal, segue-se que o proprietário pode ser sujeito ativo do crime, uma vez que o terreno ou imóvel esteja na posse justa de outrem". Achando-se, no entanto, o imóvel no pleno domínio do proprietário, evidentemente que este não pode ser sujeito ativo desse crime. Aquela solução aventada por Hungria e Fragoso — crime de dano — parece-nos possível quando o agente for condômino do imóvel invadido e o prejuízo resultar de dano a plantações ou coisas pertencentes somente a outro condômino.

Sujeito passivo é o possuidor ou proprietário, havendo posse justa daquele ou quando for também proprietário do imóvel onde os animais foram introduzidos.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *introduzir* (fazer entrar, fazer penetrar) ou *deixar* (abandonar, soltar, largar) animais em propriedade alheia. É necessário que, por exigência expressa do tipo penal, não haja consentimento do ofendido e, ademais, decorra *efetivo prejuízo.* Esses são os elementos estruturais da figura típica que passamos a examinar.

4.1 Introduzir animais em propriedade alheia

A primeira conduta proibida é *introduzir,* que, como já referimos, significa levar para dentro, fazer entrar, providenciar a penetração de

animais em propriedade alheia, desautorizadamente, causando dano a alguém. É irrelevante que os animais estejam sozinhos, acompanhados pelo sujeito ativo ou por alguém a seu mando. A proibição penal é de que os animais sejam *introduzidos*, de qualquer forma, *sem consentimento* de quem de direito. Trata-se, como se constata, de crime de forma livre, isto é, pode ser praticado por qualquer meio, modo ou forma. Contudo, convém destacar a advertência sempre lúcida de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 331), que pontificava: "... não se pode falar em abandono quando o agente deixa os animais nas vizinhanças do terreno, de modo que eles para aí se dirigem; não é isso *deixar animais* em propriedade alheia. É, porém, *introdução*. Mais ardilosa ou astuta, mas sempre introdução, pois a lei não distingue os modos que se operam".

4.2 Deixar animais em propriedade alheia

A segunda conduta criminalizada caracteriza o *abandono*, que é representado pelo verbo "deixar", que significa deixar, abandonar, soltar, consentir. Nessa hipótese, a introdução dos animais não foi criminosa; logo, podem eles ter ingressado clandestinamente, isto é, sem o conhecimento de seu dono, ou ter sido introduzidos com o consentimento de quem de direito.

Na primeira hipótese — *introduzir* —, os animais são levados ou lhes é facilitado o ingresso em propriedade alheia; na segunda — deixar — encontrando-se, à revelia do dono, os animais em propriedade alheia, ou com o consentimento do proprietário do imóvel, são ali deixados intencionalmente. Na primeira figura, os animais são *introduzidos* criminosamente; na segunda, seu *abandono* é que caracteriza o crime. Naquela, o sujeito ativo tem a iniciativa de levar os animais à propriedade alheia; na segunda, abandona-os em propriedade alheia, após nela haverem ingressado, sem seu conhecimento.

4.3 Sem consentimento de quem de direito

A introdução ou abandono de animais deve ocorrer "sem consentimento de quem de direito". Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 405-6) sustentava: "Trata-se de expressão supérflua, que foi eliminada no atual CP italiano, posto que constasse do Código *Zanardelli*. É claro que o consentimento descriminaria a ação, já que se trata de bem jurídico disponível". Contrariamente, para Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 112), "Não se trata de uma cláusula supérflua: quer significar que o

consentimento descriminante tanto pode ser dado pelo dono do terreno (ou mandatário autorizado) quanto pelo possuidor legítimo, seja ou não titular de direito real (locatário, comodatário, depositário judicial, usufrutuário, enfiteuta, credor anticrético, promitente-comprador imitido na posse, etc.), e mais que, outorgado o consentimento, não haverá *ilícito penal*, por mais insólito ou grave que tenha sido o dano". Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 458), por sua vez, definiu a locução *sem consentimento de quem de direito* da seguinte forma: "Embora presente no tipo, diz respeito à antijuridicidade. Sua ausência torna a conduta não só atípica como permitida".

4.3.1 As possíveis funções dogmáticas do consentimento do ofendido

Como o *consentimento* pode ter funções e significados diversos, mesmo quando constante do tipo penal, justifica-se que se faça uma pequena digressão a respeito. Com efeito, examinando esses aspectos do *consentimento* da vítima do crime, fizemos as seguintes considerações: "No entanto, ao se examinar a natureza e importância do *consentimento do ofendido*, deve-se distinguir aquelas situações que caracterizam *exclusão de tipicidade* das que operam como *excludentes de antijuridicidade*. Na verdade, se fizermos uma análise, ainda que superficial, constataremos que em muitas figuras delituosas, de qualquer Código Penal, a *ausência de consentimento* faz parte da estrutura típica como uma *característica negativa do tipo*. Logo, a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta que, para configurar crime, exige o *dissenso da vítima*, como, por exemplo, o *rapto* (art. 219, já revogado), a *invasão de domicílio* (art. 150), a *violação de correspondência* (art. 151) etc. Outras vezes, o consentimento do ofendido constitui verdadeira *elementar do crime*, como ocorre, por exemplo, no *rapto consensual* (art. 220, já revogado) e no *aborto consentido* (art. 126). Nesses casos, o consentimento é elemento essencial do tipo penal" (Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 306-7).

4.3.2 Função dogmática do consentimento na introdução ou abandono de animais em propriedade alheia

O tipo penal que ora analisamos traz em sua construção típica a locução "sem consentimento de quem de direito", adequada exatamente à última

hipótese a que nos referimos, ou seja, constitui *elementar típica,* nesse caso, como característica negativa expressa da figura típica. A ausência de *consentimento* de quem de direito aqui é *elementar do tipo;* a presença (do consentimento) *afasta a tipicidade* da conduta. Enfim, se o *sujeito passivo* consentir na introdução dos animais, a conduta do sujeito ativo será *atípica,* isto é, indiferente para o direito penal.

Afasta-se, categoricamente, a natureza *justificante* do consentimento do tipo em exame, que poderá existir, é verdade, quando decorrer de vontade juridicamente válida do titular de um *bem disponível;* nesse caso, inexistirá contrariedade à norma jurídica. Com efeito, consentimento do ofendido com o condão de afastar a antijuridicidade de uma conduta é aquele que se impõe de fora para dentro, para *excluir a ilicitude,* sem integrar a conduta típica, como poderia acontecer, por exemplo, nos crimes de *cárcere privado* (art. 148), *furto* (art. 155), *dano* (art. 163) etc.

4.4 A ocorrência efetiva de prejuízo

A superveniência de prejuízo é condição indispensável à configuração do crime, constituindo, segundo alguns, *condição objetiva de punibilidade.* A ausência de prejuízo — dano economicamente apreciável — impede a configuração típica do crime. Na verdade, a *inocorrência de prejuízo* impede a própria tipificação da conduta, na medida em que "resultar prejuízo" é *elementar típica* do crime. Por isso, a falta de prejuízo, antes de ser mera condição objetiva de punibilidade, afasta a tipicidade da conduta, não se podendo falar em punibilidade de comportamento atípico.

O *prejuízo* a que se refere o tipo penal em exame é distinto daquele decorrente da simples introdução ou abandono de animais. Caso contrário, seria absolutamente desnecessário prevê-lo como *elementar típica* do crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia. Convém destacar, contudo, que a intenção do agente não deve ser o dano, mas introduzir ou abandonar animais em propriedade alheia, cuja consequência é a produção de prejuízo. Se, no entanto, o agente objetivar especificamente a produção de *dano,* o crime será aquele capitulado no art. 163 (dano). Se, por fim, pretender alimentar seus animais com a pastagem da propriedade alheia, deixará de existir o dano em si mesmo, passando a caracterizar-se o crime de furto, com verdadeira subtração de coisa alheia.

4.5 Prejuízo: condição objetiva da punibilidade ou elementar

típica

O *prejuízo* exigido pelo tipo penal em exame, ao contrário do entendimento da maioria — Nélson Hungria, Heleno Fragoso, Damásio de Jesus e, mais recentemente, Luiz Regis Prado —, que afirma tratar-se de *condição objetiva de punibilidade*, é elemento constitutivo do crime; é, como referimos repetidamente, uma *elementar do tipo* e, como tal, sua ausência *não afasta apenas a punibilidade*, mas a própria *tipicidade* do comportamento, produzindo consequências absolutamente distintas.

Na verdade, convém ter presente que a condição objetiva da punibilidade é extrínseca ao crime, estranha, portanto, à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade; é, poder-se-ia dizer, um *posterius* do crime, está fora dele. A condição objetiva da punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer relação causal com a conduta humana. "Se ela se encontra — afirmava Bettiol (*Diritto Penale*, p. 141) — em relação de pendência causal com a ação, no sentido que possa ser considerada como efeito, ainda que remoto da ação, tal evento não se poderá considerar condição de punibilidade, mas será elemento constitutivo do fato".

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* do crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de introduzir ou deixar animais em propriedade alheia. É necessário que o sujeito ativo tenha conhecimento de que a propriedade é alheia. Não há necessidade de *elemento subjetivo especial* do tipo, ante a ausência de previsão legal. A existência de eventual elemento subjetivo especial pode alterar a figura delitiva. Embora indispensável a *produção de prejuízo* para a tipificação do crime, visto que aquele constitui *elementar* do tipo penal, convém destacar que, se houver por parte do agente a intenção de *causar prejuízo*, o crime será o de *dano*, previsto no art. 163. Alguns julgados, equivocadamente, têm exigido o *animus* de prejudicar. O fim de prejudicar está ínsito na própria ação do agente, mais especificamente no dolo, pois seria ingênuo imaginar o dolo de introduzir ou abandonar animais em propriedade alheia sem produzir qualquer dano ou prejuízo; por outro lado, se a intenção do agente for alimentar os animais na plantação alheia, o crime será o de *furto* e não este do art. 164. Constata-se, enfim, que o elemento subjetivo deve ser distinto do de danificar ou subtrair pastagem ou

qualquer nutriente do imóvel invadido. Não há previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia somente com o efetivo prejuízo, ou seja, com a diminuição do patrimônio da vítima. Trata-se de crime material, isto é, que exige resultado naturalístico. Não se pode ignorar que o tipo penal condiciona a tipificação criminosa a "desde que do fato resulte prejuízo". Essa exigência típica impõe como condição a produção de um dano superior àquele mínimo natural e próprio da simples introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, quer com seu andar, quer com o estar ou meras passadas. Se esse dano fosse suficiente à configuração do crime, não se teria exigido expressamente a produção de prejuízo, porque aquele lhe é inerente.

6.1 Tentativa: entendimento ultrapassado da doutrina clássica

Não comungamos do entendimento majoritário da doutrina, que *nega a possibilidade da tentativa* no crime de introdução ou abandono de animais basicamente porque *o tipo exige a produção de prejuízo* para consumar-se. Essa orientação, que foi capitaneada por Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 112), peca pela simplicidade silogística. Dizia Hungria, seguido fielmente pelos demais: "É condição objetiva do crime a superveniência de prejuízo. Se este não ocorre, não se poderá reconhecer, sequer, tentativa, pois, diversamente do dano no seu tipo fundamental, não é exigido, aqui, o *animus nocendi"*. O silogismo não se sustenta em si mesmo, independentemente de questionarmos a afirmação de que a causação de prejuízo constitui condição objetiva da punibilidade, com o que não concordamos.

Em primeiro lugar, a configuração ou não de *tentativa* não tem qualquer relação com condições *extrínsecas do crime*, como é o caso de uma *condição objetiva da punibilidade*, por exemplo, o decreto da falência da empresa, para que o falido possa responder por crimes falimentares. Por outro lado, mesmo como *elementar do crime*, que é nossa orientação, a *exigência do prejuízo* para consumar-se a infração não inviabiliza o reconhecimento da *tentativa;* pelo contrário, facilita sua identificação, pelo

menos na modalidade de *introduzir* animais em propriedade alheia. Assim, por exemplo, se o agente é surpreendido, e interrompido, por alguém no momento em que está efetuando a introdução dos animais em propriedade alheia, não se pode negar que já iniciou o *iter criminis,* cuja intervenção, circunstância alheia à vontade do agente, impede a consumação.

6.2 Aspectos caracterizadores da tentativa

Na verdade, o que caracteriza a figura da tentativa não é a existência ou inexistência de condição objetiva de punibilidade, mas *a interrupção do processo executório por circunstâncias alheias à vontade do agente;* por exemplo, "o agressor é seguro quando está desferindo os golpes na vítima para matá-la. Em segundo lugar, a inexigência de *dolo de prejuízo* (que seria um *elemento subjetivo especial do tipo,* inexistente no crime em exame) tampouco é motivo para afastar a tentativa. Com efeito, se houvesse esse dolo o crime seria de *dano,* desnaturando aquela infração penal. Mas não se pode esquecer que o dolo *genérico* é constituído pela vontade e consciência da realização de todos os elementos constantes do tipo penal, entre os quais se inclui o *prejuízo.*

6.3 Aporias do passado e falácia de autoridade

Ninguém seria ingênuo a ponto de imaginar que uma pessoa introduza animais em plantação alheia e ignore que dessa ação voluntária possa decorrer prejuízo a outrem, ou, em outros termos, não tenha representado mentalmente a possibilidade da ocorrência desse prejuízo. Essa representação consciente basta para que o dolo genérico abranja a elementar causação de prejuízo. Seria, talvez, na linha da orientação que combatemos, o único crime material *plurissubsistente* a não admitir *tentativa*, afrontando não apenas os fundamentos dogmáticos mas a própria lógica do sistema, pois todos aqueles autores reconhecem que se trata de *crime material* e plurissubsistente. Enfim, o fundamento mais forte para se sustentar, na atualidade, a impossibilidade de tentativa no crime de *introdução ou abandono de animais* é o *argumento de autoridade*, isto é, apenas porque, a seu tempo, Nélson Hungria adotou essa orientação. No entanto, embora Hungria seja reconhecido por todos nós como o Papa do Direito Penal Brasileiro, ele também era falível e, vez por outra, equivocava-se.

7 Questões especiais: abrangência da locução "animais"

Questiona-se se apenas um *animal* poderia tipificar o delito, em razão de o artigo falar em *animais.* Adotamos o entendimento segundo o qual o vocábulo "animais" é genérico, não sendo exigível a pluralidade para configurar o crime. É suficiente que a ação seja praticada com apenas um animal, de pequeno ou grande porte, para tipificar a infração penal, desde que resulte prejuízo. Nessa linha, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 112) concluía: "Com o vocábulo animais (no plural), o texto legal quer apenas designar o *genus,* e não uma indispensável *pluralidade*: basta a introdução ou abandono de um só animal que seja. De outro modo, poderia ser iludida a incriminação, cuidando o agente de evitar que nunca estivesse introduzindo ou abandonando, em vezes sucessivas, mais de um animal".

Se a penetração de animais decorrer de *culpa,* o dono responderá somente pelos danos causados, na esfera *cível.* Por isso, temos dificuldade em aceitar o entendimento que admite a tipificação desse crime quando, por omissão, os animais invadem propriedade alheia e destroem a plantação. A forma omissiva somente pode ocorrer na modalidade "deixar animais", que é tipificada como a segunda figura criminosa. Quando o *dano* for meio ou consequência de outro crime, será absorvido por este. Como crime que deixa vestígio, a introdução ou abandono de animais é indispensável auto de exame de corpo de delito (art. 158 do CPP).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, *alternativamente,* são detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa. A ação penal é de *exclusiva iniciativa privada* (art. 167 do CP). O direito de queixa caberá não só ao proprietário do imóvel, mas também ao possuidor, quando o bem jurídico violado for somente a posse.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Introduzir animais em propriedade alheia. Art. 164 do CPB. Queixa-crime. Perempção. O recurso em sentido estrito é incabível em sede de Juizados Especiais Criminais, conhecido como apelação, por maioria. O querelado, sem autorização, colocou 50 cabeças de gado, novilhas, na área rural da propriedade do querelante, que está *sub judice,* em litígio com o próprio querelado" (TJRS, Recurso Crime 71001165703, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 18-12-2006).

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico

Art. 165. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

— V. art. 216 da CF.

— V. Lei n. 3.924/61 (monumentos arqueológicos e pré-históricos).

D O U T R I N A

1 Considerações especiais

O Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal Republicano de 1890 não previam infração penal semelhante à descrita no atual art. 165. Apenas mais recentemente se tem procurado proteger e preservar coisas e lugares que se destacam por seus valores artístico, histórico ou arqueológico. As Constituições brasileiras, a partir da de 1934, começaram a impor deveres especiais, nesse campo, ao Poder Público. A infração penal (art. 165) do Código Penal de 1940 foi inspirada no Código Penal Rocco de 1930 (art. 733), que previa, como contravenção penal, o dano a coisa própria, isto é, praticado pelo proprietário, de valor arqueológico, histórico ou artístico.

O art. 165, contudo, foi revogado tacitamente pelo art. 62, I, da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), que regula completamente a mesma matéria, punindo com reclusão de um a três anos e multa. Trata-se, com efeito, de lei especial e lei geral (*lex especialis derrogat lex generalis*).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A legislação brasileira qualifica com a nota da tipicidade penal a conduta daquele que transgride a inviolabilidade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a integridade do acervo cultural do País. O remédio jurídicoprocessual do *habeas corpus* revela-se incompatível com a pretendida comprovação da alegada atipicidade da conduta do agente, eis que o exame dessa postulação envolve, necessariamente, a análise aprofundada da prova penal, insuscetível de apreciação na via estreita do *writ* constitucional. Precedentes" (STF, HC 73.449/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2-4-1996).

"O ordenamento positivo brasileiro — dando consequência e efetividade à cláusula

constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os bens e valores culturais — legitima a punição criminal daquele cuja conduta desrespeita e ofende a integridade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro, que tipificam os crimes de dano cultural, objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a inviolabilidade do acervo histórico, arqueológico e artístico do País. [...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que, nos crimes praticados contra bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, a competência penal originária para processar e julgar os Prefeitos Municipais pertence ao Tribunal Regional Federal. Precedente" (STF, HC 72.506/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-5-1995).

Alteração de local especialmente protegido

Art. 166. Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

— V. Lei n. 3.924/61 (monumentos arqueológicos e pré-históricos).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O disposto no art. 166 foi revogado tacitamente pelo art. 63 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), que disciplina completamente a conduta incriminada, aliás de forma mais abrangente (*lex especialis derrogat lex generalis*). O novo texto legal tem a seguinte redação: "Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida".

Provavelmente atento a esse novo dispositivo da Lei dos Crimes Ambientais, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial suprimiu o crime disciplinado no art. 166 do Código de 1940.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido é o *ambiente, sob seu aspecto cultural-estético,* particularmente a *inviolabilidade* do patrimônio público cultural nacional.

Essa proteção recai em coisas imóveis, de regra representadas por sítios, paisagens ou quaisquer espécies de locais bucólicos que embelezam determinados lugares e constituem *bem comum.* A beleza ou estética que se protege pode decorrer da própria natureza ou ser especialmente complementada pela arte ou ofício do ser humano.

Hungria destacava a existência de uma semelhança (que denominava "íntimo parentesco") muito grande entre essa infração penal e aquela prevista no art. 165 (que se refere ao dano contra coisas de valor artístico). Em ambas, na verdade, protegem-se *coisas* que justificam sua conservação pelo embelezamento ou valorização estética que encerram. No entanto, há profundas diferenças entre as duas infrações penais, a começar pelo próprio objeto material da proteção penal: o dispositivo anterior (art. 165) protege "coisas" de valor artístico, arqueológico ou histórico, ou seja, a proteção destina-se à coisa em si, a sua essência, enquanto este (art. 166) tutela "local" especialmente protegido, isto é, não se preocupa com a essência, mas tão somente com seu aspecto externo, com seu visual, sua estética, independentemente da substância. Para a consumação do crime é suficiente a simples alteração estética, sendo desnecessária a destruição, inutilização ou deterioração material exigida pelo art. 165. O simples dano à forma já caracteriza o crime. Por fim, na *proteção de local* as coisas são sempre *imóveis,* ao contrário do dispositivo anterior, em que podem ser tanto móveis quanto imóveis.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente de qualidade ou condição especial, pois se trata de crime comum. Nesse crime o proprietário também pode ser sujeito passivo, quando produz alteração de local que lhe pertence, mas que se encontra especialmente protegido por lei; a proteção legal de determinado local, com efeito, cria restrições ao direito de *domínio* em prol do interesse público.

Sujeito passivo é uma pessoa jurídica de direito público interno, União, Estado ou Município, primariamente, uma vez que o crime lesa *seu patrimônio*; secundariamente, *particular,* proprietário ou possuidor do local protegido.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *alterar,* isto é, mudar, desfigurar local especialmente protegido por lei. A alteração implica mudança do estado anterior ou preexistente. É indispensável a existência de previsão legal protegendo o local atingido. Faltando o elemento normativo — *sem licença da autoridade competente* —, isto é, havendo licença especial de autoridade competente, não se configurará o delito. Não há necessidade de produção de dano, sendo suficiente a modificação de aspecto ou desfiguração do visual. O objeto da ação será sempre constituído por imóvel.

Para configurar-se o crime não é necessário que a modificação seja integral, pois a alteração parcial pode caracterizar a ação que o tipo penal proíbe. A finalidade do tipo em exame é reforçar a preocupação do legislador de proteger a aparência, o visual ou a configuração de determinado lugar, pelo que representa para a coletividade. O crime pode ser executado por qualquer meio, ante a ausência de previsão legal, desde que se trate de local especialmente protegido por lei.

Na linguagem de Magalhães Noronha, *aspecto é* a fisionomia de alguma coisa, é o modo com que ela se apresenta a nossa vista. *Local,* por sua vez, na ótica da lei, é sinônimo de lugar, que a lei proíbe seja alterado.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo,* constituído pela vontade livre e consciente de *alterar,* isto é, modificar, desfigurar local especialmente protegido por lei. Para a configuração do dolo é indispensável que o agente saiba que o *local alterado é* protegido por lei; eventual desconhecimento dessa condição afasta a adequação típica exigida pelo art. 166, podendo levar o agente a responder, subsidiariamente, pelo crime de dano comum do art. 163 (devendo-se observar a natureza da ação penal).

O *desconhecimento* da existência de especial proteção legal do local pode configurar *erro de tipo,* excluindo a atipicidade dessa modalidade *especial de dano.* Deve-se ter presente, à evidência, que, em caráter residual e subsidiário, permanece o crime de dano tipificado no art. 163.

Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto. A conduta culposa é impunível.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de alteração de local especialmente protegido com a

alteração efetiva de *aspecto do local*, causando modificação no mundo exterior. Faz-se necessário que a ação do agente altere formalmente determinado local, que seja protegido por lei. Eventual consentimento da autoridade competente não só afasta a adequação típica como também a própria antijuridicidade, passando a ser uma conduta lícita.

Admite-se, em tese, a tentativa, tratando-se, pois, de crime material, cuja execução admite fracionamento. A ação humana pode ser interrompida durante sua execução antes que a alteração pretendida pelo agente se concretize.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (porque não exige condição especial do sujeito ativo); *material*, na medida em que produz um resultado naturalístico; *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa), embora o dano culposo também seja ilícito, devendo buscar sua reparação na esfera civil; de *forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *instantâneo* (a consumação opera-se de imediato, não se alongando no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, apenas por um agente); *plurissubsistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram a mesma conduta), isto é, seu *iter criminis* pode ser fracionado, permitindo, consequentemente, a *tentativa*.

8 Questões especiais

O atual Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial, suprimiu esse tipo penal. O Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, prevê o tombamento de sítios e paisagens. A denúncia precisa indicar qual a lei que protege especialmente o local. A dúvida sobre a existência de proteção legal pode configurar dolo eventual. A rigor, a objetividade jurídica, na essência, é a mesma do art. 165, sendo diferentes somente as condutas tipificadas.

9 Pena e ação penal

A pena cominada, pela redação original do Código Penal, era, *alternativamente*, detenção, de um mês a um ano, ou multa. A partir da vigência da Lei Ambiental (Lei n. 9.605/98), a pena privativa de liberdade passou a ser de um a três anos de reclusão, agora cumulada com a pena de

multa.

A ação penal é de natureza *pública incondicionada*, devendo, em consequência, a autoridade competente agir de ofício. A natureza do bem jurídico protegido — *local especialmente protegido por lei* — recomenda essa opção do legislador de 1940.

As diferentes modalidades de ação penal já foram anotadas em cada artigo deste capítulo. Ela é *pública* nos crimes de dano qualificado (art. 163, I, II e III), nas figuras previstas nos arts. 165 e 166. Nas figuras previstas no art. 163, no inciso IV do seu parágrafo único e no art. 164, a ação é de *exclusiva iniciativa privada*.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A legislação brasileira qualifica com a nota da tipicidade penal a conduta daquele que transgride a inviolabilidade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a integridade do acervo cultural do País. O remédio jurídicoprocessual do *habeas corpus* revela-se incompatível com a pretendida comprovação da alegada atipicidade da conduta do agente, eis que o exame dessa postulação envolve, necessariamente, a análise aprofundada da prova penal, insuscetível de apreciação na via estreita do *writ* constitucional. Precedentes" (STF, HC 73.449/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2-4-1996).

"O ordenamento positivo brasileiro — dando consequência e efetividade à cláusula constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os bens e valores culturais — legitima a punição criminal daquele cuja conduta desrespeita e ofende a integridade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro, que tipificam os crimes de dano cultural, objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a inviolabilidade do acervo histórico, arqueológico e artístico do País. [...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que, nos crimes praticados contra bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, a competência penal originária para processar e julgar os Prefeitos Municipais pertence ao Tribunal Regional Federal. Precedente" (STF, HC 72.506/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-5-1995).

Ação penal

Art. 167. Nos casos do art. 163, do n. IV do seu parágrafo e do art. 164, somente se procede mediante queixa.

— V. art. 100, § 2º, do CP.

— V. arts. 29 a 38 do CPP.

D O U T R I N A

As diferentes modalidades de ação penal já foram anotadas em cada artigo deste capítulo. Ela é *pública* nos crimes de dano qualificado (art. 163, I, II e III), nas figuras previstas nos arts. 165 e 166. Nas figuras previstas no art. 163, no n. IV do seu parágrafo único e no art. 164, a ação é de *exclusiva iniciativa privada*.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Não tendo em momento algum tanto a exordial acusatória, como os laudos periciais e o v. acórdão condenatório demonstrado se realmente foi utilizada uma substância inflamável ou explosiva, capaz de justificar a imputação de dano qualificado e não de dano simples que, nos termos do art. 167 do Código Penal, somente se procede mediante queixa é de se reconhecer a ilegitimidade *ad causam* do *Parquet*" (STJ, HC 39.377/PB, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11-10-2005).

"Crime de dano. Ilegitimidade do Ministério Público. Sendo o crime de dano simples contra bens patrimoniais de particular, carece o Ministério Público de legitimidade para dar início a ação penal, que é privativa do ofendido" (STJ, RHC 3.486/PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 8-5-1995).

Capítulo V - Da Apropriação Indébita

Apropriação indébita

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

— V. art. 312 do CP.

— V. arts. 644, 664, 681, 1.197, 1.198 e 1.208 do CC.

— V. art. 5º da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I — em depósito necessário;

— V. arts. 647 a 652 do CC.

II — na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário,

inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

— V. arts. 1.976 a 2.022 do CC.

— V. arts. 148 a 150 do CPC.

III — em razão de ofício, emprego ou profissão.

— V. arts. 21 e s. da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falências).

— Publicado como § 1º o único parágrafo do art. 168.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No Brasil, as Ordenações Filipinas não faziam distinção entre furto e apropriação indébita. Os Códigos de 1830 (art. 258) e 1890 (art. 331) não tiveram melhor sorte. O Projeto Sá Pereira seguiu o direito francês, adotando o *nomem juris* "abuso de confiança". Na realidade, a atual terminologia, "apropriação indébita", foi uma opção correta, diga-se de passagem, do Projeto Alcântara Machado, sem restringir-se a um *abuso de confiança*. Exatamente essa orientação foi a adotada pelo Código Penal de 1940, com a seguinte definição: *apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção*.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimonial, particularmente em relação à propriedade. Na verdade, protege o direito de propriedade, direta e imediatamente, contra eventuais abusos do possuidor, que possa ter a intenção de dispor da coisa alheia como se fosse sua. Esse já era o entendimento sustentado por Galdino Siqueira (*Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, 1924, p. 723): "A transferência da coisa deve ser feita a título precário, com a obrigação de restituí-la ou de fazer dela uso determinado, por isso que a apropriação indébita é uma ofensa ao direito de propriedade e não ao direito de posse". Acreditamos, no entanto, que o dispositivo em exame protege mais do que o simples direito de propriedade. Os *direitos reais de garantia*, como o usufruto e o penhor, também estão protegidos penalmente, uma vez que o usufrutuário, assim como o devedor, pode apropriar-se indevidamente da *res*, violando o direito do nu-proprietário ou do credor pignoratício.

Ao contrário do que ocorre no crime de furto, a posse não recebe, por

este dispositivo, a tutela jurídica. O Código Penal brasileiro silenciou sobre a elementar *abuso de confiança*, ao contrário de inúmeros Códigos europeus, por influência do direito francês. Pode existir, e na maioria das vezes é normal que exista, uma relação de fidúcia na prática desse tipo de crime, mas, decididamente, não é elemento indispensável a sua configuração. É necessário e suficiente que a *justa* posse ou detenção exercida pelo agente, *alieno domine*, sobre a coisa alheia, preexista à ilícita apropriação.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que tenha a posse ou detenção *legítima* de coisa alheia móvel. O *proprietário* não pode ser sujeito ativo desse crime; assim, sujeito ativo será sempre pessoa diversa do proprietário, seja possuidor ou detentor, independentemente de haver recebido a posse ou detenção de terceiro. O nu-proprietário, por exemplo, que vende a coisa que o usufrutuário, por alguma razão, lhe emprestara responderá pelo crime de estelionato; contudo, o usufrutuário que a aliena sem o consentimento do nu-proprietário responde por apropriação indébita. O *condômino*, sócio ou coproprietário também pode ser sujeito ativo de apropriação indébita, desde que não se trate de coisa fungível e a apropriação não exceda à quota que lhe cabe.

Sujeito passivo é qualquer pessoa, física ou jurídica, titular do direito patrimonial atingido pela ação tipificada; em regra, é o proprietário, e, excepcionalmente, o mero possuidor, quando a posse direta decorra de direito real (usufruto ou penhor), uma vez que se relacionam à propriedade. Assim, não apenas o dono da coisa pode ser sujeito passivo de apropriação indébita como também o titular de direito real de garantia, como usufrutuário ou credor pignoratício.

4 Pressuposto da apropriação indébita

O pressuposto do crime de *apropriação indébita* é a *anterior posse lícita da coisa alheia*, da qual o agente *se apropria* indevidamente. A *posse*, que deve preexistir ao crime, deve ser exercida pelo agente em *nome alheio*, isto é, em nome de outrem. É necessário que o agente possa ter disponibilidade física direta ou imediata da coisa alheia subsequente à *traditio* voluntária, livre e consciente. Contudo, a essa disponibilidade material não deve

corresponder a disponibilidade jurídica *uti dominus*. O que o agente possuía *alieno domine* passa a possuir *causa dominii*. "Dá-se uma *contradictio* entre *causa possessionis vel detentionis* e a superveniente conduta do agente em relação à coisa possuída ou detida". Com efeito, não há violação da posse material do *dominus*, pois a coisa alheia já se encontra no legítimo e desvigiado poder de disponibilidade física do agente.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A *ação* incriminada consiste em apropriar-se de coisa alheia móvel de que o agente tem a posse ou detenção. *Apropriar-se* é tomar para si, isto é, *inverter a natureza da posse*, passando a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem posse ou detenção. Na apropriação indébita, ao contrário do furto e do estelionato, o sujeito passivo tem, anteriormente, a posse lícita da coisa. Recebe-a legitimamente.

5.1 Elemento subjetivo transformador da natureza da posse

Pressuposto do crime de *apropriação indébita*, reiterando, é a *anterior posse lícita* da coisa *alheia*, da qual o agente *se apropria* indevidamente. Como afirmava Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 416), "a posse que deve preexistir ao crime deve ser exercida pelo agente em nome alheio (*nomine alieno*), isto é, em nome de outrem, seja ou não em benefício próprio". Quer dizer, nesse crime, o *dolo é subsequente* pois a apropriação segue-se à *posse da coisa*. Na verdade, no crime de apropriação indébita há uma alteração do *título da posse*, uma vez que o agente passa a agir como se dono fosse da *coisa alheia* de que tem a *posse legítima*. É fundamental a presença do *elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria*. Ao contrário do crime de *furto*, o agente tem a *posse lícita* da coisa. Recebe-a legitimamente. Muda somente o *animus* que o liga à coisa.

Este primeiro elemento — *posse legítima de coisa alheia móvel* —, sobre o qual se deve inverter o *animus rem sibi habendi*, é indispensável ao exame da caracterização do crime de apropriação indébita. Em não havendo a *anterior posse legítima* de coisa alheia móvel, não se pode falar em apropriação indébita, onde a inversão do título da posse é fundamental. No entanto, se o sujeito ativo age de má-fé, mantendo em *erro* a vítima, que *entrega* a coisa, *ludibriada*, pratica o crime de *estelionato*, e não o de

apropriação indébita. Ao contrário, se a vontade de possuir a coisa, isto é, o *animus*, antecede a posse, que já é adquirida em nome próprio e não no de terceiro, não se configura apropriação indébita.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, constituído pela *vontade livre e consciente* de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse em nome de outrem, ou, em outros termos, a vontade definitiva de não restituir a coisa alheia ou desviá-la de sua finalidade. O *dolo* — que se encontra na ação — deve abranger todos os elementos configuradores da descrição típica, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais. O autor, como afirma Claus Roxin (*Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 171), somente poderá ser punido pela prática de um *fato doloso* quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. Eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo constitui *erro de tipo*, excludente do dolo. O dolo é, na espécie, como afirma Fernando Fragoso (Crime contra o sistema nacional – Lei 7.492/86, in Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 693), "a vontade de assenhorear-se de bem móvel (*animus rem sibi habendi*), com consciência de que pertence a outrem, invertendo o título da posse". Em outros termos, o agente deve ter *vontade* e *consciência* de *apropriar-se* de coisa alheia, isto é, de tomar para si coisa que não lhe pertence. Essa é a *representação subjetiva* que deve abranger e orientar a ação do sujeito ativo.

6.1 Inversão do título ou natureza da posse

No crime de apropriação indébita, como já referimos, há uma *inversão do título da posse*, já que o agente passa a agir como se dono fosse da *coisa alheia* de que tem a *posse legítima*. É fundamental a presença do *elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria*, como *elemento subjetivo especial do injusto*, sob pena de não se configurar a apropriação indevida.

Afirma-se que, nesse crime, o dolo é subsequente, pois a apropriação segue-se à posse lícita da coisa. O *dolo* é, na espécie, como afirma Fernando Fragoso, "a vontade de assenhorear-se de bem móvel (*animus rem sibi habendi*), com consciência de que pertence a outrem, invertendo o título da posse". Contrariando esse entendimento, Heleno Fragoso (*Lições*

de Direito Penal, v. 1, p. 423) sustentava que "não existe dolo subsequente... O dolo deve necessariamente dominar a ação (ressalvada a situação excepcional de *actio libera in causa*), e no caso se revela com a apropriação, ou seja, quando o agente inverte o título da posse".

6.2 Real sentido da locução dolo subsequente

Na verdade, embora pareça, não chegam a ser contraditórias as duas orientações; basta que se procure emprestar maior precisão aos termos empregados, isto é, deve-se interpretar adequadamente o sentido da locução "dolo subsequente". Explicando: não se desconhece que o dolo, necessariamente e sempre, tem de ser atual, isto é, contemporâneo à ação proibida. Se fosse anterior, estar-se-ia diante de um *crime premeditado*; se fosse posterior, de crime não se trataria, pois a conduta praticada não teria sido orientada pelo dolo. Com efeito, quando se fala em *dolo subsequente* não se está pretendendo afirmar que o dolo é posterior à ação de apropriar-se, como pode ter interpretado Heleno Fragoso; logicamente, busca-se apenas deixar claro que é necessário o *animus apropriandi* ocorrer após a posse *alieno nomine*.

7 Consumação e tentativa

7.1 A consumação

O momento consumativo do crime de apropriação indébita, convém registrar de plano, é de difícil precisão, pois depende, em última análise, de uma *atitude subjetiva*. A *consumação* da apropriação indébita e, por extensão, o aperfeiçoamento do tipo coincidem com aquele momento em que o agente, por ato voluntário e consciente, *inverte o título da posse* exercida sobre a coisa, passando a dela dispor como se proprietário fosse. Contudo, a certeza da recusa em devolver a coisa somente se caracteriza por algum ato externo, típico de domínio, com o ânimo de apropriar-se dela.

O *animus rem sibi habendi*, característico do crime de apropriação indébita, precisa ficar demonstrado à saciedade. Se o agente não manifesta a intenção de ficar com a *res*, e, ao contrário, a restitui à vítima tão logo possível, o dolo da apropriação indébita não se aperfeiçoa. A simples demora na devolução da *res*, quando não existe prazo previsto para tanto, não caracteriza o delito de apropriação indébita. Consuma-se, enfim, com a

inversão da natureza da posse, caracterizada por ato demonstrativo de disposição da coisa alheia ou pela negativa em devolvê-la.

7.2 A tentativa

Como crime material, a *tentativa* é possível, embora de difícil configuração. Hungria (*Comentários ao Código Penal*, p. 145) criticava duramente a corrente contrária à admissibilidade da tentativa, nos termos seguintes: "Não acolhemos a opinião daqueles que entendem não ser possível a tentativa de apropriação indébita. É ela configurável não apenas no exemplo clássico do mensageiro infiel que é surpreendido no momento de violar o envelope que sabe conter valores, senão também toda a vez que a apropriação encerra um *iter* ou, como diz Hafter, se executa mediante um ato reconhecível *ab externo* ('*einen äusserlich erkennbaren Akt*'), como, por exemplo, *venda* ou *penhor*".

A despeito da dificuldade de sua comprovação, a identificação da *tentativa* fica na dependência da possibilidade concreta de se constatar a exteriorização do *ato de vontade* do sujeito ativo, capaz de demonstrar a alteração da *intenção do agente* de apropriar-se da coisa alheia. Não se pode negar a configuração da tentativa quando, por exemplo, o *proprietário* surpreende o *possuidor* efetuando a venda de coisa que lhe pertence e somente a intervenção daquele — circunstância alheia à vontade do agente — impede a *tradição* da coisa ao comprador, desde que nenhum ato anterior tenha demonstrado essa intenção. Magalhães Noronha e Heleno Fragoso, embora assumindo a existência de controvérsia, reconhecem que, como crime de dano, a apropriação indébita, doutrinariamente, admite a tentativa.

8 Formas majoradas de apropriação indébita

A apropriação indébita não apresenta estritamente figuras qualificadas, mas prevê hipóteses de *causas de aumento* de pena (majorantes) no § 1º do art. 168, cuja elevação obrigatória será em um terço. Tratando-se de majoração compulsória, deve-se examinar a caracterização dessas majorantes com mais rigor e de forma restritiva, como recomenda a dogmática penal. São as seguintes situações em que o agente recebe a coisa:

8.1 Coisa recebida em depósito necessário

O direito civil distingue o depósito em *necessário* (art. 647 do CC) e *voluntário* (art. 627). Para o direito penal, pelo que deste dispositivo consta, o *depósito voluntário* não recebe a mesma proteção penal; em outros termos, essa *posse*, transformada, indevidamente, em *domínio* pelo depositário, poderá caracterizar apropriação indébita simples, sem qualquer majoração especial.

Depósito necessário significa que o sujeito passivo não tem outra escolha, está obrigado a confiar o objeto ou valor ao agente. Por isso, o desvalor da ação é mais grave, sendo merecedor de maior reprovação, em razão da vulnerabilidade do sujeito passivo, que ficou à mercê do depositário. "Tal relação de dependência — destaca Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 477) — impõe um dever maior de probidade deste. Assim, a infração penal praticada na referida circunstância acentua a gravidade do injusto, não só pelo maior desvalor da ação, mas também pelos notórios efeitos deletérios causados pela infração". Realmente, o fundamento da majoração especial da punição reside na falta de liberdade de escolha do depositante, que, premido pelas circunstâncias, torna-se presa vulnerável. Em contrapartida, o dever de probidade do depositário aumenta na mesma proporção, pelo múnus público que exerce, ainda que não se trate de uma função pública.

8.1.1 Depósito necessário: legal ou miserável

O depósito necessário pode ser *legal* ou *miserável*. É legal quando decorre de expressa previsão normativa, quando se pode escolher o depositário. Será miserável o depósito, por outro lado, quando feito em situações excepcionais, que reduzam, embora não anulem, a possibilidade de escolha do depositante (calamidade, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque). O depósito necessário, disciplinado no inciso I do § 1º do art. 168, é apenas aquele conhecido como miserável, ou seja, levado pela necessidade de salvar a coisa da iminência de uma calamidade, ou, como define o próprio Código Civil, "o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque" (art. 647). Está excluído, por conseguinte, o depósito legal.

A apropriação do *depósito legal* pode configurar *peculato* (quando se tratar de funcionário público) ou outro crime, que pode até ser a apropriação indébita majorada por outro fundamento (e não pelo depósito necessário). A apropriação de *depósito miserável* configura a *majoração em*

exame (por depósito necessário).

8.1.2 Depósito originário de hospedagem

O Código Civil equiparou o depósito originado de *hospedagem* ao depósito necessário (art. 649). Não se pode esquecer, contudo, que em direito penal não prevalecem as *ficções do direito privado*. Com efeito, os hospedeiros que se apropriarem dos objetos dos hóspedes que lhes tenham sido confiados cometerão apropriação indébita. A majorante que incidirá, no entanto, não será a de depósito necessário, mas a de *abuso de confiança* no exercício de profissão (art. 168, § 1º, III, do CP). Não se deve confundir, ademais, o ato de empregados "afanarem" pertences dos hóspedes, uma vez que essa conduta constitui *furto* e não apropriação indébita.

8.2 Qualidade pessoal do agente: tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial

Esse rol contido no inciso II é *numerus clausus*, não admitindo a inclusão de qualquer outra hipótese semelhante, ou seja, não abrange pessoa que desempenhe função diversa das relacionadas no dispositivo, por exemplo, o comissário, que administra os bens da concordata, sob pena de violar o princípio da reserva legal. O fundamento dessa majorante é o de que, nas condições elencadas, o sujeito ativo *viola também deveres inerentes ao cargo ou função que desempenha*, na verdade justificador de maior reprovabilidade social. São funções que exigem maior abnegação do indivíduo, que geram uma expectativa de segurança e seriedade, provocando eventual conduta ilícita maior censura; por isso o crime praticado caracteriza infidelidade a um múnus público.

Tutor é alguém que, devidamente compromissado, assume o dever de orientar, reger e educar menor não sujeito ao pátrio poder, ou "poder familiar", além de administrar seus bens. *Curador* é quem exerce, basicamente, as mesmas funções, mas em relação a pessoas maiores declaradas incapazes, que, por deficiência mental, não podem autoadministrar-se nem administrar seus bens. Tanto tutor quanto curador devem ser judicialmente constituídos. *Síndico* era a denominação que se dava ao encarregado da administração da falência, mais especificamente da massa falida, sob direção e superintendência do juiz na antiga Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661/45). Atualmente, porém, a Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005) denomina *administrador judicial* a pessoa que exerce

essa função. *O inventariante*, por sua vez, administra o espólio até o final julgamento da partilha. *Testamenteiro* é aquele que é incumbido de promover o cumprimento de disposições de última vontade do *de cujus*, isto é, seu testamento. Os poderes e as obrigações do testamenteiro são disciplinados pelo Código Civil. *Depositário judicial* é o funcionário encarregado de receber em depósito a guarda de móveis, joias, títulos de crédito, metais preciosos, objeto de ações ou processos judiciais. Se for funcionário público, responderá por peculato e não por apropriação indébita. Incorrerá, contudo, na majorante em exame se se tratar de particular nomeado pelo juiz.

8.3 Em razão de ofício, emprego ou profissão

O fundamento da majorante deste inciso é o mesmo do anterior, pois igualmente aqui o sujeito ativo viola deveres inerentes a sua qualidade profissional-funcional. Em outros termos, em razão da natureza da atividade laborativa, o sujeito ativo tem sua ação criminal facilitada, em razão da confiança existente entre ele e a vítima.

Somente se configura qualquer das causas de aumento em exame se a conduta proibida for praticada em razão de ofício, emprego ou profissão, sendo insuficiente que exista objetivamente a qualidade ou condição do sujeito ativo. Em outros termos, é indispensável que a apropriação indébita se concretize por meio de ato característico de ofício, emprego ou profissão, já que, se não dermos uma interpretação restritiva a qualquer dessas agravantes, raras serão as hipóteses em que a apropriação indébita se apresentará sem aumento de pena. O exemplo, nesse sentido, lembrado por Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 358) é definitivo: “Assim, se uma pessoa paga a um ourives o serviço que lhe fez em uma joia, e não tendo ele troco, passa o dono mais tarde para recebê-lo, o que não consegue, apropriando-se aquele da diferença, comete apropriação indébita simples. Trata-se de pagamento de serviço, de remuneração própria de todo e qualquer trabalho. Não é ele recebedor ou trocador de dinheiro. Cometeria, entretanto, apropriação indébita com a majorativa, se não restituísse a joia entregue para conserto ou reparação, pois, neste caso, ele a *recebeu em razão de ofício*”.

Ofício refere-se à arte, mecânica ou manual, exigindo certo grau de habilidade ou conhecimento, embora possa ser empregado com o significado de *função pública*. Entende-se por *ofício* qualquer ocupação

habitual consistente em prestação de serviços ou trabalhos manuais (artesão, alfaiate, cabeleireiro etc.). *Emprego* é a relação de ocupação em atividade ou serviço particular, e, como regra, implica um vínculo de subordinação ou dependência entre as partes. *Profissão* é toda e qualquer atividade habitualmente desenvolvida pelo indivíduo, com fim lucrativo. Não nos parece a definição mais adequada a que considera profissão como "o exercício de ocupação de natureza intelectual e independente". *Profissão*, sintetizava Hungria, é um gênero do qual são espécies o *ofício* e o *emprego*.

9 Apropriação, furto e estelionato

Na *apropriação indébita*, ao contrário do crime de *furto* ou *estelionato*, o agente tem a *posse lícita* da coisa. Recebeu-a legitimamente; muda somente o *animus* que o liga à coisa. No entanto, se o agente a recebe de má-fé, mantendo em erro quem a *entrega*, pratica o crime de estelionato e não o de apropriação. Com efeito, o que distingue a *apropriação indébita* desses crimes é que com ela não se produz violação da posse material do *dominus*: a *coisa* não é *subtraída* ou *ardilosamente obtida*, pois já se encontra no legítimo poder de disponibilidade física do agente.

Enquanto nesses crimes a disponibilidade fática sobre a *res* é obtida com o próprio crime, na apropriação indébita essa *disponibilidade física precede ao crime*. No furto, há uma *subtração*; no estelionato, uma *obtenção fraudulenta*; na apropriação indébita, uma *arbitrária inversão da natureza da posse*. No furto, o agente obtém *tirando*; no estelionato, *enganando*; na apropriação indébita, *aproveitando-se*. Naqueles crimes há um *dolus ab initio*, enquanto na apropriação indébita *o dolo é subsequente*.

10 Apropriação indébita e relação mandante-mandatário

A relação mandante-mandatário pode apresentar uma gama variada de situações, que pode ir da simples infração éticodisciplinar, passando pelo inadimplemento contratual (ilícito civil), até a caracterização de infração penal (estelionato, apropriação indébita etc.). Diante dessa multiplicidade de situações, é impossível estabelecer regras genéricas, visto que somente o casuísmo poderá indicar a natureza de eventual infração (civil, ética ou criminal).

A figura da apropriação indébita pressupõe a existência de *elemento*

subjetivo especial do injusto, ou seja, a tomada da *coisa alheia* em proveito próprio. A existência de relação jurídica mandante-mandatário leva à conclusão da inexistência do dolo. O simples fato de o mandatário, por exemplo, depositar em conta bancária valor por ele administrado não implica, necessariamente, a inversão do *onus probandi*, o que colocaria *nos ombros do agente a obrigação de fazer prova de fato negativo* — o de não haver praticado o crime —, mormente com a consequência de, não a implementando, vir a ser condenado. Não se pode cogitar da prova da ausência da intenção de apropriar-se, porquanto inerente à razoabilidade que norteia o procedimento-padrão.

10.1 Necessidade de prova cabal sobre o "animus" de inversão da natureza da posse

Com efeito, não se pode esquecer que a figura da apropriação indébita exige um elemento subjetivo especial do tipo, qual seja, tomar para si a coisa de que tem posse, com a intenção de não restituí-la ou desviá-la da finalidade para a qual a recebeu. Será da acusação, por certo, a obrigação de provar que o simples depósito bancário inverteu a natureza da posse. Se o Estado-acusador não consegue trazer aos autos elementos convincentes a respeito da existência de dolo na apropriação da coisa, isto é, se não há a indispensável certeza sobre a intenção final do agente (elemento subjetivo especial do injusto), a apropriação indébita não está configurada, e a composição do litígio deve resolver-se na esfera do direito privado.

Por outro lado, quando o advogado recebe valores, a título de pagamento parcial de honorários, para ajuizar ação, mas não o faz, incorre em inadimplência contratual civil e não no crime do art. 168 do Código Penal, pois não recebeu tais importâncias para restituí-las, pressuposto fundamental da apropriação indébita.

11 Pena e ação penal

A pena cominada, *alternativamente*, é de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Pode ser majorada em um terço se ocorrerem as circunstâncias relacionadas no § 1º. A *ação penal* é pública incondicionada, salvo nas hipóteses do art. 182, quando será condicionada à representação. Haverá isenção de pena se for praticado contra ascendente, descendente ou cônjuge (na constância da sociedade conjugal).

12 Algumas questões especiais

Para a configuração do delito de apropriação indébita é indispensável que o agente tenha obtido legitimamente a posse ou a detenção da coisa sem transferência do domínio, de modo que se obrigue a restituí-la. Por essa razão, não a configura a posse de mercadoria com opção de compra, hipótese caracterizada de contrato de compra e venda, cujo inadimplemento acarreta mera infração contratual.

A mora ou simples descaso em devolver não configuram, por si só, apropriação indébita. Se o agente, na locação de coisa móvel, deixa de restituí-la no prazo convencionado, sem, contudo, revelar *animus rem sibi habendi*, o fato constitui mero ilícito civil e não apropriação indébita. Por fim, coisa fungível, emprestada ou depositada, para ser restituída na mesma espécie, quantidade e qualidade, não pode, geralmente, ser objeto de apropriação indébita.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Consoante consignado no v. acórdão vergastado, foi realizado um contrato de mútuo entre empresas, no qual se transferiu a propriedade do numerário. Isso porque é da essência do mútuo a transferência do domínio do bem. Por isso, com o repasse da quantia em dinheiro para o réu, como decorrência do contrato de mútuo, passou ele a ser seu proprietário. Logo, tendo a propriedade do bem transferido, não poderia praticar o crime de apropriação indébita, já que este exige a 'apropriação de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção'. Esse foi o entendimento perfilhado pelo e. Tribunal *a quo*. Todavia, no caso em tela, o réu não pode ser considerado como o proprietário do bem, mas sim mero possuidor ou detentor, tendo em vista o princípio de que a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem. Vale dizer, ela tem personalidade jurídica distinta da de seus sócios, não se confundindo com a pessoa natural dos sócios que a constituem (princípio da individualidade) e, também, possui patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios (princípio da autonomia patrimonial). Entretanto, o fato de esta Corte reconhecer que o réu não era proprietário, mas mero detentor dos valores depositados na conta da empresa, não implica, automaticamente, em sua condenação nas sanções do art. 168, do CP" (STJ, REsp 932.896/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-8-2007).

"A materialidade e autoria das várias condutas de apropriação indébita praticadas pela ré durante o período em que trabalhou na lotérica da vítima, consistindo em estornar valores de contas que eram pagas na lotérica, bem como fazer depósitos fictícios na sua conta, de seus familiares e das colegas de trabalho, sacando os valores posteriormente, estão fartamente comprovadas na instrução criminal, principalmente na prova documental e pela palavra da vítima" (TJRS, Apelação 70018155168, Rel. Marlene Landvoigt, j. 23-5-2007).

"O fato da coisa indevidamente apropriada ser bem fungível não impede a caracterização do crime de apropriação indébita (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)" (STJ,

REsp 880.870/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15-3-2007).

“No delito de apropriação indébita, a devolução da quantia apropriada antes do recebimento da denúncia não enseja a extinção da punibilidade (Precedentes do STJ e do STF)” (STJ, REsp 843.713/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-12-2006).

“O réu, na condição de advogado, patrocinou causa cível, em favor da vítima. Levantou a importância depositada, mediante alvará, em 1995, conforme certificado pelo escrivão. Ademais, consta, nos documentos, os números da OAB e do CPF do acusado. Ademais, há informação do escrivão de ter o réu levado os autos para extrair cópias, sem devolvê-los, o que motivou o incidente de restauração de autos. Réu e vítima ajuizaram demandas no cível, onde houve condenação do réu a pagar a importância. Efetivamente, em 1999, o réu efetuou o depósito. Como houve restituição da coisa, antes do recebimento da denúncia, é de ser reconhecida a causa especial de diminuição de pena do art. 16 do Código Penal, cujo *quantum* há de se considerar a separação” (TJRS, Apelação 70015836265, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 31-8-2006).

“Art. 168, § 1º, III, do CP. Verbas repassadas pela União para empresa privada. Convênio cumprido. Incorporação da quantia restante ao patrimônio da empresa. Apropriação indevida. Compete à Justiça Estadual processar e julgar a apropriação indevida de verbas que, embora repassadas pela União, já estavam incorporadas ao patrimônio da empresa privada” (STJ, HC 53.273/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-6-2006).

“Como afirmou a Magistrada, analisando a prova do processo e condenando o recorrente pela prática dos crimes de apropriação indébita e abandono de incapaz, ‘da análise do acervo probatório colacionado ao bojo dos autos, verifica-se que dúvidas não pairam acerca da prática dos delitos descritos na inicial. Quanto ao primeiro fato — a apropriação indébita —, restou incontroverso que o acusado, juntamente com o advogado da vítima, em agosto de 1999, sacou a expressiva quantia de R$ 148.500,74, pertencente a Manoel, em decorrência de exitosa ação movida contra a Rede Ferroviária. Deste valor, foram descontados os honorários advocatícios do profissional, restando um saldo de cerca de R$ 108.000,00 [...] O acusado, porém, administrou o dinheiro como se seu fosse, gastando-o conforme a sua conveniência pessoal, utilizando, inclusive, parte para suas despesas pessoais [...]’ ‘acrescento, tão somente, que a situação de abandono ficou devidamente caracterizada na medida em que a vítima Manoel, embora tivesse possibilidade de alta, não podia deixar o nosocômio por ausência total de amparo por parte de seus familiares, especialmente, do réu único irmão e curador” (TJRS, Apelação 70013641659, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 26-1-2006).

“O crime previsto no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal é de ação penal pública incondicionada, sendo improcedente, portanto, a alegação de extinção da punibilidade pela decadência do direito de representação (Precedentes)” (STJ, RHC 17.340/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-6-2005).

“Apropriação indébita. Apropriação de pensão destinada a curatelado, de parte do curador, submetendo o primeiro a intensas privações” (TJRS, Apelação 70001936996, Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 2-4-2003).

Apropriação indébita previdenciária

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;

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.

— *Caput* e parágrafos acrescentados pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido são as fontes de custeio da seguridade social,

particularmente os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF). São protegidas especialmente contra a apropriação indébita que pode ser praticada por quem tem o dever de recolher os tributos e taxas. É, em outros termos, a tutela da subsistência financeira da previdência social.

2 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo é o substituto tributário (*caput*), que, por lei, tem o dever de recolher do contribuinte e repassar as contribuições à previdência social. Sujeito ativo, nas figuras descritas no § 1º, é o titular de firma individual, os sócios solidários, os gerentes, diretores ou administradores que efetivamente hajam participado da administração da empresa, concorrendo efetivamente na prática da conduta criminalizada.

Sujeito passivo é o Estado, representado pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que é o órgão encarregado da seguridade social.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada no *caput* é "deixar de repassar", que tem o sentido de não transferir, não recolher ou não pagar à previdência social as *contribuições recolhidas* ou descontadas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Trata-se, na verdade, de *apropriação indébita previdenciária*. Uma opção legislativa que tem a função política de eliminar a grande polêmica que pairava sobre a natureza e espécie do crime que era previsto no art. 95, *d*, da Lei n. 8.212/91. Esse *nomen iuris* abrange todas as figuras tipificadas no dispositivo em exame (*caput* e § 1º).

3.1 Pressuposto: contribuições recolhidas

Somente é possível *repassar* algo que se tenha recebido ou recolhido. O prefixo "re" tem, etimologicamente, esse sentido de repetição. Portanto, o sujeito ativo somente poderá *repassar* as contribuições quando as houver recolhido, pois somente assim terá sua *posse* e, não as repassando, poderá *apropriar-se*.

3.2 Prazo e forma legal ou convencional: norma penal em branco

Os prazos e as formas, legais ou convencionais, são estabelecidos em

outros diplomas legais, tratando-se, portanto, de norma penal em branco. Por ora, deve-se consultar a Lei n. 8.212/91, que estabelece os prazos e as formas para que o repasse seja feito.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo geral* é o dolo, representado pela vontade consciente de *deixar de repassar* à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes. Tratando-se de *apropriação indébita*, é indispensável o *elemento subjetivo especial do injusto*, representado pelo *especial fim* de apropriar-se dos valores pertencentes à previdência social, isto é, o agente se apossa com a intenção de não restituí-los. Nesse sentido, fica superada a posição anterior do STF e do TRF da 4ª Região, que, a nosso juízo, sob a égide da legislação anterior, era inatacável. Revigora-se, assim, o entendimento que já adotavam o STJ e o TRF da 5ª Região, os quais já sustentavam a necessidade do elemento subjetivo especial.

5 Figuras do "caput" e do § 1º: distinção

A conduta tipificada no *caput* tem a finalidade de punir o *substituto tributário*, que deve recolher à previdência social o que arrecadou do contribuinte e deixou de fazê-lo (ver art. 31 da Lei n. 8.212/91). Já as figuras descritas no § 1º destinam-se ao *contribuinte-empresário*, que deve recolher a contribuição que arrecadou do contribuinte.

6 Deixar de recolher no prazo legal (§ 1º, I)

"Deixar de recolher" significa não efetivar o pagamento de contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público. Essa figura corresponde ao antigo art. 95, *d*, da Lei n. 8.212/91.

6.1 Pressuposto: que tenha sido descontado de pagamento efetuado

Pressuposto dessa infração é que o sujeito ativo tenha *descontado de pagamento efetuado* a segurado, a terceiros ou tenha arrecadado do público. Esse pressuposto deixa o sujeito ativo *na posse do valor correspondente*, e não o recolhendo, no prazo legal, *apropria-se* indevidamente de valores

pertencentes à previdência.

6.2 Antiga figura do art. 95, “d”

A figura anterior não mencionava expressamente que o desconto tivesse sido feito, embora parte da doutrina e da jurisprudência sustentassem essa necessidade. Assim, a partir da atual lei, somente se concretiza a apropriação previdenciária quando for descontada a contribuição do segurado e o empregador deixar de repassá-la à previdência.

7 Deixar de recolher contribuições devidas (§ 1º, II)

Deixar de recolher contribuições que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços. O não recolhimento dessa contribuição, desde que tenha integrado o cálculo dos custos, o que normalmente ocorre, configura a conduta descrita no tipo em exame. Apresenta certa semelhança com o antigo art. 95, *e*, da Lei n. 8.212/91.

7.1 Despesas contábeis ou custos relativos a produtos e serviços

A *contribuição previdenciária* devida pelo empregador deve integrar as despesas contábeis ou custos relativos a produtos e serviços. O valor correspondente, por certo, é levado em consideração no cálculo para a fixação do preço do produto ou do serviço, tratando-se de despesa operacional (por exemplo, 20% sobre a folha de remuneração, acrescidos do percentual relativo ao seguro de acidente do trabalho).

7.2 Pressuposto: que tenham integrado os custos

Tendo integrado os custos, seu valor correspondente é recebido pelo empresário ou empregador e, nessas condições, adquire a posse dos valores correspondentes. Não os recolhendo, apropria-se indebitamente.

8 Deixar de pagar benefício devido (§ 1º, III)

Deixar de pagar significa não efetivar o pagamento de benefício devido a segurado, cujos valores ou cotas já tenham sido reembolsados à empresa pela previdência. Essa figura equivale àquela prevista no art. 95, *f*, da Lei n. 8.212/91.

8.1 Pressuposto: reembolso realizado

Para a configuração dessa infração, é pressuposto que a previdência social tenha efetuado "reembolso" à empresa e, tendo-o recebido, esta não o repassa ao segurado. Sem esse pressuposto, não se poderia falar em apropriação indébita.

9 Consumação e tentativa

O momento consumativo, tratando-se de apropriação indébita, é de difícil precisão, pois depende, em última análise, de uma *atitude subjetiva*. Consuma-se, enfim, com a inversão da natureza da posse, caracterizada por ato demonstrativo de disposição da coisa alheia ou pela negativa em devolvê-la. Como crime material, a tentativa é possível, embora de difícil configuração.

10 Causa extintiva da punibilidade

Extingue-se a punibilidade se o agente *declara, confessa* e *efetua* o pagamento devido antes do início da ação fiscal e ainda *presta as informações devidas* à previdência social. Frisando-se, sempre, que a "confissão" é da dívida, e nunca de crime, caso contrário violaria o princípio da presunção de inocência.

10.1 Início da ação fiscal (antes)

Não pode ser apenas o que dispõem o art. 243 e parágrafos do Decreto n. 3.048/99, com a simples *notificação de lançamento do tributo*. A *ação fiscal* somente pode ser considerada iniciada a partir da *cientificação pessoal* do contribuinte de sua instauração, pois somente então se completa a "relação procedimental" da ação fiscal. Assemelha-se à denúncia espontânea do CTN (art. 138).

10.2 Requisitos para extinção da punibilidade

a) *Declara o valor devido* (demonstra o total arrecadado do contribuinte e não repassado); b) *confessa o não recolhimento* (admite não ter feito o recolhimento ou repasse na época e na forma previstas em lei. Frise-se, "confissão de dívida", tão somente; não se trata de *confissão de crime*, pois, se assim fosse, seria inconstitucional); c) *efetua o pagamento* (recolhe todo

o devido, principal acrescido dos acessórios); d) *presta as informações devidas* (as informações que deve prestar à previdência são relativas ao débito em causa, somente); e) *caráter espontâneo dos requisitos* (a espontaneidade de toda e qualquer ação humana não tem nem pode ter o significado de "arrependimento", sob pena de assassinar o vernáculo, tampouco tem o sentido de revelar vontade de colaborar com o Estado, mas apenas que o agente teve a iniciativa de praticar referidas condutas. Literalmente, há *espontaneidade* quando a iniciativa é do próprio agente, e voluntário é tudo que não for produto de coação, embora a iniciativa não tenha partido do agente que pode, inclusive, ter recebido (e aceito) sugestões, opiniões ou influências externas); f) *antes do início da ação fiscal* (a *ação fiscal* somente pode ser considerada iniciada a partir da *cientificação pessoal* do contribuinte de sua instauração, pois somente então se completa a "relação procedimental" da ação fiscal).

10.3 Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/95

O STF considerava aplicável o disposto no art. 34 (extinção da punibilidade) da lei referida à hipótese de não recolhimento de contribuições previdenciárias. Assim, a partir de agora poderá surgir o entendimento de que há duas hipóteses para a extinção da punibilidade: antes da instauração da ação fiscal (com todos os requisitos já examinados) e antes do oferecimento da denúncia. É importante para o Fisco oportunizar ao contribuinte o recolhimento total do tributo, que é, em última instância, a finalidade dessas leis *arrecadadoras-criminalizadoras*.

11 Irretroatividade da lei nova (n. 9.983/2000)

Pela lei anterior (n. 9.249/95), segundo o STF, o pagamento extintivo da punibilidade podia ser feito até o *recebimento da denúncia*. A nova lei (n. 9.983/2000), nesse particular, mais restritiva, é muito mais severa, pois admite a extinção da punibilidade somente quando *o pagamento for efetuado antes do início da ação fiscal*. Logo, *é irretroativa*, não se aplicando aos fatos ocorridos antes de sua vigência (14-10-2000).

12 Perdão judicial ou pena de multa

O § 3º cria uma hipótese *sui generis*: perdão judicial ou multa! Caso a ação fiscal já tenha sido iniciada, ao pagamento de todo o débito pode

corresponder somente uma ou outra das consequências referidas (está afastada a extinção da punibilidade). As hipóteses são alternativas (perdão judicial ou pena de multa), mas os requisitos são cumulativos. Os operadores do art. 59 deverão recomendar uma ou outra alternativa.

12.1 Valor de pouca monta: inocuidade

Que o valor do débito *previdenciário* (contribuição e acessórios) não seja superior ao mínimo exigido pela própria previdência social para ajuizamento de execução fiscal. O *perdão judicial*, nos termos postos, é praticamente inócuo, uma vez que se limita a valores ínfimos: desde que não sejam suficientes para justificar sua cobrança judicial (que já foi definido em até 1.000 Ufir — Lei n. 9.441/97, art. 1º).

12.2 Princípio da insignificância: configurado

Se o Fisco não tem interesse em cobrar judicialmente o crédito tributário, não há, igualmente, fundamento para a imposição de sanções criminais. Prevê a nova lei, assim, o cabimento do perdão judicial ou da pena de multa isoladamente. A nosso juízo, em termos tributário-fiscais, configura-se, em sede criminal, o princípio de insignificância, excluindo-se a própria tipicidade.

12.3 Requisitos necessários ao perdão judicial ou multa

1) Primário (é aquele que nunca sofreu qualquer condenação irrecorrível); *réu não reincidente*, na linguagem da reforma penal de 1984, é aquele que não é primário, mas já desapareceram os efeitos da reincidência (art. 64, I, do CP); *2) bons antecedentes* (quem não tem comprovadamente antecedentes negativos, isto é, não tem condenação irrecorrível, fora das hipóteses da reincidência); *3) pagamento integral do débito* (contribuição previdenciária e acessórios); *4) pequeno valor da dívida* (o valor do débito *previdenciário* — contribuição e acessórios — não é superior ao mínimo exigido pela própria previdência social para o ajuizamento de execução fiscal).

13 Crimes praticados após a Lei n. 9.983/2000: efeitos práticos

a) Pagamento feito antes do início da ação fiscal: extingue a punibilidade; b) pagamento após o início da ação fiscal (mas antes do

oferecimento da denúncia): admite perdão judicial ou aplicação somente da multa (art. 168-A, § 3º, I, do CP); c) pagamento após o oferecimento da denúncia, mas antes de seu recebimento: admite a aplicação do arrependimento posterior (art. 16 do CP); d) pagamento após o recebimento da denúncia: atenuante genérica (art. 65 do CP).

14 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são *reclusão*, de dois a cinco anos, e *multa*. Na hipótese do § 3º pode ser aplicada somente a pena de multa (ou concedido o perdão judicial). A *ação penal* é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Art. 168-A do CPB (apropriação indébita previdenciária). O pagamento integral dos débitos tributários ou previdenciários propicia a extinção da punibilidade, com todas as suas consequências, não obstante esse pagamento possa se dar em qualquer fase do processo penal, de forma parcelada ou não (§ 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003). Restou provado nos autos que a empresa efetuou o pagamento integral do débito previdenciário, devendo-se aplicar o § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003. Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito previdenciário" (TRF-5ª Região, Apelação 2005.80.00.000334-0, Rel. Amanda Lucena, j. 27-11-2007).

"É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente. A demonstração de sérias dificuldades financeiras, pelas quais passava a empresa dirigida pelos apelados, constante dos autos, respalda a inexigibilidade de conduta diversa. Improvado o dolo, não se tipifica o crime capitulado no art. 168-A, do Código Penal" (TRF-5ª Região, Apelação 2004.81.00.001650-1/CE, Rel. Ridovaldo Costa, j. 12-4-2007).

"O delito de Apropriação Indébita Previdenciária é do tipo omissivo próprio, em que a tipicidade fica condicionada a um não fazer algo que o agente devia e podia fazer. O Direito não exige condutas impossíveis. Não se imputa omissão a quem não pode, efetivamente, agir conforme a norma. Destarte, o *Parquet* deve demonstrar que o agente tinha a possibilidade de realizar a conduta exigida pela norma, pois tal possibilidade é elemento objetivo do tipo e, portanto, ônus exclusivo da acusação. Todavia, o empresário que permanece exercendo sua atividade econômica, pagando salários, fornecedores e recebendo *pro labore*, ainda que em valor reduzido, pode recolher as contribuições previdenciárias. Diante da gravidade do delito, pois o tipo visa assegurar a manutenção do sistema previdenciário e proporcionar aos segurados um mínimo de dignidade no ocaso de suas vidas, apenas na hipótese de graves dificuldades financeiras, devidamente comprovadas pela defesa, deve ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa. Tratando-se de período curto de não recolhimento, havendo dúvida razoável sobre a saúde financeira da empresa, impõe-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*" (TRF-2ª Região,

Apelação 2005.50.01.003012-2/ES, Rel. Maria Helena Cisne, j. 28-2-2007).

"É imprescindível, para a caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária, que o agente tenha agido dolosamente. O crime previsto no art.168-A do CPB não se exaure com o mero deixar de pagar, exigindo a prova inequívoca da intenção de se apropriar dos valores devidos, de iludir o Fisco. Não comete o crime quem registra todos os débitos em sua contabilidade e não dispõe de recursos financeiros suficientes para a quitação dos tributos (Precedentes deste TRF 5ª: INQ 716/PE-Pleno; EINFAC n. 202/SE-Pleno; ACR 415/SE, Segunda Turma)" (TRF-5ª Região, Emb. Inf. 2002.83.00.003508-4/PE, Rel. Margarida Cantarelli, j. 22-11-2006).

"O entendimento dominante nesta Corte Regional orienta que a simples omissão no repasse de contribuições previdenciárias não configura, por si só, o tipo previsto no art. 168-A do Código Penal. Em verdade, atento à vedação constitucional da prisão por dívidas, este Tribunal vem reclamando esteja perfeitamente demonstrada pelo *dominus litis* a presença do dolo específico, consubstanciado na vontade livre e consciente do agente de deixar de repassar à previdência social os montantes recolhidos dos contribuintes" (TRF-5ª Região, Inquérito 2006.05.00.041330-0, Rel. José Maria Lucena, j. 22-11-2006).

"A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do ERESP 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o *animus rem sibi habendi* para a sua configuração. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no art. 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social" (STJ, REsp 501.460/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 23-3-2004).

Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza

Art. 169. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

Apropriação de tesouro

I — quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;

— V. arts. 1.264 a 1.266 do CC.

Apropriação de coisa achada

II — quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.

— V. arts. 1.233 a 1.235 e 1.237 do CC.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No direito brasileiro, em pleno século XIX, o Código Criminal do Império de 1830 igualmente desconheceu essa figura penal. Somente com o Código Penal de 1890, já no período republicano, foi criminalizada essa conduta, nos seguintes termos: "É crime de furto, sujeito às mesmas penas e guardadas as distinções do artigo precedente: 1º Apropriar-se alguém de coisa alheia que venha ao seu poder por erro, engano, ou caso fortuito".

O atual Código Penal de 1940 tipifica essas condutas como espécie do gênero apropriação indébita. Trata-se, com efeito, de modalidade mais branda, cuja pena cominada é de um mês a um ano. Aqui, a coisa não é entregue licitamente ao agente, como na apropriação indébita comum, mas lhe vem às mãos por erro, caso fortuito ou força da natureza. Na verdade, o legislador brasileiro inspirou-se no Código Penal Rocco, de 1930 (art. 637).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimônio, particularmente o direito de propriedade. O erro, o caso fortuito e a força da natureza podem transferir a *posse*, mas, em princípio, não têm idoneidade para transmitir a propriedade. Na hipótese de apropriação de *coisa achada*, tutela-se também a *posse*, pois o possuidor legítimo que perder a posse da coisa tem o direito de reavê-la (art. 521 do CC/16). A apropriação indébita prevista no artigo anterior distingue-se das figuras constantes neste dispositivo basicamente pelo fundamento da transferência da posse.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem qualquer condição *especial*. O *proprietário* não pode ser sujeito ativo desse crime, que contém em sua

estrutura típica as elementares “coisa alheia” e “prédio alheio”; assim, sujeito ativo será sempre pessoa diversa do *proprietário,* seja possuidor ou detentor, independentemente de haver recebido a posse ou detenção de terceiro. O *condômino,* sócio ou coproprietário também pode ser sujeito ativo de apropriação indébita, desde que não se trate de coisa fungível e a apropriação não exceda à quota que lhe cabe.

Sujeito passivo é, igualmente, qualquer pessoa, física ou jurídica, titular do direito patrimonial atingido pelas ações tipificadas; pode ser, inclusive, o sócio, o coerdeiro ou condômino. Na hipótese de *apropriação de tesouro,* sujeito passivo pode ser o proprietário do imóvel, bem como o enfiteuta que tem o direito de uso e gozo pleno do imóvel. Na hipótese de *apropriação de coisa achada,* sujeito passivo pode ser, além do proprietário, o possuidor legítimo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo da ação tipificada é igual ao do art. 168, e tudo o que lá dissemos sobre o verbo nuclear aplica-se aqui. A forma, contudo, como o sujeito ativo entra na posse da coisa ou objeto alheio é diversa. A *coisa alheia* não é entregue ou confiada licitamente ao agente, mas vem a seu poder por *erro, caso fortuito* ou *força da natureza.*

Erro pode ser entrega de uma coisa por outra, entregar à pessoa errada, supor a obrigação de entregar etc. Ao erro de quem transmite deve corresponder a boa-fé de quem a recebe. Em outros termos, o erro pode incidir sobre a coisa, sobre a pessoa a quem se entrega ou sobre a razão da entrega. No entanto, o erro sobre o valor da coisa ou seu preço é penalmente irrelevante. *Caso fortuito* é o evento acidental que acaba conduzindo determinada coisa ou objeto a mãos indevidas; equivale, praticamente, a *força maior,* configurando, enfim, todos os fatos cujos efeitos não é possível evitar. Caso fortuito e força maior têm sido, historicamente, objeto de grande divergência doutrinária, que, no entanto, recusamo-nos a reproduzir neste espaço, por sua absoluta improdutividade, já que a doutrina os tem equiparado ao atribuir-lhes os mesmos efeitos. *Força da natureza,* por sua vez, é energia física e ativa que pode provocar mudança natural e violenta das coisas e dos objetos. São exemplos dessa força o tufão, o terremoto, a enchente etc.

Acompanhamos, no particular, o magistério de Nélson Hungria

(*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 151) quando afirmava: "O dispositivo legal menciona o *caso fortuito* e a *força da natureza*, fazendo, a exemplo, aliás, do Código suíço, uma distinção que se pode dizer desnecessária, pois o caso fortuito abrange todo e qualquer acontecimento estranho, na espécie, à vontade do agente e do *dominus*. Tanto é caso fortuito se a coisa alheia vem ao meu poder em consequência da queda de um avião em meu terreno, quanto se foi trazida pela correnteza de uma enchente. Se bois alheios, por mero instinto de vagueação ou acossados pelo fogo de uma queimada, entram nas minhas terras, ou se peças de roupa no coradouro do meu vizinho são impelidas por um tufão até meu quintal, tudo é caso fortuito".

O *erro* na entrega da coisa deve ser espontâneo e não provocado, pois, nessa hipótese, configurar-se-á o crime de *estelionato.*

5 Apropriação de tesouro

A ação incriminada é apropriar-se *de "tesouro achado", isto é, assenhorear-se de tesouro achado em prédio alheio, sem efetuar a divisão que determina a lei civil (meio a meio) com o proprietário do imóvel.* O ato de achar deve ser um acontecimento fortuito, acidental, involuntário, sob pena de caracterizar crime de furto. *Achar tesouro* significa encontrar um conjunto de coisas preciosas ou valiosas, em local pertencente a terceira pessoa. É indispensável, contudo, que esse conjunto de preciosidades seja encontrado acidentalmente, caso contrário não haverá a obrigação de dividi-lo com o proprietário (art. 1.265 do CC). Com efeito, se for encontrado por algum pesquisador a mando do dono ou de terceiro não autorizado, pertencerá integralmente ao proprietário do imóvel, e sua "apropriação" constituirá crime de furto. Por *prédio* deve-se entender qualquer imóvel, seja representado por terreno, seja por edifício.

5.1 A definição de tesouro

Tesouro é o depósito antigo de moeda ou coisas preciosas, enterradas ou ocultas, de cujo dono não se tem notícia. Tesouro é, por definição, coisa sem dono. O Código Civil, por sua vez, define tesouro como "o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória, [que] será dividido por igual entre o proprietário do prédio e o que achar o tesouro casualmente". É indiferente que o tesouro se encontre em móvel ou

imóvel, desde que as demais características do conceito jurídico de tesouro estejam presentes. Característico do tesouro é o fato de ser desconhecido seu proprietário.

O tesouro pode estar escondido no solo ou em qualquer outro local, inclusive dentro de um móvel. Contudo, não o caracteriza o depósito natural de pedras preciosas; ao contrário do “tesouro”, aquelas constituem acessório do solo e, como tais, mesmo que tenham sido descobertas acidentalmente, pertencem, por inteiro, ao dono do solo, ressalvadas as exceções legais.

6 Apropriação de coisa achada

A ação incriminada é, igualmente, *apropriar-se*, só que agora de *coisa perdida*. Não se pode confundir coisa *perdida* com coisa *esquecida*. Aquela desapareceu por causa estranha (e, por vezes, ignorada) à vontade do proprietário ou possuidor, que desconhece seu destino ou paradeiro; a *esquecida* saiu da esfera de disponibilidade por um lapso de memória e, teoricamente, o dono saberá onde encontrá-la ou, pelo menos, tem uma noção de lugar e tempo, onde e quando a perdeu.

O que configura o crime não é o recebimento ou encontro — acidental —, mas *a posterior apropriação* da coisa alheia, não a devolvendo ou recusando-se a restituí-la ao legítimo dono. Com efeito, no momento em que o sujeito se apossa da *coisa achada* não pratica nenhum ilícito (civil ou criminal), pois essa conduta não está proibida no sistema jurídico brasileiro. Na realidade, o crime nasce em momento posterior, ou seja, quando o agente deixa evidenciado o *animus rem sibi habendi*, isto é, quando *motu proprio* passa a se comportar, em relação à coisa achada, como se dono fosse.

6.1 Coisa perdida

Coisa perdida é a de que seu proprietário ou possuidor perdeu a disponibilidade ou custódia, ignorando onde ela se encontra. A simples *perda* da coisa não implica a perda do *domínio*: perde-se a posse, mas não a propriedade. O objeto material é a *coisa perdida*, e não a abandonada nem a *res nullius*. Não se confunde com coisa perdida a *escondida* nem a que se encontra na esfera de vigilância do dono, mesmo que este não tenha condições de encontrá-la temporariamente (objeto perdido em algum de

seus aposentos etc.). Tampouco se pode considerar perdida coisa que o proprietário ou possuidor esqueceu na posse de outrem, pois poderá reclamá-la a qualquer momento.

É indispensável que a *perda da coisa* seja acidental ou decorra de culpa do possuidor ou proprietário. Se for perdida por ação de quem, posteriormente, vier a "achá-la", o crime será o de furto.

6.1.1 O Código Civil impõe a obrigação de devolver coisa achada

A lei civil impõe a obrigação de devolver a coisa achada (art. 1.233 do CC), e o Código Penal criminaliza a conduta de quem, no prazo de quinze dias, dolosamente não a devolve ou não a entrega à autoridade competente. A obrigação de restituí-la ao proprietário surge no momento em que este se torna conhecido. Se o agente supõe, por *erro* plenamente justificado, que a coisa que encontrou está abandonada e não perdida, não haverá dolo na apropriação (art. 20, § lº, do CP). Pratica o crime de *apropriação de coisa achada*, por exemplo, o *titular de conta bancária* que teve ciência de dinheiro nela depositado que não lhe pertencia, mas, mesmo assim, saca-o e não o restitui; configura-se, com efeito, o crime de *apropriação de coisa havida por erro* (art. 169, *caput*, do CP).

6.2 Elemento temporal: quinze dias

Este elemento deve ser bem interpretado para evitar confusões com sérios reflexos nas consequências materiais desse equívoco. É equivocada a afirmativa de que o legislador previu um prazo para o crime consumar-se, uma vez que o prazo de quinze dias constitui uma elementar típica. Sua previsão legal tem sentido apenas político-criminal, objetivando proporcionar ao indivíduo tempo suficiente para efetuar a devolução ou entrega da coisa alheia. Somente se configura a *apropriação de coisa achada* após ultrapassado o prazo legal de quinze dias sem que o *achador* devolva a coisa ao dono ou a entregue à Polícia. Assim, não excedida a faixa legal de quinze dias, nem se tipifica o crime.

A obrigação de devolver a *res* perdida, na verdade, surge desde o momento em que o agente a encontra e tem ciência desse estado da coisa encontrada. A autoridade competente que tiver conhecimento desse fato deve efetuar a *busca e apreensão*, embora crime não haja: a infração civil opera-se a partir do momento em que o "achador" retém a coisa achada em seu poder; o crime, contudo, somente se configurará a partir do momento

em que se completarem quinze dias sem a entrega da coisa achada à autoridade competente, pois somente a partir daí a apropriação se torna penalmente relevante.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de apropriar-se de coisa *alheia nas hipóteses referidas no dispositivo em exame*. Faz-se necessário o *especial fim* de obter vantagem em proveito próprio ou alheio. O elemento subjetivo na apropriação de tesouro é igualmente o dolo, representado pela vontade de apropriar-se dele, e o *especial fim* da obtenção de vantagem, constituída pela metade a que faz jus o dono do prédio onde o tesouro foi encontrado.

Na apropriação de tesouro é indispensável que o agente tenha *consciência* da obrigação de dividir, em igualdade de condições, com o proprietário do prédio. O erro ou desconhecimento dessa obrigação — elementar típica — constitui *erro de tipo*, ao contrário do que afirmou, no passado, equivocadamente, Heleno Fragoso. O simples deixar de entregar a coisa achada à autoridade competente no prazo de quinze dias ou de devolvê-la ao proprietário que se tornou conhecido é insuficiente para tipificar o crime de apropriação de coisa achada; é indispensável que a omissão na entrega ou devolução seja orientada pelo *animus rem sibi habendi*.

8 Consumação e tentativa

A consumação, como no artigo anterior, é de difícil precisão, pois depende, em última análise, de uma atitude subjetiva. Consuma-se, enfim, com a inversão da *natureza* da posse, caracterizada por ato demonstrativo de disposição da *coisa alheia* como própria ou pela negativa em devolvê-la. A *consumação* da apropriação de tesouro ou de coisa achada não ocorre no momento ou no lugar em que o tesouro ou a coisa foram encontrados, mas sim no momento em que o agente se apropria de tais objetos. Na denúncia deve constar que foi superado o prazo (15 dias) para devolução ou entrega da coisa.

Como crime material, a exemplo do que dissemos no capítulo anterior, a *tentativa* é, doutrinariamente, possível, embora de difícil configuração; apenas casuisticamente se poderá definir sua ocorrência. A dificuldade

concreta de sua comprovação não é, por si só, motivo suficiente para afastar a possibilidade de sua ocorrência. Não se desconhece, é verdade, que sua comprovação depende da objetivação da subjetividade possessória do sujeito ativo; contudo, a exteriorização da intenção daquele permitirá a valoração da natureza do *animus* com que mantém a coisa alheia. Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 488) filia-se, modernamente, à corrente que não admite a tentativa.

9 Minorante do pequeno valor nos crimes de apropriação indébita

Nos crimes de *apropriação indébita*, em suas diversas modalidades (arts. 168, 168-A e 169), é aplicável a minorante prevista no art. 155, § 2º, do Código, quando o criminoso for primário e de pequeno valor a coisa apropriada. A definição do que é "coisa de pequeno valor" não tem ressonância pacífica quer na doutrina quer na jurisprudência. Para se lhe dar interpretação mais adequada devem-se ter em consideração as peculiaridades e as circunstâncias pessoais e locais onde o fato é praticado.

O art. 170 determina que se aplique essa disposição às diversas espécies de apropriação indébita. Presentes esses dois requisitos, a pena de *reclusão* pode ser substituída pela de *detenção*, somente pela pena de *multa* ou apenas ser reduzida de um a dois terços. Em outros termos, o *pequeno desvalor* do resultado e a *primariedade* do agente recomendam menor reprovação deste, determinando, em obediência ao princípio da *proporcionalidade*, a redução da sanção para adequá-la à menor gravidade do fato, a exemplo do que ocorre no crime de furto.

9.1 Pequeno valor: definição doutrinário-jurisprudencial

A doutrina, em geral, tem definido como *pequeno valor* aquele cuja perda pode ser suportada sem maiores dificuldades pela generalidade das pessoas. "Ao rico — lembrava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 243) — porque, talvez, nem perceberá sua falta; ao pobre porque, na sua penúria, de pouco lhe valerá". Embora nos desagrade a fixação de determinado *quantum*, por sua relatividade, ante a necessidade de um paradigma, aceitamos a orientação majoritária, segundo a qual de *pequeno valor é* a coisa que não ultrapassa o equivalente ao salário mínimo.

Contudo, na seara tributária a própria receita encarregou-se de

estabelecer valores muito superiores para os quais não admite a execução fiscal (no momento, fixados em R$ 5.000,00). Diante desse entendimento da receita, é natural que se considere, nos crimes fiscais ou tributários, não apenas "pequeno prejuízo", mas valor insignificante, para excluir a própria tipicidade da conduta, segundo o princípio da insignificância.

9.2 Pequeno valor da coisa alheia e pequeno prejuízo

Para fins de aplicação do disposto no § 2º do art. 155, invocado pelo art. 170, não se identificam "pequeno valor" da coisa alheia e "pequeno prejuízo" resultante da ação delituosa. Quando o legislador deseja considerar o prejuízo sofrido pela vítima, o faz expressamente, como no estelionato (art. 171, § 1º). Assim, o *valor* da coisa alheia achada ou da contribuição previdenciária deve ser medido ao tempo da apropriação, recordando-se sempre que ele não se identifica com o *pequeno prejuízo* que dela resultar.

Sintetizando, a *primariedade* e *o pequeno valor da coisa alheia,* nas modalidades de *apropriação indébita,* permitem a substituição da pena de reclusão por detenção, reduzi-la de um a dois terços ou aplicar somente multa, em todas as diversas espécies de apropriação indébita, tipificadas nos arts. 168, 168-A e 169. *Pequeno valor* não se confunde com *pequeno prejuízo* (art. 171, § 1º). Convém destacar, por fim, que tanto o art. 170 como o § 2º do art. 155 autorizam a aplicação do benefício da minorante quando o condenado for primário e de pequeno valor o objeto do crime, sem qualquer referência aos *antecedentes.*

10 Pena e ação penal

As penas cominadas são, *alternativamente,* detenção, de um mês a um ano, ou multa. O art. 170 recomenda a especial redução da pena, em um terço, quando se tratar de agente primário e de pequeno valor a coisa apropriada. Coerente com o que sustentamos ao examinar o furto de pequeno valor, admitimos sua aplicação às hipóteses elencadas no § 1º do art. 168. A ação penal é *pública incondicionada,* salvo nas hipóteses do art. 182, quando será condicionada à representação.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Apropriação de coisa achada. Art. 169, II, do Código Penal. A simples comparação entre a expressão pecuniária do bem jurídico atingido pela conduta e o curso do trâmite processual ao Poder Público não atrai o conceito de insignificância para a esfera penal” (TJRS, Recurso Crime 71001551944, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 31-3-2008).

“Apropriação de coisa achada. Art. 169, inciso II, do Código Penal. Telefone celular encontrado em estrada. Prova acima de toda a dúvida razoável (*Evidence beyond a reasonable*). Não ocorrência. Absolvição” (TJRS, Recurso Crime 71001525567, Rel. Clademir José Ceolin Missaggia, j. 21-1-2008).

“Apropriação indébita. *Emendatio libelli* em 2º grau para alterar a capitulação para o delito de apropriação de coisa havida por caso fortuito. Art. 169 do CP. O réu foi condenado pelo delito de apropriação indébita, porquanto vendeu animal de propriedade de seu vizinho. No entanto, não houve a entrega do bem por parte do proprietário, pois, o boi passou para o campo do réu porque a cerca encontrava-se em más condições. Dessa forma, a conduta descrita na inicial configura o delito previsto no art. 169, do CP, e não apropriação indébita. Assim, alterada a capitulação e provadas a materialidade e a autoria do delito, o acusado restou condenado pelo delito previsto no art. 169, do CP, à pena de 15 dias-multa, no valor unitário de 1/5 do salário mínimo vigente à data do fato. De ofício, declarada extinta a punibilidade, pela prescrição” (TJRS, Apelação 70011588308, Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 18-4-2007).

“Apropriação de coisa havida por erro. Tratando-se de crime permanente, eis que a sua consumação se prolonga no tempo, tem-se que o prazo prescricional inicia-se na data da cessação da indevida apropriação da coisa havida por erro. Não transcorrido o prazo de 4 anos entre nenhum dos marcos legais interruptivos previstos em lei, em feito cujo delito tem pena máxima prevista em 1 ano, é imprópria a alegação de ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pena *in abstrato*” (STJ, HC 15.403/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25-9-2001).

Art. 170. Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º.

D O U T R I N A

Nos crimes de apropriação indébita, em suas diversas modalidades (arts. 168 e 169) é aplicável o privilégio previsto no art. 155, § 2º, deste Código, quando o criminoso for primário e de pequeno valor a coisa apropriada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Confusão acerca dos conceitos de ‘pequeno valor’ com o de ‘ausência de prejuízo’, esta última não contemplada como condição privilegiadora aplicável aos delitos de apropriação indébita” (STJ, REsp 628.147/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21-9-2004).

“Apropriação indébita (art. 168, § 1º, III, do Código Penal). Não é de ser considerada, em caso como o *sub judice*, a figura privilegiada do art. 170 do Código Penal, porquanto, a

exemplo do que ocorre com o furto privilegiado (art. 155, § 2º), não se identificam os conceitos de pequeno valor da coisa apropriada e de pequeno ou nenhum prejuízo da ação delituosa. Até porque a restituição só se fez por inteiro, após o resultado de uma ação civil de prestação de contas" (STF, HC 75.051/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 27-5-1997).

Capítulo VI - Do Estelionato e outras Fraudes

Estelionato

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 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

— V. arts. 289 a 302 e 304 do CP.

— V. art. 6º da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

— V. Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

— V. Súmulas 17, 48 e 107 do STJ.

§ 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.

— V. art. 172 do CPP.

§ 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;

— V. arts. 356 a 359, 447 a 457, 481, 533 e 565 a 568 do CC.

— V. art. 5º da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

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;

— V. arts. 652, 1.225, 1.419 a 1.421, e 1.911 do CC.

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;

— V. art. 170, V, da CF.

— V. arts. 1.431, 1.433, 1.435, 1.467 a 1.471 do CC.

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;

— V. art. 765 do CC.

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI — emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

— V. art. 65 da Lei n. 7.357/85 (cheque).

— V. Súmulas 246, 521 e 554 do STF.

§ 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.

— V. Súmula 24 do STJ.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nas Ordenações Filipinas, o estelionato denominou-se “burla” ou “inliço” (Livro V, Título 665), e lhe era cominada a *pena de morte* quando o prejuízo fosse superior a *vinte mil-réis*. O Código Criminal do Império

(1830) adotou o *nomen juris* “estelionato”, prevendo várias figuras, além da seguinte descrição genérica: “todo e qualquer artifício fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem toda a sua fortuna ou parte dela, ou quaisquer títulos”. O Código Penal republicano (1890) seguiu a mesma orientação casuística, tipificando onze figuras de estelionato, incluindo uma modalidade genérica, nos seguintes termos: “usar de artifício para surpreender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o em erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito”.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimônio, particularmente em relação aos atentados que podem ser praticados mediante fraude. Tutela-se tanto o *interesse social*, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o *interesse público* de reprimir a fraude causadora de dano alheio. O crime de estelionato — destacava Manzini (*Trattato di Diritto Penale italiano*, p. 527) — “não é considerado como um fato limitado à agressão do patrimônio de Tício ou de Caio, mas antes como manifestação de delinquência que violou o preceito legislativo, o qual veda o servir-se da fraude para conseguir proveito injusto com dano alheio, quem quer que seja a pessoa prejudicada em concreto. O estelionatário é sempre um criminoso, mesmo que tenha fraudado em relações que, por si mesmas, não merecem proteção jurídica, porque sua ação é, em qualquer caso, moral e juridicamente ilícita”.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo do crime de estelionato pode ser qualquer pessoa, sem qualquer condição especial (crime comum). O concurso eventual de pessoas, em qualquer de suas formas (coautoria e participação), pode facilmente se configurar. Na descrição típica, o legislador destaca que a *vantagem* indevida pode ser *para si* (o sujeito ativo) ou para *outrem*. Essa terceira pessoa pode ser *coautor ou partícipe* do crime, sendo alcançada pelo concurso de pessoas (art. 29 do CP). Contudo, nada impede que o “outrem”, beneficiário do produto do estelionato, seja terceiro estranho e insciente do crime, isto é, sem qualquer participação quer em seu

planejamento, quer em sua execução; se ignorar, inclusive, a origem criminosa da vantagem que se lhe atribui, não será passível de punição.

Sujeito passivo pode ser, igualmente, qualquer pessoa, física ou jurídica; deve-se destacar que pode haver dois "sujeitos passivos", quando, por exemplo, a pessoa enganada for diversa da que sofre o prejuízo (o empregado sofre o golpe (fraude) do agente, mas quem suporta o prejuízo da ação é o empregador). A vítima efetiva, na verdade, é quem sofre o dano material decorrente da ação, como destacava Roberto Lyra *(*Estelionato, in *Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Borsoi, s.d., v. 21, p. 53): "Sujeito passivo da ação, do erro, é quem sofre sua materialidade; o patrimônio afetado pode ser de outrem, que experimenta o resultado, o prejuízo". Em verdade, não se pode perder de vista que o bem jurídico protegido é o patrimônio; assim, sujeito passivo é quem sofre a lesão patrimonial. A necessidade do nexo causal entre a fraude e a lesão patrimonial não significa, deve-se reconhecer, que ambos devam ser suportados pela mesma pessoa.

3.1 Criança e débil mental: impossibilidade

Para a tipificação do crime de estelionato, é indispensável a existência de fraude, criando ou mantendo alguém em erro. No entanto, para a vítima poder ser enganada é indispensável que tenha *capacidade de discernimento*. Nesses casos, pode-se dizer, há impropriedade absoluta do "objeto" do erro, pois um dos elementos do estelionato é o emprego de meio fraudulento para enganar ou manter a vítima em erro; como esses incapazes não têm capacidade de entender e de querer, não podem ser ludibriados; logo, tampouco podem ser sujeitos passivos desse crime.

Assim, se a vítima não tiver capacidade de autodeterminação, como a criança ou o débil mental, o crime será o do art. 173 do CP. Se, no entanto, não tiver capacidade natural de ser iludida, como, por exemplo, ébrio em estado de coma, o crime será o de furto.

4 Fraude civil e fraude penal: ontologicamente iguais

Nélson Hungria estabeleceu a seguinte distinção entre ilícito penal e ilícito civil: "*Ilícito penal* é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua *intensidade* ou *gravidade*, a única sanção adequada é a pena, e *ilícito civil* é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções

atenuadas da indenização, da execução forçada ou *in natura*, da restituição ao *status quo ante*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato, etc." (grifos do original). Comerciar é a *arte de negociar,* de tirar vantagem econômica do negócio ou qualquer transação que se realize; esse aspecto encerra um jogo de inteligência, de astúcia, uma espécie de brincadeira de esconde-esconde, donde resultou a expressão popular de que "o segredo é a alma do negócio". Em outros termos, é normal, nas transações comerciais ou civis, certa dose de malícia entre as partes, que, com habilidade, procuram ocultar eventuais deficiências de seu produto para, assim, realizar um negócio mais lucrativo ou vantajoso. Não era outro o entendimento de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 380), que reconhecia: "Se assim não fosse, raro seria o negócio ou a transação em que se não divisaria fraude punível, pois, neles, são frequentes os pequenos ardis, os ligeiros artifícios, os leves expedientes visando a resultado rendoso".

4.1 Atos maliciosos de comércio não se confundem com a burla fraudulenta

A questão fundamental é, afinal, quando essa malícia ou habilidade ultrapassa os limites do moralmente legítimo para penetrar no campo do ilícito, do proibido, do engodo ou da indução ao erro. Na verdade, a *ilicitude* começa quando se extrapolam os limites da "malícia" e se utilizam o engano e o induzimento a erro para a obtenção de vantagem, em prejuízo de alguém. No entanto, nessas circunstâncias, se estiver caracterizado o engano, a burla, ainda assim pode configurar-se não mais que a fraude civil, que terá como consequência a anulação do "contrato", com as respectivas perdas e danos. Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 446) destacava um exemplo muito elucidativo: "Se alguém vende um automóvel, silenciando sobre defeito essencial (por exemplo: quebra da transmissão), isto será uma fraude civil, que anulará o contrato. Se alguém, todavia, vende um automóvel sem motor, iludindo o adquirente, praticará um estelionato, ou seja, uma fraude penal". Com efeito, atos maliciosos de comércio que não atingem o nível de burla, embora irregulares, não constituem estelionato, para o qual é insuficiente a habitual sagacidade do mundo dos negócios.

4.2 Critérios para distinguir fraude civil e fraude penal

Como se distingue a *fraude civil* da *fraude penal*? Há diferença essencial

entre uma e outra? Existem critérios seguros para apurá-la? Doutrina e jurisprudência por longo tempo debateram-se na tentativa de encontrar critérios seguros que permitissem detectar a distinção entre as espécies ou natureza da fraude. Carmignani, retrocedendo à concepção romana, afirmou que na fraude penal deveria existir grande perversidade e impostura. A famosa teoria *mise-en-scène*, atribuída a um autor alemão, foi desenvolvida pelos franceses e recepcionada por Carrara (§ 2.344). Para os defensores dessa concepção, a fraude civil pode revestir-se de simples mentira ou silêncio, enquanto a fraude penal exigiria determinada artificiosidade para ludibriar a vítima. Essa teoria também perdeu atualidade e adeptos, pois a distinção da natureza da fraude não reside apenas no meio ou modo de execução.

Após demorada enumeração de teorias, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 191) acaba concluindo: "O critério que nos parece menos precário é o que pode ser assim fixado: há quase sempre fraude penal quando, relativamente idôneo (*sic*) o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a ideia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico. Tirante tal hipótese de ardil grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o *inadimplemento preordenado* ou *preconcebido é* talvez o menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno *contestado* da fraude...".

4.3 Teorias explicativas da distinção entre fraude civil e penal

Várias teorias, enfim, objetivas e subjetivas, pretenderam explicar a distinção entre as duas espécies de fraudes, civil e penal. Os argumentos, no entanto, não apresentaram suficientes e convincentes conteúdos científicos que ancorassem as conclusões que sugeriam, levando a moderna doutrina a recusá-las. Na verdade, não há diferença ontológica entre *fraude civil e fraude penal*, sendo insuficientes todas as teorias que — sem negar-lhes importância — procuraram estabelecer *in abstracto* um princípio que as distinguisse com segurança; não se pode, responsavelmente, firmar *a priori* um juízo definitivo sobre o tema. Fraude é fraude em qualquer espécie de ilicitude — civil ou penal —, repousando eventual diferença entre ambas tão somente em seu *grau de intensidade*. Na fraude civil objetiva-se o lucro do próprio negócio, enquanto na fraude penal se visa o "lucro" ilícito. A inexistência de *dano civil* impede que se fale em prejuízo ou dano penal.

Essa distinção, além de complexa, não é nada pacífica. Não há *critério científico* que abstrata ou concretamente distinga, com segurança, uma fraude da outra!

Concluindo, somente razões político-criminais podem justificar a separação, em termos de direito positivo, entre fraude civil e fraude penal. Essa seleção, mesmo objetivando atender ao interesse social, não pode adequar-se a um padrão abstrato de irretocável conteúdo e segurança científicos. Por isso, o máximo que se pode tolerar é a fixação de critérios elucidativos que permitam uma segura opção do aplicador da lei.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é *obter vantagem ilícita* (para si ou para outrem), em prejuízo alheio, *induzindo ou mantendo alguém em erro*, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. A característica fundamental do estelionato é a *fraude*, utilizada pelo agente para *induzir* ou *manter* a vítima em *erro*, com a finalidade de obter vantagem patrimonial ilícita. No estelionato, há *dupla relação causal:* primeiro, a vítima é enganada mediante fraude, sendo esta a *causa* e o engano o *efeito*; segundo, *nova relação causal* entre o erro, como causa, e a obtenção de vantagem ilícita e o respectivo prejuízo, como efeito. Na verdade, é indispensável que a vantagem obtida, além de ilícita, decorra de erro produzido pelo agente, isto é, que aquela seja consequência deste. Não basta a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem ilícita e prejuízo patrimonial. Ademais, à vantagem ilícita deve corresponder um prejuízo alheio.

A configuração do crime de estelionato exige a presença dos seguintes requisitos fundamentais: 1) *emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento*; 2) *induzimento ou manutenção da vítima em erro;* 3) *obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro).* Façamos um sucinto exame de cada um.

5.1 Emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento

Para *enganar* alguém, induzindo-o ou mantendo-o em erro, pode-se empregar artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. *Artifício* é toda simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa em erro,

levando-a à percepção de uma *falsa aparência da realidade*; *ardil é* a trama, o estratagema, a astúcia; *qualquer outro meio fraudulento* é uma fórmula genérica para admitir qualquer espécie de fraude que possa enganar a vítima. Com essa expressão genérica, torna-se desnecessária a precisão conceitual de *artifício* e *ardil,* que são meramente exemplificativos da *fraude penal*, tratando-se de crime de forma livre. Significa poder-se afirmar, ademais, que, se o Ministério Público imputar a prática do fato delituoso mediante *artifício* e, a final, a prova dos autos demonstrar que se trata de ardil, não haverá nenhum prejuízo para a defesa e tampouco se poderá afirmar que o *Parquet* pecou por desconhecimento técnico-dogmático.

É indispensável que o *meio fraudulento* seja suficientemente *idôneo* para enganar a vítima, isto é, para induzi-la a erro. A inidoneidade do meio, no entanto, pode ser relativa ou absoluta: sendo relativamente inidôneo o meio fraudulento para enganar a vítima, poderá configurar-se tentativa de estelionato; contudo, se a inidoneidade for absoluta, tratar-se-á de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio empregado (art. 17).

5.2 Induzimento ou manutenção da vítima em erro

Induzir tem o significado de o agente incutir ou persuadir alguém com sua ação. Examinando o significado desse verbo, na tipificação do crime de *induzimento ao suicídio*, fizemos as seguintes considerações: “Induzir significa suscitar o surgimento de uma ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém uma ideia até então inexistente. Por meio da *indução* o indutor anula a vontade de alguém”. *Mutatis mutandis*, aplicam-se os mesmos conceitos para o caso de estelionato. No entanto, nesta figura, não se emprega o verbo “instigar”, como faz naquele crime contra a vida, preferindo o verbo “manter”, que quer dizer que a vítima já se encontra em erro, limitando-se o agente, com sua ação fraudulenta, a não alterar os fatos. Contudo, se a conduta do agente for meramente omissiva ou não revestir-se de fraude, ainda que comissiva, não se poderá falar em crime de *estelionato.*

Erro é a falsa representação ou avaliação equivocada da realidade. A vítima supõe, por erro, tratar-se de uma realidade, quando na verdade está diante de outra; faz, em razão do erro, um juízo equivocado da relação proposta pelo agente. A *conduta fraudulenta* do sujeito leva a vítima a incorrer em *erro.* “O agente coloca — ou mantém — a vítima numa

situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é. Ex.: o autor finge manter uma agência de venda de carros, recolhe o dinheiro da vítima, prometendo-lhe que entregará o bem almejado, e desaparece" (Nucci, *Código Penal comentado*, p. 561).

Essa conduta delituosa pode concretizar-se de duas formas: *induzindo* a vítima a erro ou *mantendo-a.* Na primeira hipótese, a vítima, em razão do estratagema, do ardil ou engodo utilizado pelo agente, é levada ao erro; na segunda, aquela já se encontra em erro, voluntário ou não, limitando-se a ação do sujeito ativo a manter o ofendido na situação equivocada em que se encontra. Em outros termos, a *obtenção da vantagem* ou proveito ilícito decorre da circunstância de o agente *induzir* a vítima ao *erro* ou de *mantê-la* no estado de erro em que se encontra. Enfim, é possível que o agente provoque a incursão da vítima em erro ou apenas se aproveite dessa situação em que a vítima se encontra. De qualquer sorte, nas duas modalidades comete o crime de estelionato. Mas, parece-nos importante destacar, mesmo na segunda hipótese, a conduta é comissiva, pois para "manter" o agente deve agir positivamente.

5.3 Obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio: elemento normativo

A conduta nuclear, por excelência, está representada pelo verbo "obter", isto é, conseguir proveito ou vantagem ilícita em razão de *engano* provocado no ofendido. Para a configuração do estelionato é indispensável que o agente obtenha proveito indevido em prejuízo alheio. Exige o tipo penal a produção de duplo resultado (vantagem ilícita e prejuízo alheio), que examinaremos logo a seguir. Estamos diante de um crime que apresenta grande complexidade estrutural tipológica, pela riqueza de elementos objetivos, normativos e subjetivos que o compõem, destacando-se, de plano, a duplicidade de nexo causal e de resultados.

A *duplicidade de nexo causal* está representada por dupla relação de causa e efeito; num primeiro momento, funciona a fraude como *causa*, e o engano decorrente do ardil, como *efeito;* no momento subsequente, o erro consequente do engano, como causa, e a obtenção da vantagem indevida e o dano patrimonial correspondente (esses dois representando a segunda duplicidade). Trata-se, com efeito, de *crime de resultado duplo*, uma vez que para se consumar exige a obtenção de *vantagem ilícita*, de um lado, e a ocorrência efetiva de um *prejuízo* para a vítima, de outro. A ausência de

qualquer desses resultados descaracteriza o estelionato consumado, restando, em princípio, a figura da tentativa. *Vantagem ilícita* é todo e qualquer *proveito* ou benefício contrário à ordem jurídica, isto é, não permitido por lei. A *obtenção da vantagem ilícita*, ao contrário do que ocorre nos crimes de furto e de apropriação indébita, é *elemento constitutivo* do estelionato. A simples *imoralidade* da vantagem é insuficiente para caracterizar essa elementar típica. *Prejuízo alheio*, por sua vez, significa perda, dano, diminuição de lucro ou de patrimônio, pertencente a outrem.

5.4 À vantagem ilícita deve corresponder um prejuízo alheio

À *vantagem ilícita* deve corresponder, simultaneamente, um *prejuízo alheio*; a ausência de qualquer dos dois descaracteriza o crime de estelionato. Na ausência dessa correspondência, isto é, se o sujeito ativo obtiver a vantagem ilícita, mas não causar prejuízo a terceiro, faltará a elementar típica "em prejuízo alheio". Nessa hipótese, não se pode afirmar que houve estelionato; faz-se necessário que se examine a possibilidade teórica da ocorrência da tentativa. Contudo, a ausência de prejuízo, por si só, não é suficiente para caracterizar a tentativa, ao contrário do entendimento esposado por Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 427).

Na verdade, somente a casuística pode oferecer-nos com mais segurança a resposta correta, mas, de plano, pode-se assegurar que é indispensável nesses casos examinar se a não ocorrência de *prejuízo alheio* foi provocada por *causas estranhas à vontade do agente* (art. 14, II). Ora, se esse elemento da tentativa não estiver presente não se pode falar na figura tentada de estelionato. São indiferentes os *meios* utilizados pelo agente tanto para o induzimento da vítima em erro quanto para sua manutenção. Em qualquer das hipóteses, é necessária uma influência decisiva no processo de formação de vontade da vítima, abrangendo os aspectos volitivos e intelectivos.

6 Vantagem ilícita: irrelevância da natureza econômica

Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 390), examinando o crime de "extorsão mediante sequestro", professava: "O Código fala em *qualquer* vantagem, não podendo o adjetivo referir-se à *natureza* desta, pois ainda aqui, evidentemente, ela há de ser, como no art. 158, *econômica*, sob pena

de não haver razão para o delito ser classificado no presente título". No entanto, o mesmo Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 390), em sua análise da elementar vantagem ilícita, contida no crime de "estelionato", parece ter esquecido que essa infração penal também está classificada no Título dos Crimes contra o Patrimônio, ao asseverar que: "Essa vantagem pode não ser econômica, e isso é claramente indicado por nossa lei, pois, enquanto que, na extorsão, ela fala em indevida vantagem econômica, aqui menciona apenas a vantagem ilícita. É, aliás, opinião prevalente na doutrina". Nessa linha de Magalhães Noronha, com posição não muito clara, Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 413), na atualidade, referindo-se à "extorsão mediante sequestro", leciona: "No que tange à *vantagem* descrita no tipo, simples interpretação do dispositivo induziria à conclusão de que não deva ser necessariamente econômica. Contudo, outro deve ser o entendimento. De fato, a extorsão está encartada entre os delitos contra o patrimônio, sendo o delito-fim, e, no sequestro, apesar de o próprio tipo não especificar a natureza da vantagem, parece indefensável entendimento diverso". Em relação ao "estelionato", referindo-se à elementar *vantagem ilícita*, Regis Prado sustenta (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 501): "Prevalece o entendimento doutrinário de que a referida vantagem não necessita ser econômica, já que o legislador não restringiu o seu alcance como o fez no tipo que define o crime de extorsão, no qual empregou a expressão *indevida vantagem econômica*".

6.1 Nosso entendimento: irrelevância da natureza da vantagem

Examinando o mesmo tema, no crime de "extorsão mediante sequestro", fizemos a seguinte afirmação: "Preferimos, contudo, adotar outra orientação, sempre comprometida com a segurança dogmática da tipicidade estrita, naquela linha que o próprio Magalhães Noronha gostava de repetir de que "a lei não contém palavras inúteis", mas que também não admite — acrescentamos — a inclusão de outras não contidas no texto legal. Coerente, jurídica e tecnicamente correto o velho magistério de Bento de Faria (*Código Penal brasileiro*, p. 63), que pontificava: "A vantagem — exigida para restituição da liberdade ou como preço do resgate, pode consistir em dinheiro ou qualquer outra utilidade, pouco importando a forma da exigência". Adotamos esse entendimento, pelos fundamentos que passamos a expor. (...) Curiosamente, no entanto, na descrição desse tipo penal — *extorsão mediante sequestro* —, contrariamente ao que fez na

constituição do crime anterior (extorsão), que seria, digamos, o tipo matriz do “crime extorsivo”, o legislador brasileiro não inseriu na descrição típica a elementar normativa *indevida vantagem econômica*. Poderia tê-la incluído; não o fez. Certamente não terá sido por esquecimento, uma vez que acabara de descrever tipo similar, com sua inclusão (art. 158). Preferiu, no entanto, adotar a locução “qualquer vantagem”, sem adjetivá-la, provavelmente para não restringir seu alcance.

Por tudo isso, em coerência com o entendimento que esposamos sobre a locução “qualquer vantagem”, que acabamos de transcrever, sustentamos que a *vantagem ilícita* — elementar do crime de estelionato —, pelas mesmas razões, não precisa ser necessariamente de natureza econômica. O argumento de que a natureza econômica da vantagem é necessária, pelo fato de o estelionato estar localizado no Título que disciplina os crimes contra o patrimônio, além de inconsistente, é equivocado. Uma coisa não tem nada que ver com a outra: os crimes contra o patrimônio protegem a inviolabilidade patrimonial da sociedade em geral e da vítima em particular, o que não se confunde com a vantagem ilícita conseguida pelo agente. Por isso, não é a *vantagem* obtida que deve ter natureza econômica; o *prejuízo* sofrido pela vítima é que deve ter essa qualidade.

6.2 O prejuízo alheio além de patrimonial deve ser concreto

O *prejuízo alheio*, além de patrimonial, isto é, economicamente apreciável, deve ser real, concreto, não podendo ser meramente potencial. *Prejuízo*, destacava Magalhães Noronha, é sinônimo de dano, e, como o crime é contra o patrimônio, esse dano há de ser patrimonial. Aqui se justifica essa interpretação, pois está de acordo com o bem jurídico tutelado, que é a inviolabilidade do *patrimônio alheio*. Elucidativo, nesse particular, o magistério de Sebastian Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 356): “Prejuízo patrimonial não quer dizer somente prejuízo pecuniário: a disposição tomada pode consistir na entrega de uma soma em dinheiro, de uma coisa, móvel ou imóvel, de um direito e também de um trabalho que se entenda retribuído, ou de um serviço tarifado. Pode também consistir na renúncia a um direito que positivamente se tem. Deve tratar-se, em todo caso, de um valor economicamente apreciável, sobre o qual incida o direito de propriedade no sentido amplo em que tal direito é entendido pela lei penal”.

6.3 A vantagem deve ser injusta, embora não precise ser econômica

Por fim, a *vantagem* tem de ser *injusta*, ilegal, indevida. Se for justa estará afastada a figura do estelionato, podendo configurar, em tese, exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Quando a lei quer limitar a espécie de vantagem, usa o elemento normativo *indevida, injusta, sem justa causa, ilegal*, como destacamos em inúmeras passagens deste trabalho. Assim, havendo a *fraude* para enganar e obter vantagem ilícita, para si ou para outrem, não importa a natureza (econômica ou não). Contudo, quanto à espécie é diferente: deve ser injusta. Concluindo, a *vantagem ilícita* não precisa ter natureza econômica, mas deve, necessariamente, ser *injusta*, ao passo que o *prejuízo alheio*, em razão do *bem jurídico violado*, deve ser economicamente apreciável.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral do estelionato é o *dolo*, representado pela vontade livre e consciente de ludibriar alguém, por qualquer meio fraudulento, para obter vantagem indevida, em prejuízo de outrem. Deve abranger não apenas a ação como também o meio fraudulento, a vantagem indevida e o prejuízo alheio. Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 225-6), a seu tempo, já chamava a atenção para esse aspecto: "Não existe o crime sem a vontade conscientemente dirigida à *astúcia mala* que provoca ou mantém o erro alheio e à correlativa locupletação ilícita em detrimento de outrem".

O dolo, na primeira figura, "induzir em erro", deve anteceder o emprego do *meio fraudulento* e a produção dos resultados "vantagem ilícita" e "prejuízo alheio". Na segunda figura, "manter em erro", o dolo é concomitante ao referido erro: constatada a existência do erro, o dolo consiste exatamente em sua manutenção. É necessário que o agente tenha *consciência* de que obtém uma *vantagem indevida*, visto que, se for devida, legal ou justa não se cuidará de estelionato, mas, teoricamente, de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345). O erro sobre a justiça ou legalidade da vantagem constitui erro de tipo, pois incide sobre uma elementar típica.

7.1 Elemento subjetivo especial: obter vantagem ilícita

Faz-se necessário, ainda, o *elemento subjetivo especial* do tipo,

constituído pelo *especial fim* de obter qualquer vantagem ilícita, para si ou para outrem. A simples finalidade de produzir dano patrimonial ou prejuízo a alguém, sem visar a obtenção de proveito injusto, não caracteriza o estelionato. Não há previsão de modalidade culposa de estelionato, a despeito da possibilidade de alguém ser induzido ou mantido em erro, por imprudência ou negligência.

8 Consumação e tentativa

8.1 Consumação do estelionato

Consuma-se o estelionato, em sua forma fundamental, no momento e no lugar em que o agente obtém o proveito a que corresponde o prejuízo alheio. Na verdade, é indispensável que a *vantagem* obtida, além de indevida, decorra do *erro* produzido pelo agente, isto é, que aquela seja consequência deste. Não basta a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem ilícita e prejuízo patrimonial de outrem. Com efeito, à vantagem ilícita deve corresponder um prejuízo alheio, numa relação de causa e efeito. Em outros termos, não se pode falar em consumação sem a presença do *binômio proveito ilícito-prejuízo alheio.*

8.2 Tentativa de estelionato

Tratando-se de crime material, que admite seu fracionamento, é perfeitamente admissível a tentativa, uma vez que o *iter criminis* pode ser interrompido, por causas estranhas à vontade do agente. Para o *êxito* da fraude é necessário que o *meio fraudulento* seja suficientemente *idôneo* para enganar a vítima, isto é, para induzi-la a erro. A *inidoneidade do meio,* no entanto, pode ser *relativa* ou *absoluta:* sendo relativamente inidôneo o meio fraudulento para enganar a vítima, poderá configurar-se tentativa de estelionato, se estiverem presentes os demais requisitos; contudo, se a inidoneidade for *absoluta,* tratar-se-á de *crime impossível* (art. 17).

No *estelionato,* crime que requer a cooperação da vítima, o início de sua execução se dá com o engano da vítima. Quando o agente não consegue enganar a vítima, o simples emprego de artifício ou ardil caracteriza apenas a prática de *atos preparatórios,* não se podendo cogitar de tentativa de estelionato. Com efeito, não caracteriza estelionato a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, se, a despeito de comprovada a autoria, o *meio*

empregado pelo agente for ineficaz para induzir ou manter a vítima em erro.

9 Estelionato e falsidade

Há quatro orientações distintas quando o agente se utiliza do *falsum* como meio para a prática do estelionato: 1) *O estelionato absorve a falsidade* — quando esta for o *meio fraudulento* utilizado para a prática do *crime-fim*, que é o estelionato. O Superior Tribunal de Justiça sumulou essa orientação, nos seguintes termos: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido" (Súmula 17). 2) *Há concurso formal entre estelionato e o crime de "falsum"* — para essa corrente é indiferente a espécie ou natureza da falsidade: material, ideológica, documento público ou particular, ou simples uso de documento falso (STF, *RTJ*, *117*:70; TRF da 4ª Região, *DJU*, 5-9-1990, p. 20104-5). 3) O *crime de falso prevalece sobre o estelionato* — mas somente quando se tratar de falsidade de documento público, cuja pena é superior à do estelionato (TRF da 1ª Região, *DJU*, 20-7-1993, p. 28577). 4) *Há concurso material* — para esta corrente é indiferente que a falsidade seja de documento público ou particular (TJSP, *RJTJSP*, *85*:366).

10 Estelionato privilegiado: minorante de aplicação obrigatória

Embora semelhante à previsão do *furto privilegiado*, aqui se requer *pequeno valor do prejuízo* (171, § lº), enquanto no furto se exige *pequeno valor da "res furtiva"*, necessitando, consequentemente, ser avaliado o *efetivo prejuízo* sofrido pela vítima. O "pequeno prejuízo" deve ser verificado, via de regra, por ocasião da realização do crime, e, na hipótese de *tentativa*, é aquele que decorreria da pretendida consumação.

Para fins de aplicação do disposto no § 1º do art. 171 do CP, não se identificam "pequeno prejuízo" causado à vítima e "pequeno valor" da *res furtiva* (art. 155, § 2º, do CP) resultante da ação delituosa. No crime de furto, o valor da *res furtiva* deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno prejuízo que dela resultar. Como a previsão legal, para essa infração, refere-se a *pequeno valor* da coisa furtada, é irrelevante a circunstância de a vítima recuperar o bem subtraído e não sofrer prejuízo algum. As *minorantes* constituem *direitos públicos*

subjetivos do réu, cuja admissão é obrigatória, estando presentes os dois requisitos legais (*primariedade* e *pequeno prejuízo*). Para reconhecimento da figura privilegiada, tem predominado o entendimento (mais liberal) de que o limite de um salário mínimo não é intransponível.

11 Figuras especiais de estelionato

Com o mesmo tratamento penal dispensado ao tipo fundamental, o legislador de 1940 previu *modalidades especiais de estelionato*. Desnecessário dizer que cada figura apresenta alguma peculiaridade que a distingue do tipo fundamental, sob pena de não haver razão para sua especialidade. O § 2º do art. 171, com efeito, prevê seis modalidades especiais de estelionato: *disposição de coisa alheia como própria; alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria; defraudação de penhor; fraude na entrega de coisa; fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro e fraude no pagamento por meio de cheque*. Façamos uma análise sucinta de cada uma dessas figuras especiais de estelionato.

11.1 Disposição de coisa alheia como própria (I)

Convém destacar, preliminarmente, que os mesmos elementos constitutivos do estelionato em sua modalidade fundamental também estão presentes nessa figura: emprego *da fraude*, em razão da qual o sujeito passivo acredita que a coisa que lhe é oferecida pertence ao estelionatário, a incursão em *erro* da vítima, com a consequente *vantagem* indevida do agente e o correspondente *prejuízo* de alguém. As condutas incriminadas são *vender, permutar, dar em pagamento, em locação* ou *em garantia* coisa alheia como própria. Essa modalidade consiste em *realizar qualquer dos atos jurídicos* mencionados tendo por objeto coisa alheia como se fosse própria. Exige-se a má-fé do sujeito ativo e correspondente boa-fé do sujeito passivo; no caso, o comprador é enganado, além do proprietário, é claro. A disposição da coisa é inerente ao *domínio*, e só o tem o proprietário, a quem o Código Civil confere, além do uso e gozo da coisa, sua disponibilidade. Podem ser *objeto material* desse crime tanto os bens móveis quanto os imóveis. É necessário que a ação física esteja relacionada à coisa alheia: compra e venda, troca, dação em pagamento.

Consuma-se o crime, como o tipo básico, com a *obtenção da vantagem*

ilícita e o *prejuízo* para a vítima. Considerando-se tratar-se de crime material, a tentativa é perfeitamente possível, já que o *iter criminis* pode ser interrompido. *Sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa; *sujeito passivo é* o comprador de boa-fé, enganado pelo vendedor, incluindo também o próprio proprietário da coisa. Exige-se *antagônica relação de subjetividade:* a má-fé do sujeito ativo *versus* a boa-fé do sujeito passivo. Todos os demais elementos estruturais previstos para o tipo fundamental (*caput* do art. 171) aplicam-se aos tipos especiais, que não deixam de ser tipos derivados.

11.2 Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (II)

O que muda efetivamente, nesse tipo penal, é o *objeto material:* em vez de ser *coisa alheia,* trata-se de *coisa própria,* impedida, por alguma razão, de ser alienada. As ações incriminadas incidem sobre coisa própria, gravada com ônus de *inalienabilidade.* Quando "todos os direitos" imanentes ao direito de propriedade reúnem-se na pessoa do proprietário fala-se em *dominium plenum.* Nem sempre, porém, o dono da coisa dispõe de todos esses atributos da propriedade, sendo uma das restrições possíveis a *inalienabilidade,* que pode decorrer de lei, convenção ou testamento. Outra restrição ao direito de propriedade, especialmente importante para o direito penal, é a indisponibilidade de coisa *gravada de ônus,* que nada mais é do que o desmembramento de alguns dos direitos que compõem o *dominium.* Pois esse desmembramento constitui *ônus* para o proprietário e, recaindo sobre a coisa, tem natureza real e não simplesmente obrigacional; pode-se citar como exemplo a hipoteca, a anticrese e o penhor. Além dos direitos reais por natureza, entre outros, enfiteuse, servidões, usufruto.

Quem recebe a coisa, com qualquer desses ônus, desconhecendo a existência destes, é lesado em seu direito e fraudado em sua expectativa; sofre prejuízo patrimonial e é vítima do crime tipificado no dispositivo em exame. A *promessa de venda* não é abrangida como forma de crime nos conceitos de venda, permuta ou dação em pagamento do art. 171, § 2º, do CP. Assim, o *silêncio do promitente vendedor* sobre o fato de estar o imóvel *arrestado em execução,* por exemplo, não tipifica o crime de alienação fraudulenta de coisa própria. Essa proibição tipificada refere-se expressamente ao ato de *vender,* que não se confunde com o *mero compromisso* de compra e venda (este não passa de *obrigação de fazer*). Só recorrendo à analogia seria possível enquadrar a promessa de venda no art. 171, § 2º, II, do CP, mas a *incriminação analógica* é vedada pelo Direito

Penal moderno.

Concretamente, porém, dependendo das demais circunstâncias, poderá caracterizar o tipo fundamental descrito no *caput*. Com efeito, para fins criminais não há como confundir *venda com promessa de compra e venda:* a obrigação de fazer, que resulta da promessa, deve ser resolvida no juízo cível, sendo estranho ao tipo penal, que no art. 171, § 2º, II, exige para sua configuração o núcleo "vender", sendo, portanto, diferentes seus conceitos normativos e doutrinários. O *sujeito ativo,* ao contrário da previsão do inciso anterior, é o *dono da coisa,* que está impedido — por lei, contrato ou testamento — de aliená-la; aliás, como se trata de *crime próprio*, só o dono da coisa pode sê-lo. A *coisa* pode, também, ser gravada com ônus impeditivo de alienação (*v*. CC/16, art. 674). Em qualquer das hipóteses, é necessário que o sujeito ativo *iluda a vítima* sobre a condição da coisa, *silenciando sobre qualquer das circunstâncias* enumeradas. *Sujeito passivo* é quem recebe a coisa nas condições enumeradas, e, na última hipótese, também o promitente comprador.

11.3 Defraudação de penhor (III)

A ação tipificada é *defraudar* garantia pignoratícia *mediante alienação* (venda, troca, doação etc.) *ou por outro modo* (desvio, consumo, destruição, abandono etc.), *sem consentimento* do credor. *Defraudar* significa lesar, privar ou tomar um bem de outrem. Tipifica-se o estelionato, nessa modalidade, quando o *devedor pignoratício*, que tem a posse do objeto empenhado, "defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia" (art. 171, III, do CP). A alienação de *lavoura de soja*, por exemplo, constituída em garantia por meio de cédula rural pignoratícia, sem o consentimento do credor, configura essa modalidade especial de estelionato. Ocorre a *defraudação de penhor* quando é feita a alienação do objeto empenhado (inciso III do 2º do art. 171 do CP) sem o consentimento do credor, independentemente de a espécie de depósito ser regular ou irregular. A *defraudação do penhor* para aperfeiçoar-se em sua anatomia jurídica, geralmente prescinde do *exame pericial*; a exigência, além de estimular a impunidade, seria verdadeira *contradicta in re ipsa*, considerando-se que é da natureza desse ilícito penal o desaparecimento da garantia real representada pelo penhor. O *consentimento do ofendido,* representando a ausência do *elemento normativo do tipo,* afasta a tipicidade da conduta do sujeito ativo.

A *penhora* destinada a servir de *garantia da execução* não se equipara à hipótese prevista no inciso III do § 2º do art 171 do Código Penal, onde se cuida de *fraude* relativamente à coisa pertencente ou possuída pelo agente, mas vinculada, em garantia de débito, a um *direito real* (penhor). Esse crime, portanto, só se configura quando o objeto empenhado permanece em poder do devedor em determinadas situações, expressamente previstas na lei, por força da cláusula *constituti,* o que não é o caso da *penhora,* que constitui simples ato processual de garantia do juízo. *Sujeito ativo* é o devedor dono do objeto empenhado, que está na posse da coisa. *Sujeito passivo* é o credor pignoratício. Para a configuração do delito exige-se o *dolo.* Não se pode ver, por exemplo, na atitude do réu, vendendo parte de minguada safra, ante dificuldades financeiras, o *dolo de defraudar,* mediante alienação não consentida, a garantia pignoratícia.

11.4 Fraude na entrega de coisa (IV)

Em alguns tipos de *penhor* não há a entrega efetiva da coisa ao credor, verificando-se tão somente a *tradição ficta,* por meio do *constitutum possessorium.* Assim, enquanto o credor recebe *a posse jurídica* da coisa, o devedor mantém *a posse natural*. Esse aspecto ocorre no penhor agrícola, pecuniário, industrial e mercantil, conforme procuramos demonstrar no exame da apropriação indébita. Está excluído do dispositivo em exame *o penhor legal* (art. 1.467 do CC), que só ocorre com a transferência de posse para o credor. A ação tipificada é *defraudar* (trocar, adulterar, alterar). A fraude deve ter por objeto a *substância* (essência), *qualidade* (espécie) ou *quantidade* (número, peso ou dimensão). O sujeito ativo deve ter a obrigação de entregar a coisa (obrigação legal, judicial ou contratual). *Substância* é a matéria ou essência que compõe alguma coisa; *qualidade* é o atributo ou propriedade de algo; *quantidade* é a medida de qualquer coisa. A simples falta de *quantidade* ou de *qualidade* da coisa não constitui o crime previsto no art. 171, § 2º, IV, do CP. Para que se componha o estelionato, com efeito, é imprescindível a ocorrência da *fraude,* a beneficiar o agente e a prejudicar o ofendido. O *estelionato,* nessa modalidade, consistente *na fraude* na entrega de *coisa,* não se configura com a simples *defraudação,* mas com a efetiva *traditio* da coisa ao destinatário. Assim, inexistindo esta, responde o agente pelo crime do art. 275 e não do art. 171, § 2º, IV, ambos do CP.

Sujeito ativo é quem tem a obrigação jurídica de entregar a coisa, e com

a obrigação de fazê-lo. *Sujeito passivo* é o destinatário da coisa, isto é, quem tem o direito de recebê-la. Deve-se distinguir a emissão do cheque como *contraprestação* da emissão relativa a *dívida pré-constituída.* Na primeira hipótese, *estando* configurados o dolo e o prejuízo patrimonial, haverá o crime. Na segunda, não. A explicação é lógica e simples. Falta o dano patrimonial. O estelionato é crime contra o patrimônio, e, se a dívida já existia, a emissão da cártula, ainda que não honrada, não provoca prejuízo algum ao credor.

11.5 Fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro (V)

O *bem jurídico* protegido, nessa modalidade de estelionato, é o *patrimônio do segurador.* As modalidades de ação elencadas são taxativas, exigindo o tipo que o *dano* produzido seja idôneo para o recebimento da indenização ou valor de seguro. Como destaca Paulo José da Costa Jr., nesse tipo penal há duas espécies de fraudes, executadas com o objetivo de receber a indenização do seguro: *(1) destruição ou ocultação da coisa própria; (2) lesão do corpo, agravamento de lesão ou moléstia de que esteja acometido. Destruir* significa aniquilar, fazer desaparecer ou extinguir, total ou parcialmente; *ocultar* significa esconder ou encobrir coisa própria; *lesar* significa ofender fisicamente, causar dano, danificar o próprio corpo ou a saúde, ou *agravar* as consequências de lesão ou doença. A *fraude* para recebimento de seguro é *crime formal*, que não requer a ocorrência de dano efetivo em prejuízo do ofendido para *consumar-se*, algo que ocorre pela simples conduta de ocultar. Assim, o emprego do meio fraudulento é necessário e suficiente para a caracterização do crime, desde que sua finalidade seja o recebimento da indenização do seguro (elemento subjetivo especial). Enfim, *consuma-se* o estelionato independentemente do recebimento da indenização pretendida. A locução "que deve entregar" constitui elemento normativo integrante do tipo penal, a exemplo das locuções "que sabe" e "deve saber", constantes das definições do crime de receptação, conforme demonstramos no exame daquela infração penal.

O elemento subjetivo geral é o *dolo*, representado pela *vontade consciente* de praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal, com a finalidade de receber indenização ou valor de seguro. O *elemento subjetivo especial do tipo* é exatamente a *finalidade* de receber a indenização ou o seguro; no entanto, reiterando, o *fim* não precisa ser atingido: basta que seja

a finalidade desejada pelo agente. *Sujeito ativo* é o proprietário da coisa ocultada ou destruída, ou o paciente da mutilação. Se o dano ou lesão forem praticados sem o conhecimento do beneficiário, responderá pelo crime de lesão corporal dolosa ou de dano, normalmente em concurso com o crime de estelionato simples (art. 171, *caput*). *Sujeito passivo* é o segurador, que responderá pelo pagamento injusto do valor do seguro. Trata-se de *crime próprio* e de *perigo.* O eventual recebimento do seguro pretendido representará o simples exaurimento do crime.

11.6 Fraude no pagamento por meio de cheque (VI)

Nossos dois Códigos anteriores — 1830 e 1890 — não conheceram essa modalidade de estelionato, cuja criação coube à Lei n. 2.591/12, então conhecida como Lei do Cheque. Foram cominadas as mesmas sanções previstas para o crime de estelionato, para a *emissão de cheques sem a correspondente provisão de fundos.* Essa previsão foi recepcionada pela Consolidação Piragibe. O Código Penal de 1940, cuja Parte Especial permanece em vigor, acresceu à previsão anterior a incriminação da conduta de "frustrar o pagamento de cheque". Duas são as figuras tipificadas: "emitir" e "frustrar". *Emitir* tem o sentido de colocar em circulação o cheque sem suficiente provisão de fundos. Não se confunde com o simples ato de preenchê-lo ou assiná-lo. *Frustrar* significa *obstar o pagamento*, bloqueando, retirando o saldo existente ou dando contraordem e, dessa forma, evitar o pagamento do cheque; mas somente a *frustração indevida* pode configurar crime. Para verificar-se essa segunda figura, no momento da emissão do título devem existir fundos, caso contrário a conduta será a primeira tipificada. O emitente tem o direito de *obstar* o pagamento do cheque, desde que fundado em *motivo justo.* Somente a *frustração fraudulenta* do pagamento de cheque tipifica o crime em exame. Igualmente, a *frustração de cheque pós-datado* não configura crime, pois esse tipo de cheque não é ordem de pagamento, mas apenas uma garantia, substituindo a histórica *nota promissória.*

A frustração do pagamento de cheque emitido como *garantia de dívida* não caracteriza *fraude* em sua emissão, pois o crime tipificado como estelionato exige que a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio seja decorrente de *induzimento ou mantença de alguém em erro*, mediante artifício ou qualquer meio fraudulento. *Cheque* é uma ordem de pagamento à vista. Trata-se de um *titulo de crédito*, cuja definição é encontrada no

âmbito do direito comercial. Sua valoração é jurídica. A *suficiência de provisão de fundos* (elemento normativo) consiste na existência de fundos disponíveis em poder do sacado (banqueiro, em regra) que sejam suficientes para efetivar o pagamento quando da apresentação do referido título (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.357/85). O agente que, visando a vantagem indevida, *emite* cheque falsificando a assinatura do titular da conta pratica crime de estelionato em sua forma fundamental. Tratando-se de *conta encerrada*, igualmente se caracteriza o crime previsto no *caput* do art. 171.

11.6.1 Cheque pós-datado e cheque especial

A característica fundamental desse título de crédito é ser *uma ordem de pagamento à vista*. Por isso, quando alguém recebe cheque para ser *apresentado em data futura*, está recebendo o cheque descaracterizado em sua essência, travestido de mera *promessa de pagamento*. O cheque pós-datado *desnatura a ordem de pagamento à vista* que esse instituto representa. Com efeito, *cheque emitido em garantia de dívida*, isto é, pós-datado (pré-datado, para alguns), representa uma *promessa de pagamento*, a exemplo da *nota promissória*. Eventual inexistência de fundos suficientes quando de sua apresentação não caracteriza, portanto, o *estelionato* definido no dispositivo em exame. Se não for compensado por falta de suficiente provisão de fundos, constituirá somente um ilícito civil, e não chega ao *status* de crime pela falta daquela característica natural do cheque de ser *ordem de pagamento à vista*. Aliás, a existência de *avalista* no cheque permite a presunção de que foi dado como garantia ou promessa, e não como ordem de pagamento. Algo semelhante ocorre na hipótese em que alguém recebe um cheque sem fundos em substituição a outro título de crédito, que não fora devidamente resgatado. Não é possível alegar fraude ou má-fé do emitente, pois o credor confiou no devedor que já não havia resgatado outro título; buscou, na verdade, outra garantia que lhe parecera mais eficaz, não havendo aí falar em crime, mas em simples infração civil. No entanto, se esse outro título for uma *duplicata*, acreditamos que o pagamento com cheque sem suficiente provisão de fundos pode, perfeitamente, caracterizar o crime de estelionato em exame, pois o credor está convencido de que está recebendo o valor correspondente ao pagamento de seu crédito. Pode, com efeito, ser enganado, vendo ser frustrada sua expectativa de receber seu crédito. Desnecessário frisar que não se configurará o crime se, também nessa hipótese, o cheque for pós-

datado.

Habitualmente as agências bancárias têm honrado o pagamento de *cheques de clientes especiais*, mesmo quando ultrapassam os limites contratados. A recusa, nesses casos, é eventual. *Essa eventualidade* não pode ser decisiva para tipificar criminalmente a conduta do emitente. O estelionato *pressupõe sempre a má-fé do agente*, que, nesses casos, à evidência, não existe. Nesse sentido, aplica-se a Súmula 246 do STF, que tem o seguinte enunciado: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos".

11.6.2 Sujeitos ativo e passivo do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que *emita* seu próprio cheque sem suficiente provisão de fundos. Quando for utilizado *cheque de terceiro,* sem fundos suficientes, não se tipificará essa infração penal, mas a do *caput,* pois quem emite o cheque é outra pessoa. O *endossante* tampouco pode ser *sujeito ativo* desse crime, uma vez que *endossar* não se confunde com *emitir.* Também não tem o endossante autoridade para frustrar o pagamento de *cheque* emitido por outrem. *Sujeito passivo* é o tomador, o beneficiário do cheque, que, pela ausência de fundos, sofre o dano patrimonial, podendo ser, indiferentemente, pessoa física ou jurídica.

12 Majorante especial do crime de estelionato

O estelionato não apresenta figuras qualificadas, mas prevê a *majoração da pena*, equivocadamente concebida pela doutrina como qualificadora, ignorando que, tecnicamente, majorante e qualificadora não se confundem, como demonstramos em várias passagens desta obra. A pena aplicada deve ser majorada em um terço (§ 3º) se a infração for cometida em *prejuízo de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência* (Súmula 24 do STJ).

O Banco do Brasil S/A, por exemplo, é uma *sociedade de economia mista,* e, como tal, uma *entidade de direito privado,* ou seja, o Banco do Brasil é sociedade por ações de economia mista, que não se confunde com "entidade de direito público", referida no § 3º do art. 171. Em sede de direito penal material, é inadmissível *interpretação extensiva ou analógica* para agravar a situação do acusado, especialmente para incluir o que a lei não consagra. Não se pode invocar interesse indireto deste ou daquele ente

ou órgão público, administrado por uma entidade de direito privado, para justificar a agravação da pena.

13 Arrependimento posterior e as Súmulas 246 e 554

Sob a rubrica "arrependimento posterior", a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209/84) criou essa *minorante,* aplicável a determinados crimes, praticados *sem violência ou grave ameaça à pessoa,* quando houver *reparação do dano ou restituição da coisa* antes do recebimento da denúncia ou da queixa. A despeito de todas as merecidas críticas que recebeu, trata-se de instituto moderno, que procura relativizar a extraordinária importância que o direito penal do século XX atribuiu aos crimes patrimoniais, tendo ganho interpretação liberal de doutrina e jurisprudência. A configuração do arrependimento posterior, tecnicamente considerado, exige a presença dos seguintes requisitos: a) *Crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa* — A violência contra a coisa, como ocorre no crime de furto qualificado ou de dano, não exclui a minorante. b) *Reparação do dano causado pelo crime ou restituição da coisa* — A reparação do dano deve ser pessoal, completa e voluntária. A restituição também deve ser total. Se a restituição não for pessoal, completa e voluntária, constituirá somente *circunstância atenuante genérica,* a ser considerada no momento da aplicação da pena. Não é necessário que a reparação ou a restituição sejam espontâneas: basta que sejam voluntárias, podendo, pois, o agente ser convencido a reparar o dano ou restituir a coisa. No entanto, não ocorrerá o benefício se o agente for obrigado, de qualquer forma, a indenizar ou restituir o objeto material, mesmo que por sentença judicial. c) *A reparação ou restituição devem ocorrer antes do recebimento da denúncia ou da queixa* — Ocorrendo a reparação ou a restituição após o recebimento da denúncia ou da queixa, funcionará apenas como atenuante genérica (art. 65, III, *b, in fine,* do CP).

A reparação do dano, a despeito da previsão legal em exame, pode corporificar outros institutos penais. No caso de peculato culposo, por exemplo, havendo a reparação do dano, se for anterior a sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade (art. 312, § 3º); se for posterior, reduzir-se-á a pena pela metade. A maior benevolência da norma penal, nessa hipótese de peculato culposo, tem o objetivo de facilitar e estimular o agente a repor o erário público, que a todos aproveita.

13.1 Reparação de danos e as Súmulas 246 e 554

As duas súmulas têm os seguintes enunciados: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos" (245); "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" (554). É desnecessário frisar que, no caso abrangido pela Súmula 554, o *crime de estelionato já se consumara*, e o máximo que poderia ocorrer com o pagamento antes da denúncia seria a incidência da minorante do art. 16, que prevê *redução de pena*. No entanto, após a *reforma penal*, que criou a norma do art. 16 em análise, o Supremo Tribunal Federal continuou aplicando a Súmula 554, como no RHC 62.912 *(RT, 598*:427). Referida *súmula* originou-se da discussão sobre a natureza do estelionato na modalidade de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, se, afinal, trata-se de *crime material* ou *formal*.

Acabou prevalecendo o entendimento de que, como crime material, a consumação ocorria com o *efetivo prejuízo* da vítima e só se verificava na agência bancária em que ocorresse a recusa de pagamento, e não no local da emissão do cheque. Constata-se que o fundamento é diferente daquele que justificou a previsão do art. 16 antes referido, e trata-se de construção pretoriana, sumulada, mais favorável ao agente. Por isso, sempre sustentamos que a súmula continua tendo a aplicação à hipótese restrita do art. 171, § 2º, VI; a disposição do art. 16 ficará para os demais casos.

14 Algumas questões especiais

O *erro*, artifício ou ardil devem preexistir à obtenção da vantagem ilícita. A enumeração legal do meio fraudulento é meramente exemplificativa, podendo ocorrer o estelionato por outros subterfúgios. Deve existir uma *relação causal* entre o meio utilizado pelo sujeito ativo e o erro do lesado. No *furto* praticado com fraude, o agente ilude a vítima para facilitar a subtração da coisa. Para caracterizar o estelionato, é irrelevante a má-fé da vítima, isto é, a torpeza bilateral. Estelionato no exercício de comércio, sobrevindo a falência, constitui crime falimentar. Em caso de fraude processual, ver o art. 347 do CP.

Há algumas *fraudes especiais*, disciplinadas em outros diplomas legais, tais como: fraude em cédulas rurais hipotecárias — art. 21 do Decreto-Lei

n. 167/67; desvio de créditos e financiamentos governamentais ou incentivos fiscais — art. 3º da Lei n. 7.134/83; fraude em relação aos benefícios da "Lei Sarney" — art. 14, §§ 1º e 2º, da Lei n. 7.505/86. A respeito de fraude no pagamento por meio de cheque, *vide* as Súmulas 246, 521 e 554 do STF.

15 Pena e ação penal

As penas cominadas são a reclusão, de um a cinco anos, e multa. Na hipótese do § 3º a pena será *majorada* em um terço; na figura do *privilegiado*, pode ter a reclusão substituída por detenção, diminuída de um a dois terços ou substituída por multa. A ação penal *é pública incondicionada*, salvo nas hipóteses do art. 182, quando será condicionada à representação. Haverá *isenção de pena* se for praticado contra ascendente, descendente ou cônjuge (na constância da sociedade conjugal).

16 Transcrição das principais súmulas relativas ao estelionato

16.1 Súmulas do Supremo Tribunal Federal

Súmula 246 do STF: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos". *Súmula 521 do STF*: "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". *Súmula 554 do STF*: "O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal". *Súmula 17 do STJ*: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido". *Súmula 24 do STJ*: "Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica a Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal".

16.2 Súmulas do Superior Tribunal de Justiça

Súmula 48 do STJ: "Compete ao juízo local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque". *Súmula 107 do STJ*: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação de guias de recolhimento das contribuições previdenciárias,

quando não ocorrente lesão à autarquia federal”.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 17 do STJ*: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.
- *Súmula 24 do STJ*: “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”.
- *Súmula 48 do STJ*: “Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque”.
- *Súmula 73 do STJ*: “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual”.
- *Súmula 107 do STJ*: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal”.
- *Súmula 244 do STJ*: “Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos”.
- *Súmula 246 do STF*: “Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos”.
- *Súmula 521 do STF*: “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”.
- *Súmula 554 do STF*: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

“Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação dos proventos indevidos. Termo inicial de contagem do prazo prescritivo. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP” (STF, HC 85.601/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 6-11-2007).

“Art. 171, § 3º, do Código Penal. Percepção de seguro-desemprego após admissão em novo emprego. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Não há que se falar em incidência do princípio da insignificância na hipótese em que o réu, mediante fraude, obteve dos cofres públicos, a título de seguro-desemprego, mesmo estando devidamente empregado, a quantia de R$ 351,96 — à época, correspondente a mais de dois salários mínimos. Tal valor se afasta daquilo que seria considerado como penalmente irrelevante” (STJ, REsp 961.038/RN, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18-10-2007).

“A reparação integral do dano, antes do recebimento da denúncia, no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), autoriza, tão somente, o reconhecimento da causa de redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal. Na linha dos precedentes desta Corte, a reparação do dano, anteriormente ao recebimento da denúncia, não exclui o crime de estelionato em sua forma básica, uma vez que o disposto na Súmula 554 do STF só tem aplicação para o crime de estelionato na modalidade emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal. Inviável a aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 ao crime de estelionato” (STJ, HC 61.928/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4-9-2007).

“Embora esteja presente tanto no crime de estelionato, quanto no de furto qualificado, a fraude atua de maneira diversa em cada qual. No primeiro caso, é utilizada para induzir a vítima ao erro, de modo que ela própria entrega seu patrimônio ao agente. A seu turno, no furto, a fraude visa burlar a vigilância da vítima, que, em razão dela, não percebe que a coisa lhe está sendo subtraída” (STJ, Conflito de Competência 86.862/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 8-8-2007).

“A consumação do crime de estelionato ocorre com a passagem da coisa da esfera de disponibilidade do lesado para a do agente, no momento em que a vítima é desfalcada em seu patrimônio e o agente obtém a vantagem indevida. A apreensão de dinheiro sacado fraudulentamente, ainda nas dependências da CEF na qual o saque foi feito, não pode ser considerada arrependimento posterior, uma vez que este depende de ato voluntário do agente” (TRF-2ª Região, Apelação 2006.51.01.490072-5, Rel. Maria Helena Cisne, j. 11-7-2007).

“O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmudando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos – art. 111, inciso III, do Código Penal” (STF, HC 86.467/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23-4-2007).

“O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da *Internet Banking* da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato” (STJ, Conflito de Competência 67.343/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-3-2007).

Estelionato. Compra efetuada com cartão de crédito bloqueado. Meio absolutamente ineficaz. Falta de justa causa para ação” (TJSP, RESE 966.346.3/4, Rel. René Nunes, j. 14-2-2007).

“*Cola Eletrônica*. Atipicidade. Trancamento parcial da ação penal contra o paciente. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 1.145 (no qual fiquei vencido), reconheceu que a conduta designada ‘cola eletrônica’ é penalmente atípica. [...] A Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, nesta parte, o deferiu para trancar a ação penal, unicamente quanto ao crime de estelionato (cola eletrônica), nos termos do voto do Relator” (STF, HC 88.967/AC, Rel. Min. Celso Britto, j. 6-2-2007).

“Estelionato. Disposição de coisa alheia como própria. Inexistência. Vantagem ilícita, prejuízo alheio, meio fraudulento. Inocorrência. Para que se configure a prática do crime de estelionato é necessário que o agente atue de forma a induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, obtendo, com isso, vantagem patrimonial ilícita. É atípica a conduta do denunciado que dá coisa própria em garantia à promessa de compra e venda, não auferindo vantagem nem propiciando prejuízo alheio” (STJ, HC 36.619/PE, Rel. Min. Paulo Medina, j. 22-2-2005).

“Art. 171, § 2º, I e II, c/c o art. 171, *caput*, do CP. Súmula 17 desta Corte. Crime praticado contra a justiça do trabalho como meio para se chegar ao delito-fim. Ausência de

potencialidade lesiva. Competência da justiça estadual. O Enunciado 17 da Súmula desta Corte somente se aplica se o falso, além de ser crime-meio para o estelionato, estiver desprovido, *per se*, de potencialidade lesiva, hipótese inocorrente na espécie" (STJ, HC 34.608/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 2-9-2004).

Duplicata simulada

Art. 172. Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena — detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

— V. art. 11, *h*, da Lei Delegada n. 4/62 (intervenção no domínio econômico).

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O legislador de 1940 basicamente repetiu (art. 172) a redação da Lei n. 187/36, alterando apenas a sanção cominada para um a três anos de detenção. Essa redação, por sua vez, foi alterada pelo Decreto-Lei n. 265, de 28 de fevereiro de 1967, que ampliou sua abrangência e alterou a sanção anterior (art. 5º). A Lei n. 5.474/68 também alterou o conteúdo do art. 172 do Código Penal. O parágrafo único, porém, foi mantido, com redação determinada pela Lei n. 5.474/68. A redação atual do art. 172 deve-se à Lei n. 8.137/90, que novamente ampliou a abrangência do conteúdo daquele dispositivo, que disciplina a emissão de fatura, duplicata ou nota de venda, além de voltar a majorar a sanção correspondente (*caput* com redação determinada pela Lei n. 8.137/90, relativa a crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o patrimônio, particularmente as relações

econômicas provenientes do comércio, objetivando garantir a autenticidade dos institutos comerciais. Pretende proteger os interesses patrimoniais do sacado ou de quem eventualmente possa efetuar qualquer operação mercantil com o título fraudulento. Trata-se, segundo Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 476), de crime de perigo para o patrimônio, que se apresenta por meio de uma *falsidade documental*; pretende-se evitar possível dano que a emissão fraudulenta de duplicata cause, por se tratar de título circulável via endosso.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeitos ativos serão, em regra, os diretores, gerentes ou administradores de empresas, associações ou sociedades que praticarem a ação tipificada, sendo insuficiente a condição de sócio, diretor ou gerente. Sujeito ativo, na primeira figura, é quem *expede* ou *aceita* duplicata fictícia ou falsa, isto é, que não corresponda a compra e venda efetiva.

Convém destacar que, agora, não apenas a emissão de duplicata fraudulenta constitui esse crime, mas também a emissão de fatura ou nota de venda o tipificam (Lei n. 8.137/90). Tratando-se de *pessoa jurídica*, serão penalmente responsáveis seus diretores, administradores ou gerentes, desde que tenham conhecimento da fraude e participem da decisão. Não passará, contudo, de simples *conivência impunível* se o sacado, previamente informado de que será expedida duplicata simulada, abstiver-se de denunciar o sacador; na verdade, a simples ciência da emissão irregular do título não o torna partícipe da ação delituosa. O *sacado* que aceita o título, sabendo que é simulado, incorre no mesmo crime, na condição de coautor (art. 29 do CP). O *endossatário* e o *avalista*, por si sós, não podem ser sujeitos ativos desse tipo penal, a menos que ajam de comum acordo com o sujeito ativo. Nessa hipótese, também seriam abrangidos pelo art. 29 do Código. Na verdade, endossatário e avalista não podem praticar a conduta de “emitir” os documentos referidos nesse tipo, mas tal aspecto não impede que possam ser alcançados pelo instituto concurso eventual de pessoas, inclusive sob a modalidade da coautoria, e não apenas da participação *stricto sensu*. Essa possibilidade de concorrerem para o crime em exame não impede que qualquer dos dois ou ambos pratiquem o crime de estelionato, se lesarem o tomador do título, descontando-o como legítimo, por exemplo.

Sujeito passivo é o recebedor, isto é, quem desconta a duplicata, aquele que aceita a duplicata como caução, e também o sacado de boa-fé, que corre o risco de ser protestado. Não é indispensável, registre-se, a participação na figura delituosa da pessoa contra quem a duplicata foi emitida. Havendo coautoria entre emitente e aceitante, sujeito passivo será quem fez o desconto, e não o sacado.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *emitir,* que significa expedir ou colocar em circulação *fatura, duplicata ou nota de venda* que não corresponda à mercadoria vendida ou ao serviço prestado. O título deve ser *simulado,* isto é, não deve corresponder à venda efetiva de bens ou à prestação de serviços. Para que o crime se aperfeiçoe não é necessária a participação do sacado, uma vez que, após sua emissão, o emitente pode endossá-la, antes mesmo do aceite, transferindo, assim, sua propriedade. A Lei n. 8.137/90 acrescentou à duplicata *a fatura ou nota de venda* — elementos normativos do tipo —, criminalizando a emissão irregular de qualquer desses "títulos". *Fatura* ou *nota de venda* é o documento no qual devem ser discriminadas as mercadorias vendidas ou os serviços prestados; em outros termos, fatura ou nota de venda é a escrita unilateral do vendedor, que deve acompanhar as mercadorias objeto do contrato ao serem entregues ou expedidas.

Fatura não é título de crédito, não é comercializável nem pode ser objeto de endosso, não passando, em verdade, de uma espécie de certidão de nascimento que deve acompanhar a mercadoria ou o serviço prestado. *Duplicata* é um título de crédito que deve ser sacado em correspondência estrita com fatura, com a finalidade de circular comercialmente (art. 2º da Lei n. 5.474/68). Nota de venda, a nosso juízo, confunde-se com a fatura, pois tem a mesma finalidade daquela, como já destacamos acima. Com ou sem assinatura, verdadeira ou falsa, do aceitante, a emissão de *duplicata* a que não corresponde negócio enquadra-se no art. 172 do Código. A *falsificação do aceite* aposto em duplicata simulada não configura crime autônomo, pois está ínsita na figura típica do art. 172 do CP.

4.1 Falsificação ou adulteração do livro de registro de duplicatas

Pratica o mesmo crime quem *falsifica* ou *adultera* a escrituração do *livro*

de registro de duplicatas (parágrafo único do art. 172). *Falsificar,* no caso específico, significa efetuar o lançamento de um título fictício, isto é, que não tenha correspondência na contraprestação que retrata; *adulterar,* por sua vez, refere-se à alteração de um lançamento anterior relativo a um título válido ou verdadeiro. Concorrendo com a emissão de duplicata simulada, *ficará absorvida a falsidade ou adulteração* do livro referido. Limita-se sua punição quando é praticada a falsidade ou adulteração, mas a duplicata não chega a ser emitida. No *livro de registro de duplicatas* o comerciante deve obrigatoriamente escriturar, em ordem cronológica, todas as duplicatas emitidas, com todos os dados necessários para identificá-las. Por expressa disposição legal, esse livro não pode conter emendas, rasuras, borrões ou entrelinhas (art. 19, §§ 2º e 3º, da Lei n. 5.474/68), exatamente para evitar a fraude. Como, no entanto, pode ser substituído por qualquer sistema mecanizado, acaba facilitando exatamente aquilo que pretendia inviabilizar, qual seja, a banalização da fraude.

Subscrevemos integralmente a crítica autorizada de Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 530), quando afirma: "Não agiu com propriedade o legislador ao inserir a referida figura no artigo 172, já que aplica a ela toda a principiologia do delito de *falsum*, e a hipótese em questão é de falsidade de documento particular, equiparado a documento público (art. 297, § 2º). Ademais, a referida conduta gravita em torno da expedição de duplicata, sendo absorvida pelo delito definido no *caput* do crime em exame, por se tratar de antefato ou *pós-fato* impunível".

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo constituído de vontade conscientemente dirigida à emissão de duplicata simulada, fatura ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida ou ao serviço prestado. Em outros termos, o dolo consiste na emissão do título (fatura, duplicata ou nota de venda), com pleno conhecimento de que não encontra correspondência fática, isto é, sem a contrapartida da efetiva venda de mercadoria e da prestação de serviço correspondente. A consciência deve abranger, necessariamente, todos os elementos constitutivos do tipo penal.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *emissão de duplicata simulada* no momento em

que o título é colocado em circulação, independentemente de eventual prejuízo do sacado ou de terceiro; como *crime formal*, consuma-se com a simples *emissão do título,* independentemente de eventual prejuízo a terceiro. A doutrina, de modo geral, tem negado a possibilidade da configuração da *forma tentada* do crime de emissão de duplicata simulada, porque se trata de crime formal e unissubsistente, não admitindo fracionamento. Contudo, quer-nos parecer, é muito arriscada uma afirmação negativa, quando a casuística oferece determinadas situações que podem configurar perfeitamente a *tentativa*. Diante dessas circunstâncias, não afastamos, *a priori*, a possibilidade da ocorrência da tentativa, já que se trata de crime fracionável, cujo *iter criminis* pode, eventualmente, ser interrompido, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a quatro anos, e multa. As mesmas penas são aplicadas para a figura tipificada no parágrafo único, relativas à falsificação do livro de registro de duplicatas. A ação penal é *pública incondicionada*, salvo nas hipóteses do art. 182, quando ficará *condicionada à representação.*

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Art. 172 do Código Penal. Continuidade delitiva. Majoração. Número de infrações cometidas. O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, *caput*, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado. *In casu*, como foram dois os crimes praticados, o aumento deve dar-se na fração de 1/6 (um sexto) (Precedentes do STF e do STJ)" (STJ, HC 43.725/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-11-2005).

"A consumação do delito previsto no art. 172 do CP, crime formal e unissubsistente, dá-se com a simples e efetiva colocação da duplicata em circulação, independentemente do prejuízo. Demonstrado que a emissão dos títulos de crédito foi efetuada na cidade de Franca/SP, consoante documentos acostados aos autos, a competência para o processamento e julgamento do feito é do Juízo Comum Estadual daquela Comarca, lugar em que ocorrida a infração" (STJ, RHC 16.053/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 2-8-2005).

"A nova redação do art. 172 do Código Penal, dada pela Lei n. 8.137/90, não excluiu do tipo o ato de emitir duplicata que não corresponda a uma venda de mercadoria ou prestação de serviço efetivamente realizadas. Precedente da Suprema Corte" (STJ, REsp 443.929/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 16-12-2004).

"Conforme entendimento da Terceira Seção deste Tribunal, 'A consumação do delito previsto no art. 172 do Código Penal se dá com a simples e efetiva colocação da duplicata em circulação, independentemente do prejuízo' (CC 27.049/PE, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ*

14-8-2000, p. 135), que deve ser considerado quando da fixação da pena-base, como uma das circunstâncias judiciais (consequências do crime)" (STJ, HC 35.236/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 9-11-2004).

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 terceiro:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

— V. art. 4º, *b*, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O direito antigo não criminalizava o *abuso de incapazes* como figura autônoma, preferindo integrá-lo em um conceito mais abrangente de estelionato e usura. O *abuso de incapazes* foi introduzido na legislação pelo Código Penal francês de 1810 (napoleônico), que disciplinava o abuso das paixões, necessidades ou fraquezas do menor, acabando por influenciar outras legislações europeias, que recepcionaram o abuso de incapazes incluindo-o entre os crimes contra o patrimônio.

O Código Penal de 1890 acolheu a novel figura nos seguintes termos: "Abusar, em próprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiência de menor, interdito ou incapaz, e fazê-lo subscrever ato que importe efeito jurídico em dano dele ou de outrem, não obstante a nulidade do ato emanada da incapacidade pessoal". O natimorto Código Penal de 1969 retornava à fórmula da legislação antiga: "Abusar, em proveito próprio ou alheio, da necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da doença ou deficiência mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato que produza efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiros". O legislador brasileiro de 1940, ao tipificar o abuso de incapazes, inspirou-se no Código Penal Rocco, de 1930.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido é o patrimônio, especialmente aquele atribuído aos *menores* ou *incapazes*, com a finalidade de impedir todo e qualquer abuso ou aproveitamento por parte de quem quer que seja, com ou sem escrúpulos. O dispositivo em exame procura garantir a inviolabilidade patrimonial, punindo quem, aproveitando-se da menoridade, alienação ou debilidade mental de alguém, leve-o a praticar condutas com efeitos jurídicos em benefício do autor ou de terceiro. Considerando que se trata de crime contra o patrimônio, é indispensável que o ato praticado seja idôneo para produzir efeitos patrimoniais. Contudo, por se tratar de crime formal, o dano não precisa se concretizar.

O estado das pessoas protegidas, no caso, menores e incapazes, torna-as mais vulneráveis e expostas a fraudes e burlas. Por essa razão, o Estado aumenta a vigilância e proteção ao patrimônio dessas pessoas. Assim, condutas que, em relação aos maiores e capazes, poderiam, no máximo, caracterizar um ilícito civil, são elevadas à condição de crimes quando praticadas contra incapazes e menores.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de ostentar alguma condição ou qualidade especial, ou seja, sujeito ativo é quem abusa de menor ou alienado ou débil mental, induzindo-o à prática de algum ato capaz de produzir efeito jurídico em prejuízo próprio ou de terceiro.

Sujeito passivo somente pode ser menor, alienado ou débil mental, ou, nos próprios termos do Código Penal, é o incapaz que, ostentando essa condição, for induzido a praticar ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de outrem. A enumeração do artigo é *numerus clausus*: menor, alienado ou débil mental. Considera-se *menor,* para os efeitos aqui tratados, aquele com idade inferior a dezoito anos, independente da menoridade civil. Pelo nosso Código Penal, quem completa dezoito anos se torna penalmente responsável (art. 27). “O alienado de que fala a lei é o louco, ou seja, a pessoa privada de razão em virtude de perturbação psíquica. Débeis mentais são, em geral, aqueles indivíduos portadores de retardamento mental ou de parada no desenvolvimento das funções psíquicas. Nesta categoria incluem-se os idiotas, os imbecis e os débeis mentais propriamente ditos. É a esse

conceito de anormais que a lei se refere" (Fragoso, *Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 434).

4 Tipo objetivo: adequação típica

São elementos constitutivos do crime de abuso de incapazes: a) *menoridade ou alienação ou debilidade mental do sujeito passivo;* b) *abuso da necessidade, paixão ou inexperiência do menor ou da alienação ou debilidade mental de outrem*; c) *induzimento à prática de ato suscetível de efeito jurídico em detrimento da vítima ou de outrem*; d) *elemento subjetivo geral e especial do tipo.* A ação tipificada é *abusar,* isto é, prevalecer-se da inexperiência, paixão ou necessidade do menor ou de sua condição de alienado ou débil mental para induzi-lo, pela persuasão ou pela fraude, à prática de ato suscetível de produzir efeitos jurídicos. *É desnecessária a fraude ou a indução a erro,* sendo suficiente que o agente *abuse* da imaturidade ou da debilidade da vítima. A ação deve ser em proveito próprio ou alheio e em prejuízo do sujeito passivo ou de terceiro.

4.1 Necessidade, paixão ou inexperiência do menor

Necessidade, paixão e inexperiência do menor são tratadas como sinônimos ou, pelo menos, como expressões que produzem no menor o mesmo resultado, ou seja, tornam-no mais vulnerável e desprotegido, carente de amparo e de proteção legal. E é exatamente dessas circunstâncias que o agente deve *abusar,* quando se tratar de menor, fundamentando o desvalor da conduta criminalizada. Essas elementares, no entanto, são exigidas somente em relação ao menor, e não quanto ao alienado ou débil mental. *Necessidade* não quer dizer apenas aquilo que é indispensável, que é essencial, mas se refere ao *estado de menor,* a sua vulnerabilidade diante de carências típicas dessa situação frágil, merecedora de maior amparo do Estado; paixão é a emoção em estado crônico, que pode perdurar como sentimento mais profundo e monopolizante.

Mas o sentido de paixão, neste dispositivo, significa a fragilidade do menor envolvido com um sentimento que lhe diminui as resistências, afasta as desconfianças, aumenta a confiança no sujeito ativo, e é exatamente esse estado que torna mais desvaliosa a conduta incriminada; *inexperiência*, no caso, não se limita à tradicional definição de falta de prática ou de habilidade em determinada função ou atividade: deve ser examinada no

sentido da imaturidade, da ausência de conhecimentos gerais que permitam aquilatar adequadamente todas as circunstâncias que autorizem uma tomada de decisão no mundo socioeconômico ou, melhor dito, em toda e qualquer ação, transação, atividade. O ordenamento jurídico preocupa-se com as pessoas que não dispõem de conhecimento, maturidade e discernimento para autodeterminar-se na vida social, limitando suas responsabilidades e a validade de seus atos.

4.2 Ato suscetível de produzir efeito jurídico

O ato juridicamente nulo, em razão da absoluta incapacidade da vítima, pode ser objeto desse crime? Sustenta-se que se fosse admissível argumentar que o crime não se consuma em razão da incapacidade absoluta da vítima, não teria sentido a criminalização contida no dispositivo em exame. No entanto, quando o ato praticado pela vítima é absolutamente nulo e sem qualquer efeito jurídico, por causa diversa da incapacidade da vítima, não há crime, pois esse tipo de ato não pode acarretar efeitos jurídicos, o que é uma elementar requerida pelo tipo legal.

4.3 Natureza do proveito ou vantagem

Questão interessante, convém destacar, é a definição da natureza do proveito que o agente ativo deve pretender com a conduta praticada. Terá, necessariamente, natureza patrimonial, considerando-se que o tipo penal se encontra no título dos crimes contra o patrimônio?

Não nos parece que assim seja, pois, mesmo que o proveito seja, por exemplo, de ordem puramente moral, não afastará por si só a natureza patrimonial da infração penal. Nesse particular, é muito feliz a hipótese lembrada por Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 461): “Se certo homem, inimigo de uma família, abusa das paixões de menor, a ela pertencente, induzindo-o a praticar ato que lhe pode acarretar a ruína, sem que com isso obtenha lucro, não deixa de praticar o crime em análise. O delito é patrimonial, porque o patrimônio é que foi a objetividade jurídica atingida”. Tem toda a razão Magalhães Noronha. Na verdade, para que o crime se consume é absolutamente irrelevante que o sujeito ativo obtenha o proveito pretendido; embora de modo geral os crimes patrimoniais sejam materiais, o *abuso de incapazes* é crime formal, e a obtenção de proveito, como elemento subjetivo especial do injusto, não precisa verificar-se — basta que tenha orientado a conduta do agente. Ora, se o proveito não

precisa verificar-se para o crime aperfeiçoar-se, não teria maior sentido exigir que aquele tivesse esta ou aquela natureza. Nesta linha, adotamos a orientação que sustenta a desnecessidade de o proveito ser de natureza econômica ou patrimonial.

Assim, devem-se distinguir com precisão duas coisas básicas: *proveito* e *prejuízo*. Não é necessário que ambos tenham a mesma natureza, podendo um ter cunho moral e outro econômico, sem qualquer relevância típica. O "proveito" deve ser próprio ou alheio; o prejuízo, igualmente, deve ser "próprio ou de terceiro". Mas acaba por aí a semelhança de proveito e prejuízo. A rigor, o que não pode deixar de ter natureza econômica é o *prejuízo* da vítima ou de terceiro, e é exatamente em razão do prejuízo que se qualifica o crime patrimonial, e não segundo a *vantagem ou proveito obtido* ou pretendido pelo sujeito ativo. Por fim, com a vedação legal de *obter proveito*, nos termos em que o prescreve, é evidente que a lei está se referindo a *proveito injusto*, isto é, sem causa, sem fundamento legal, indevido. O crime de abuso de incapazes integra o Capítulo do Estelionato e Outras Fraudes. Embora de estelionato não se trate, não se pode negar que leva implícita em sua definição forte carga de engodo, de ardil, abrangida pelo verbo "abusar". Ademais, seria um contrassenso falar em fraude por parte de alguém que procura *obter proveito justo*.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é composto pelo *dolo* e pelo *elemento subjetivo especial* do tipo constituído pelo *fim específico* de obter indevido proveito para si ou para outrem. O *dolo é* representado pela *vontade consciente* de persuadir o menor ou incapaz a praticar ato que lhe seja prejudicial e idôneo a produzir efeitos jurídicos. É indispensável que o agente tenha conhecimento da incapacidade da vítima, seja em razão da menoridade, seja em razão da alienação ou debilidade mental. Nesse sentido, mantém-se atual o magistério de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 460), que sustentava: "... age dolosamente o delinquente que, conhecendo as peculiares condições da vítima, dela abusa, induzindo-a a praticar um ato ruinoso para ela ou para outrem. O agente tem, pois, ciência do resultado e vontade de alcançá-lo, pondo, por isso, em ação os meios aptos e hábeis".

5.1 Dolo eventual. Elemento subjetivo especial

Havendo *dúvida* sobre esse estado da vítima, o agente deve abster-se de agir, sob pena de responder pelo crime por *dolo eventual*. Com efeito, a dúvida do sujeito ativo não afasta o dolo, pois, como sustentava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 460), "quem duvida não ignora e, se pratica o ato, arrisca-se. Nos termos da lei, arriscar é querer". Contudo, o desconhecimento do estado da vítima — menoridade, alienação ou debilidade mental — afasta a tipicidade da conduta, configurando erro de tipo. Mas esse tipo penal não se satisfaz somente com o dolo: exige algo mais, um *plus*, o elemento subjetivo especial do injusto, qual seja, o *especial fim de agir*, que, *in casu*, é representado pela locução "em proveito próprio ou alheio". Na verdade, o preceito primário criminaliza a conduta de "abusar... em proveito próprio ou alheio", ou seja, abusar com a finalidade de obter vantagem, para si ou para outrem.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de abuso de incapazes no momento e no lugar em que o incapaz pratica o ato a que foi induzido pelo sujeito ativo, desde que suscetível de produzir efeitos jurídicos, independente da obtenção do proveito visado. A tentativa é, teoricamente, admissível. Trata-se de uma das espécies de *crime formal*, que, pelo menos em tese, pode ter fracionada sua fase executória, como reconhece Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 485).

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativas*, são reclusão, de dois a seis anos, e multa. A ação penal é *pública incondicionada*, salvo nas hipóteses do art. 182, quando será condicionada à representação.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Abuso de incapaz — Dúvidas quanto ao estado mental da suposta vítima — Meros indícios — Prova contraditória — Insuficiente ao decreto condenatório — Melhor solução — Pronunciamento do *non liquet*. Existindo meros indícios, prova contraditória e geradora de dúvida quanto à falta de higidez mental da suposta vítima e, sendo essa imprescindível à configuração da figura típica, a absolvição é medida que se impõe, em atenção ao princípio *in dubio pro reo"* (TJMG, Apelação 1.0439.02.004726-2/001(1), Rel. Pedro Vergara, j. 6-11-2007).

"Abuso de incapaz. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Matéria não

analisada pelo tribunal *a quo*. Supressão de instância. Denúncia que imputou à paciente a prática de crime de abuso de incapaz, eis que teria, em tese, aproveitando-se da incapacidade de tia idosa, feito com que a mesma lhe transferisse valores constantes em contas bancárias" (STJ, RHC 15.760/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11-5-2004).

"Abuso de incapazes. Se as procurações outorgadas por instrumento público se mostram idôneas a produzir efeitos jurídicos em prejuízo da outorgante incapaz, não há nulidade a viciar o processo criminal por falta de perícia em tais instrumentos" (STF, HC 64.015/RS, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 17-6-1986).

Induzimento à especulação

Art. 174. Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruinosa:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— V. arts. 814 e 816 do CC.

— V. arts. 50 a 58 do Dec.-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. art. 2º da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Civil brasileiro estabelece: "As disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste". Observando os dois textos legais — civil e penal —, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 270), com muita propriedade, sentenciou: "Pode-se dizer, então, que o art. 174, ora comentado, cuida do induzimento do inexperiente, simplório ou pobre de espírito (ainda que não atinja o grau de debilidade mental) a qualquer forma de jogo (ilícito ou lícito)".

O vacante Código Penal de 1969 chegou a disciplinar essa infração nos seguintes termos: "Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou especulação em títulos ou mercadorias, que lhe resulte danosa". Mas esse diploma legal, que transformava um crime de

perigo em crime de dano, nunca chegou a entrar em vigor.

2 Bem jurídico tutelado

Como todas as infracões penais constantes do presente Título, o patrimônio considerado *lato sensu é* o bem jurídico protegido; contudo, cada figura penal destaca determinada particularidade da segurança patrimonial que merece maior atenção do legislador. No presente caso, objetiva-se tutelar o patrimônio pertencente às pessoas simples, ignorantes ou inexperientes contra a burla, a fraude ou ardil simbolizados por apostas ou jogos e até mesmo pela especulação com títulos ou mercadorias.

Desnecessário enfatizar que as pessoas com as condições destacadas no tipo (simples, ignorantes e inexperientes) não apresentam as mínimas condições de obter êxito nesse tipo de atividade, em que esteja ausente a má-fé do sujeito ativo. Como se trata de *crime de perigo* (normalmente os crimes contra o patrimônio são de dano), nesta figura o legislador penal procurou evitar a exposição a perigo do patrimônio da vítima simples, inexperiente ou ignorante.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa capaz, sem qualquer condição especial, desde que abuse da inexperiência, simplicidade ou inferioridade mental da vítima, induzindo-a a praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal em exame. Em outros termos, sujeito ativo é quem *induz* a vítima a jogo, aposta ou especulação bolsista, podendo, inclusive, ser pessoa diversa daquela que contrata ou compete com a vítima.

Sujeito passivo é qualquer pessoa, maior ou menor, inexperiente, simples ou *mentalmente inferior.* Neste caso, ao contrário do dispositivo anterior, não se refere a debilidade mental, mas somente a *inferioridade mental,* sendo desnecessário, por conseguinte, que a vítima seja um anormal. Na prática, em nossa longa experiência profissional, nunca nos deparamos com um caso concreto em que a vítima apresentasse, comprovadamente, esse caráter de inferioridade mental. Aliás, concretamente essa terminologia fica sujeita a longas discussões sobre o que pode ser considerado inferioridade mental, que acabará, inevitavelmente, com a definição autoritária de um laudo psiquiátrico. No entanto, essa raridade não significa que não possa ocorrer, mas o mais comum é que tal exploração ocorra com menores,

mulheres incultas e homens rústicos, enfim, pessoas simples, desacostumadas às habilidades e malícias que tais atividades exigem para que qualquer indivíduo possa ter alguma chance de sucesso.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é representada pelo verbo nuclear "abusar", que tem o sentido de prevalecer-se, aproveitar-se da inexperiência, simplicidade ou inferioridade mental de alguém, para induzi-lo à prática de jogo, aposta ou à especulação com títulos ou mercadorias. Nesta última hipótese, deve tratar-se de *operação ruinosa*, tendo o agente, ou devendo ter, consciência dessa circunstância. *Jogo* e *aposta* são espécies de um mesmo gênero: naquele, o ganho que se busca provém de determinada ação praticada pelo jogador; nesta, o evento independe, como regra, da participação dos apostadores, cujo resultado se vincula exclusivamente ao fator sorte. É irrelevante que se trate de jogo lícito ou ilícito, considerando-se que a finalidade da norma é proteger o patrimônio de pessoas incautas (inexperientes, ignorantes ou inferiores mentalmente). A elementar que deve prevalecer é exatamente essa inferioridade, que as torna hipossuficientes e justifica a proteção penal. A ação deve ser em proveito próprio ou alheio.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, como elemento geral, e pelo elemento subjetivo especial do injusto. O dolo é representado pela vontade consciente de induzir a vítima à prática do jogo, aposta ou especulação, aproveitando-se de sua inexperiência, simplicidade ou inferioridade mental. É absolutamente indispensável que o sujeito ativo tenha conhecimento de que se trata de pessoa que apresenta uma das condições exigidas pelo tipo penal, ou seja, pessoa inexperiente, simples ou mentalmente inferior. Evidentemente que eventual dúvida sobre a existência de qualquer dessas condições não beneficia o infrator, caracterizando o dolo eventual. Na verdade, havendo dúvida sobre a existência das elementares, o agente deve abster-se de agir, pois, arriscando-se, assume o risco de infringir a lei e deve responder por isso.

Em várias passagens de nosso Tratado externamos nosso repúdio ao recurso a expressões como "sabe ou deve saber" ou "sabendo ou devendo saber" (Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, v. 2, p. 209), uma vez que no

atual estágio do direito penal não podem mais identificar a espécie ou natureza do elemento subjetivo do tipo. Com efeito, “para a configuração do dolo exige-se a *consciência* daquilo que se pretende praticar. Essa consciência, no entanto, deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel, a *potencial consciência* das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da *consciência atual* equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção”. Não admitimos, como já destacamos, que “devendo saber” possa traduzir-se em *culpa* ou *presunção de dolo*, como chegou a ser sustentado por alguns eminentes doutrinadores pátrios do passado (Noronha, *Direito Penal*, v. 2, p. 465-6; Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 271). Não vemos nenhuma possibilidade de punir a modalidade do *crime culposo*, em razão de sua *excepcionalidade*. Por isso mesmo, seria paradoxal admitir sua *equiparação* com o dolo.

O *elemento subjetivo especial do injusto*, por sua vez, é constituído pelo *fim especial* de obter proveito próprio ou alheio. Trata-se de crime de intenção, caracterizado pela locução “em proveito próprio ou alheio”. Desnecessário destacar que *o proveito*, como elemento subjetivo especial do tipo, não precisa concretizar-se, sendo suficiente que tenha sido o móvel da ação do agente.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a prática, pelo induzido, de jogo, aposta ou especulação na bolsa, independentemente da superveniência de eventual obtenção do proveito visado. Não se pode perder de vista que se trata de crime contra o patrimônio *sui generis*, na medida em que se consuma independentemente de lesão patrimonial, configurando, por conseguinte, crime de perigo. Alguns autores sustentam, inclusive, que o crime estará consumado mesmo que a vítima obtenha lucro na operação que realizar, porque se trata, de crime formal (por todos, Fragoso, *Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 490). Parece-nos *questionável* esse entendimento majoritário, que, no mínimo, obscurece o elemento subjetivo do tipo. Pelo Código Penal de 1969 esse crime passaria a ser material, exigindo o resultado de dano patrimonial para caracterizar a consumação.

A tentativa é admissível, já que o processo executório pode ser

fracionado. Somente o casuísmo permitirá a avaliação, *in concreto,* da possibilidade ou não da figura tentada.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativamente,* são reclusão de um a três anos, e multa. A ação penal é pública incondicionada, salvo nas hipóteses do art. l82, quando será condicionada à representação. Heleno Fragoso (*Lições de Direito penal,* v. 1, p. 491) já criticava, a seu tempo, a excessiva gravidade da sanção cominada: "Tendo-se em vista a configuração técnica do delito (crime formal e de perigo), a pena é evidentemente excessiva".

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Induzimento à especulação em continuidade delitiva (art. 174, c/c o art. 71, *caput*, ambos do CPB). O réu, em proveito próprio, aproveitando da inexperiência e da simplicidade das vítimas, as induzia à prática de jogo e aposta. Para tanto, explorava, no local onde era realizado um rodeio, o 'jogo do dedal', consistente em esconder uma bola de esponja sob um dentre três recipientes metálicos, induzindo as vítimas a efetuarem apostas, indicando sob qual dos recipientes a bola se encontra" (TJRS, Apelação 70009104431, Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 28-7-2005).

Fraude no comércio

Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

— V. art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

— V. Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

— V. Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

I — vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II — entregando uma mercadoria por outra:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1º Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º É aplicável o disposto no art. 155, § 2º.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Penal francês de 1810 mais uma vez surge como a fonte moderna, pois previa "a fraude no comércio de pedras e metais preciosos, ao lado da fraude sobre a natureza ou quantidade de quaisquer mercadorias, além do uso de pesos ou medidas falsos" (Fragoso, *Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 491). Os Códigos Penais italianos, a partir do século XIX, sempre trataram da *fraude no comércio*. As Ordenações Filipinas também dispuseram sobre a fraude no comércio de determinados segmentos, adotando uma individualização bem casuística. Embora o Código Criminal do Império, de 1830, não tenha enfrentado diretamente o exame da matéria, integrou no estelionato "a troca das coisas que se devem entregar por outras diversas". O Código Penal de 1890 igualmente disciplinava a *fraude comercial* como integrante de estelionato (art. 338). Finalmente, o legislador de 1940 criou um tipo mais abrangente e menos casuístico, que passa a ser objeto de exame.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, como todas as demais infrações deste Título do Código Penal, é o patrimônio, especialmente contra a *fraude* praticada na atividade comercial. Subsidiariamente, protege-se também a moralidade das relações comerciais, buscando preservar a honestidade e a boa-fé que devem orientar toda a atividade comercial, que é vital para a satisfação de grande parte das necessidades materiais da coletividade.

3 Sujeitos ativo e passivo

Esse é um tipo penal que já apresenta dificuldade na identificação de quem pode realmente ser *sujeito ativo* do crime. Com efeito, além de o *nomen juris* ser "fraude no comércio", o conteúdo típico exige que o engano se opere no "exercício de atividade comercial". Há histórica divergência na doutrina, admitindo-se qualquer pessoa, sem condição

especial. Por essas razões sucintas, *sujeito ativo* só pode ser *comerciante* ou *comerciário*, diante da elementar do tipo, "no exercício da atividade comercial", mesmo que a atividade seja faticamente exercida, pois, nesse caso, o crime será tipificado no art. 171, § 2º, IV, do CP.

Sujeito passivo, por sua vez, pode ser qualquer pessoa, desde que determinada e seja adquirente ou consumidor. Sujeito passivo, enfim, é quem adquire a coisa ou mercadoria com um dos vícios mencionados no tipo penal. Nada impede que o sujeito passivo seja comerciante, embora não seja necessária essa qualidade, pois, como já afirmamos, pode ser qualquer pessoa (sendo qualquer pessoa, não está afastado o próprio comerciante).

4 Tipo objetivo: adequação típica

Enganar, isto é, iludir adquirente ou consumidor, no exercício de *atividade comercial*, de duas formas: a) *vendendo* (não permutando, dando em pagamento, doando etc.), (I) como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; b) *entregando* uma mercadoria por outra. O *engano* pode referir-se à substância, qualidade, quantidade ou procedência (II). Na primeira figura, a ação incriminada consiste em *enganar, vendendo* mercadoria falsificada ou deteriorada como verdadeira ou perfeita. Deve tratar-se, portanto, de venda e não de permuta, dação ou entrega da mercadoria a qualquer outro título. O objeto material da ação é *mercadoria*, que pode ser coisa móvel ou semovente (art. 191 do Código Comercial). *Falsificada* é a mercadoria adulterada a que o sujeito ativo dá a aparência de legítima ou genuína. *Deteriorada* é a mercadoria estragada, total ou parcialmente. *A fraude* requerida pelo tipo penal em exame consiste exatamente em apresentá-la como perfeita ou verdadeira. Na segunda modalidade, a conduta incriminada consiste em *enganar* o consumidor ou adquirente *entregando* uma mercadoria por outra, ou seja, o sujeito passivo adquire uma mercadoria e recebe outra diversa daquela que havia comprado. Nessa hipótese, há presunção da existência de uma relação obrigacional, na qual a mercadoria foi determinada e individualizada, não podendo ser entregue outra em seu lugar. Embora a lei fale em "enganar" o adquirente ou consumidor, o que significa fraude, não é necessário que haja previamente um ardil, artifício ou meio fraudulento induzindo o comprador na aquisição da coisa. "O engano está na efetivação, na realização mesma

da *venda*, nos fatos mencionados de *vender* e *entregar"* (Noronha, *Direito Penal*, v. 2, p. 469). A *fraude* pode referir-se à substância da mercadoria (farinha por sal), à qualidade ou quantidade. Mesmo que seja falsificada, se a vítima não foi enganada, sabendo que a mercadoria não é verdadeira, a conduta é atípica.

4.1 A possível revogação pelo Código de Defesa do Consumidor

Alguns autores questionam se o art. 175 do CP não teria sido revogado pela Lei n. 8.137/90 e pelo denominado Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). O art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 dispõe que: "*Constitui crime contra as relações de consumo:* vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo". O art. 18, § 6º, da Lei n. 8.078/90, por sua vez, esclarece que: "São impróprios ao uso e consumo: I — os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II — os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação".

Essa superposição de leis disciplinando praticamente a mesma matéria recomenda prudência e aguda observação em seu exame, devendo-se observar que o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que lei posterior revoga a anterior quando *disciplina inteiramente* a matéria nela contida. Para Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 547), todo o art. 175 do Código Penal foi revogado pelo art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90. Para Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 557, nota n. 4), estaria revogado somente o inciso I do art. 175: "Assim, se lei posterior, disciplinando os crimes perpetrados nas relações de consumo, tratou da venda pelo comerciante de mercadoria falsificada ou deteriorada, como se fosse verdadeira ou perfeita, não subsiste dúvida de que a norma anterior encontra-se revogada".

Não adotamos, *venia concessa*, nenhum desses entendimentos. Na verdade, exatamente em respeito àquela previsão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consideramos que as leis posteriores não regularam inteiramente a mesma matéria, sendo, assim, impossível admitir a revogação tácita do dispositivo em exame do Código Penal. Com efeito, casuisticamente, devem-se confrontar os diversos diplomas legais e resolver

a questão por meio do conflito aparente de normas e aplicar, *in concreto*, aquela que contemplar todas as elementares típicas. Por fim, se as mercadorias tiverem *fim medicinal* ou *alimentício*, a conduta poderá adequar-se às descrições dos arts. 212, § 1º, e 273, ambos do Código Penal, configurando *crime contra a saúde pública* e não contra o patrimônio.

4.2 Fraude no comércio de metais ou pedras preciosas (§ 1º)

Aqui se trata de fraude no *comércio específico de metais ou pedras preciosas*, onde é fácil enganar o comprador inexperiente, causando maiores danos, razão pela qual a pena também é mais grave. O valor elevado, por outro lado, dos objetos do comércio justifica a maior punição das condutas criminalizadas. Em qualquer dos casos, está implícita a *exigência de prejuízo* ao adquirente ou comprador. São, na verdade, quatro hipóteses de figuras qualificadas: a) *alterar qualidade ou peso de metal em obra encomendada ao agente*; b) *substituir pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor*, também em obra encomendada ao agente; c) *vender pedra falsa por verdadeira*; d) *vender, como precioso, metal de outra qualidade.*

Nas duas primeiras hipóteses, a vítima encomenda ao sujeito ativo a elaboração de uma obra com um metal determinado, platina, por exemplo, ou com determinada pedra. Na confecção, contudo, o agente substitui o material por outro metal inferior, no primeiro caso, traindo a confiança que aquela lhe depositara; no segundo, substitui a pedra verdadeira por uma falsa ou por outra de menor valor. A *ação consiste em enganar* a vítima, alterando a qualidade ou o peso do metal empregado na obra executada, ou *substituindo* pedra verdadeira por falsa ou por outra de valor inferior. Em qualquer das duas hipóteses é indispensável a configuração de prejuízo para o adquirente ou consumidor. Assim, não haverá crime se, por exemplo, a alteração ou substituição do material beneficiar o consumidor.

Por fim, nas duas últimas hipóteses, criminaliza-se a *venda de pedra falsa* por verdadeira (bijuteria por joia, por exemplo) ou de metal de qualidade inferior (latão, zinco) como se precioso fosse (ouro, prata, platina). Essa transação, para tipificar o tipo penal, *somente pode ser produto de venda* e não de qualquer outra relação negocial, como doação, dação em pagamento, transação etc. Todas as quatro hipóteses disciplinadas no § 1º do artigo em exame configuram *crime material*, e somente se consumam com a entrega e a aceitação do objeto da transação.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo,* direto ou eventual, representado pela *vontade consciente* de vender produto falsificado ou deteriorado, entregar uma mercadoria por outra ou, ainda, alterar ou substituir metal ou pedra preciosa, no exercício de atividade comercial. É indispensável que o sujeito ativo tenha *consciência* de que está enganando o adquirente ou consumidor e que conheça as diferentes qualidades ou propriedades de cada produto; enfim, é necessário que o dolo abranja todos os elementos constitutivos do tipo. O eventual desconhecimento de que entrega produto de menor valia ou pedra falsa no lugar da verdadeira configurará erro de tipo, que, se justificável, excluirá a tipicidade. Concluindo, não se configura a fraude no comércio sem a comprovação do tipo subjetivo, ou seja, o dolo abrangente de todas as elementares típicas.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de fraude no comércio com o engano efetivo do sujeito passivo, que se opera com a venda ou entrega da mercadoria ao adquirente ou consumidor. Não se consuma antes de a mercadoria encontrar-se em poder do sujeito passivo, para que se possa constatar o vício ou sua diversidade. Nesse momento e nesse lugar, consuma-se o crime, que é material. É admissível a tentativa, diante da possibilidade de fracionamento dos atos executórios, ou seja, circunstâncias alheias à vontade do agente podem impedir que consume seu intento.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas para a modalidade simples (*caput*, I e II) são *alternativas*: detenção, de seis meses a dois anos, ou multa; para as figuras qualificadas, as penas são *cumulativas*: reclusão, de um a cinco anos, e multa. A *primariedade* e o *pequeno valor* do objeto material permitem a substituição da pena de reclusão por detenção, reduzi-la de um a dois terços ou aplicar somente multa, aplicando o disposto no art. 155, § 2º, destacado expressamente no texto legal (§ 2º). A *ação penal,* como é regra nos crimes contra o patrimônio, é pública incondicionada, dispensando qualquer manifestação de interesse do ofendido.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A fraude no comércio (art. 175, I, CP) é crime próprio, a impor que o acusado, necessariamente, deve ser comerciante ou comerciário. O agente que não tenha dita qualidade, configurando mero particular a realizar negócio jurídico de compra e venda, em cujo objeto foram encontrados vícios, não pratica o crime acima referido. Atipicidade reconhecida. Ademais, em não se subsumindo a conduta a outro tipo penal, estando o ilícito revestido de características civis nessa esfera deverá ser solvido, sendo impositivo que se absolva o acusado. O Direito Penal considera relevantes apenas condutas da vida social das quais resultem lesões significantes e que, por merecerem especial atenção, justificam a ação do Estado, restringindo os direitos fundamentais da dignidade e da liberdade da pessoa humana" (TJRS, Apelação 70007068786, Rel. Aramis Nassif, j. 3-3-2004).

"A acusação por prática de fraude no comércio de veículos pelo sistema de venda programada não tem repercussão no sistema financeiro nacional, não atraindo a competência da Justiça Federal" (STJ, HC 16.463/MS, Rel. Min. Vicente Leal, j. 7-5-2002).

Outras fraudes

Art. 176. Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação, e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

DOUTRINA

1 Considerações introdutórias

Trata-se de infração penal que não era prevista, como figura autônoma, pelo direito penal anterior; durante a vigência do Código de 1890, a doutrina dominante a concebia como estelionato. Durante a Idade Média, a Itália já reprimia essa modalidade de conduta em algumas leis penais. A França, por sua vez, disciplinava a matéria desde 1873, vindo a alterá-la em sucessivas oportunidades (1926 e 1937). Os *Projetos Sá Pereira* e *Alcântara Machado* já disciplinavam a matéria, como simples contravenção. A previsão do atual Código Penal de 1940 (Parte Especial), segundo a doutrina, inspirou-se no Código Penal suíço de 1937 (art. 150).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimônio de proprietários de hotéis, restaurantes ou meios de transportes contra a lesão fraudulenta a que, com facilidade, são expostos nesse ramo de atividade. Criminaliza-se a conduta de contrair obrigação, seja consumindo alimentos e bebidas, seja alojando-se em hotéis, seja servindo-se de meio de transporte, sem dispor, no entanto, dos recursos necessários para satisfazê-la. Ao lado desse interesse privado existe, logicamente, o interesse público relativo à harmonia e à estabilidade da ordem jurídica.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo é quem pratica qualquer das ações proibidas pelo artigo em exame: tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor dos meios necessários para pagá-los; sujeito ativo, à evidência, pode ser qualquer pessoa, independente de qualidade ou condição especial, tratando-se, pois, de *crime comum.* Como é a impossibilidade de cumprir a obrigação assumida que caracteriza a infração penal, há a presunção legal de tratar-se de sujeito ativo capaz de assumir tal obrigação. Assim, não poderá ser sujeito ativo desse crime o *incapaz*, por faltar-lhe a responsabilidade necessária para assumir uma obrigação civil.

Sujeito passivo, por outro lado, pode ser pessoa física ou jurídica. Nem sempre quem sofre o engano é quem suporta o prejuízo. A pessoa enganada (garçom, motorista) pode ser diversa da que sofre o prejuízo, ou seja, pode existir mais de um sujeito passivo de um único e mesmo crime. Pode ocorrer aqui fenômeno semelhante ao estelionato, em que, muitas vezes, quem é ludibriado não é quem tem o prejuízo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O tipo penal prevê três espécies de condutas puníveis: 1) *tomar refeição em restaurante;* 2) *alojar-se em hotel;* 3) *utilizar-se de meio de transporte. Tomar refeição* em restaurante significa que a conduta deve ser realizada no estabelecimento, tanto que, se o sujeito ativo somente encomenda a refeição para ser entregue em outro lugar, não pratica o crime em exame, podendo, no entanto, incorrer no crime de estelionato. *Alojar-se em hotel* abrange todos os estabelecimentos similares destinados a acolher hóspedes, tais

como hospedarias, albergues, pensões etc. *Utilizar-se de meio de transporte* tem o sentido de coletivo, como ônibus, táxi, metrô etc. Nas três hipóteses, *é condição indispensável que o agente não disponha de recursos para efetuar o pagamento*, consistindo a fraude exatamente no fato de o agente silenciar quanto à impossibilidade de pagamento. A *fraude* consiste em o agente utilizar-se dos serviços relacionados sem dispor dos recursos para pagá-los, mas apresentar-se como se os tivesse; comporta-se como um cliente normal, honesto, que honrará o compromisso assumido, induzindo o sujeito passivo em erro. Em qualquer das modalidades, existe uma obrigação assumida que é descumprida.

Refeição inclui também bebidas; *restaurante* compreende local para servir refeição (café, pensão, *boîte* etc.); *hotel* abrange hospedarias, albergues e pensões. Concluindo, não haverá crime se a refeição não for tomada em restaurante, isto é, no estabelecimento, mas for encomendada para entrega em domicílio. O *passageiro clandestino* não pratica esse crime, que exige o descumprimento de uma obrigação assumida, mas sim o de *estelionato.*

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo dessa infração penal é representado pelo dolo, que pode ser direto ou eventual, constituído pela vontade consciente de praticar qualquer das ações relacionadas no tipo penal. É indispensável que a consciência do agente abranja todos os elementos constitutivos da descrição legal, especialmente que não dispõe dos valores necessários para pagar pela obrigação que acaba de assumir. Eventual desconhecimento do agente do fato de que, por exemplo, encontra-se sem dinheiro quando se aloja em hotel, pede refeição ou toma um meio de transporte não configura o crime, por faltar-lhe a consciência dessa circunstância. A tipicidade é afastada por erro de tipo.

6 Consumação e tentativa

A relevância jurídica de qualquer das condutas surge somente com o não pagamento das despesas efetuadas, ou seja, após a prática de qualquer das condutas (refeição, alojamento ou transporte). Logo, estamos diante de um *crime material*, isto é, um crime de dano, que somente se concretiza com a ocorrência efetiva de prejuízo. Em outros termos, o crime se consuma com

a prática de qualquer das condutas incriminadas: quando o agente toma (total ou parcialmente) a refeição; quando obtém o alojamento (mesmo que por tempo exíguo) ou se serve do transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento.

Admite-se a tentativa, em que pesem algumas posições contrárias, como a de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 480), que afirmava: "Tão logo a vítima (*sic*) iniciou a refeição, alojou-se em hotel ou serviu-se de meio de transporte, não tendo recursos, ação incriminada já se realizou". Esse entendimento não nos parece sustentável, na medida em que, inegavelmente, estamos diante de um crime cuja fase executória admite fracionamento e, por conseguinte, tentativa. Nesse sentido, o exemplo sugerido por Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 278) é impecável: "Já tendo sido trazida a refeição, ou ao entrar o agente no quarto do hotel ou no veículo de transporte, é descoberto (por aviso de terceiro ou outra circunstância) o plano de burla, que, assim, se frustra".

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são, alternativamente, detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. A ação penal é *pública condicionada* à representação do ofendido. *Perdão judicial*: conforme as circunstâncias, o juiz pode deixar de aplicar a pena.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Fraude no pagamento por meio de cheque. Emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos para pagamento de despesas de hospedagem em estabelecimento hoteleiro. Cheque emitido para documentar dívida preexistente, referente a pagamento de diárias de hotel. Ausência de prejuízo novo. Estelionato é crime material que exige o auferir de vantagem nova com a prática da manobra. Conduta que mais se afeiçoa ao disposto no art. 176 do CP, para o qual é desclassificada a infração. Apelo parcialmente provido" (TJRS, Apelação 70015266919, Rel. Paulo Moacir Aguiar Vieira, j. 30-11-2006).

"Fraude. Art. 176 do Código Penal. Há prova concreta da conduta do réu na forma do previsto no art. 176 do Código Penal, pois se hospedou no motel e não demonstrou qualquer providência para a satisfação do débito contraído, mesmo após se retirar do local. A incidência do parágrafo único pressupõe a ação clara do réu, ainda que posteriormente, em satisfazer o débito que permanece, confirmando a versão de que tinha o dolo de fraudar o estabelecimento" (TJRS, Recurso Crime 71001002062, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 6-11-2006).

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177. Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

— V. Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

— V. Capítulo VII da Lei n. 11.101/2005.

— V. Lei n. 6.404/76 (sociedades por ações).

I — o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

II — o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;

III — o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembleia geral;

IV — o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite;

V — o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade;

VI — o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios;

VII — o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer;

VIII — o liquidante, nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII;

IX — o representante da sociedade anônima estrangeira,

autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao Governo.

§ 2º Incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A matéria foi introduzida no Brasil pela Lei n. 3.150, de 3 de novembro de 1882, que foi alterada pelo Decreto n. 164, de 1890, o qual acabou inspirando o Código Penal republicano, do mesmo ano. A legislação penal nessa matéria foi modificada com o advento da lei sobre sociedade por ações, Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940 (arts. 167-172). O CP de 1940, no art. 177, reproduziu, praticamente sem alterações, o que se continha nos arts. 168 e 171 do Decreto-Lei n. 2.627. A disposição do art. 167, n. 8, que o CP não incorporara, ficou tacitamente revogada, pois a nova lei cuidou integralmente da matéria.

As contravenções dos arts. 169 e 170 do Decreto-Lei n. 2.627 estão revogadas com o advento da nova lei sobre sociedade por ações (Lei n. 6.404/76). O Decreto n. 2.627/40 foi revogado pela última lei citada. Essa lei (n. 6.404/76) não cuida da matéria penal, que continua disciplinada pelo Código Penal.

A Lei n. 6.385/76 criou a *Comissão de Valores Mobiliários,* atribuindo-lhe competência para fiscalizar e inspecionar as sociedades por ações abertas, aplicando penalidades pelos atos ilegais de administradores e acionistas. O legislador de 1940 trata, no art. 177, das fraudes e abusos na fundação e administração de sociedades por ações, que, como já mencionamos, são reguladas pela Lei n. 6.404/76, que é a lei especial mencionada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.089. A Lei n. 6.404/76, no entanto, a chamada Lei das Sociedades Anônimas, não contém matéria criminal, que continua a ser disciplinada no art. 177 do Código Penal. No *caput* daquele dispositivo, trata-se da fraude na constituição da sociedade por ações, ao passo que nos incisos do § 1º se cuida das fraudes praticadas no funcionamento de tais sociedades.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o patrimônio, particularmente daqueles que investem em sociedades abertas, isto é, tutela-se o patrimônio dos acionistas contra a organização e a administração fraudulenta e abusiva das sociedades por ações. O interesse dos acionistas apresenta-se por meio de um conjunto de princípios que se pode resumir como veracidade e autenticidade das informações, dados, números sobre a constituição, funcionamento e administração da sociedade, integridade do capital social e funcionamento correto do mercado de título mobiliário e, finalmente, atuação correta de administradores e fiscais no interesse da sociedade. Todos esses aspectos, em outros termos, constituem, abstratamente, o patrimônio do acionista.

Convém destacar a absoluta insuficiência do combate, sob o aspecto criminal, ao excessivo número de fraudes praticadas, quer na constituição, quer na administração das sociedades de capital aberto e, inclusive, no mercado mobiliário. Os mecanismos que se têm criado para reprimir os abusos e preservar os interesses dos acionistas em geral e, particularmente, dos minoritários estão longe de satisfazer as necessidades mercadológicas. Por fim, a Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/51) criminaliza uma série de condutas que também podem adequar-se a vários dos tipos contidos no art. 177 e seus incisos. Há que ter muita cautela para constatar, *in concreto,* qual dos dois diplomas legais deve ser aplicado. O critério sugerido pela doutrina, de modo geral, é o de aplicar a Lei de Economia Popular sempre que a sociedade for *organizada mediante subscrição pública,* apresentando cunho nitidamente popular. Acreditamos, no entanto, que somente o casuísmo poderá nos indicar a norma aplicável, questão que, a nosso juízo, deve ser solucionada pelo conflito aparente de normas.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo deve ser *quem funda a sociedade por ações.* No caso, sujeitos ativos são os fundadores da sociedade, os primeiros subscritores do capital, desde que façam afirmação falsa ou ocultação fraudulenta. Podem concorrer para o crime (coautor ou partícipe), evidentemente, os que, não sendo fundadores, atuam em nome da instituição financeira que intermedeia a subscrição pública, por exemplo (art. 82 da Lei n. 6.404/76).

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que, por alguma razão, subscreva como acionista, sendo *vítima da afirmação falsa* sobre a

constituição da sociedade ou de ocultação fraudulenta de fato relevante relativa à sociedade.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A primeira conduta criminalizada, contida no *caput* do art. 177, tem a seguinte formulação: "Promover a fundação de sociedade por ações fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo". Trata-se de fraude na constituição de sociedade por ações, visando a atrair capitais e interessados no empreendimento. Constata-se que, embora o *caput* criminalize uma conduta — *promover* —, prevê duas formas ou meios de executá-la: fazer *afirmação falsa* ou *ocultar fato fraudulentamente.*

Afirmação falsa, obviamente, é aquela que não corresponde à realidade, aquela que é inverídica, fictícia, isto é, representada pela criação de fatos artificiais, inexistentes, distorcidos ou inidôneos, que atraiam investidores para a subscrição de capital social. Essa *falsidade informativa* pode ocorrer de várias formas, como exemplificava Magalhães Noronha (*Direito Penal,* v. 2, p. 484), *in verbis*: "A simulação de subscrição ou entradas; a designação de pessoas de grande conceito ou representação social, como ligadas à empresa; a mentira sobre o objeto em que recairá atividade da companhia; a afirmação mendaz sobre os recursos técnicos que ela possui para realizar sua finalidade; a assertiva mentirosa sobre a produção e o consumo de produtos, em desconformidade com as reais possibilidades da companhia etc.". A segunda forma criminalizada da conduta de "promover a fundação de sociedade por ações" é a *ocultação fraudulenta de fato* relativo à mencionada sociedade. Em outros termos, os fundadores da sociedade por ações ocultam informações reais, verdadeiras e relevantes da sociedade, enganando os possíveis investidores. É necessário que a informação (afirmação falsa ou ocultação fraudulenta de fato) refira-se a *fato relevante,* devendo possuir potencialidade lesiva. Assim, não tipifica esse crime informação ou omissão de comunicação de circunstância de conteúdo não relevante, incapaz de produzir ou causar uma situação de perigo de dano. A informação, segundo a exigência contida no *caput,* deve ser promovida em *prospecto,* em comunicação ao público ou à assembleia.

Sociedade por ações pode apresentar-se sob a forma de sociedade

anônima ou em comandita por ações; qualquer das duas satisfaz esse elemento normativo do tipo. A primeira "é a sociedade em que o capital é dividido em ações, limitando-se a responsabilidade do sócio ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas"; a segunda, sociedade em comandita por ações, "é aquela em que o capital é dividido por ações, respondendo os acionistas apenas pelo valor das ações subscritas ou adquiridas, mas tendo os diretores ou gerentes responsabilidade subsidiária, ilimitada e solidária, pelas obrigações sociais" (Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, p. 301 e 419). Na hipótese de ocultação fraudulenta o crime é *omissivo puro*.

4.1 Fraude na fundação de sociedade por ações: crime subsidiário

A Lei n. 1.521/51 (Lei de Economia Popular) criminaliza, em seu art. 3º, VII a X, fatos que também vêm a se adequar a diversas figuras típicas elencadas no art. 177 do CP. Com efeito, as infrações praticadas contra sociedades por ações constituem, em princípio, crimes contra a economia da sociedade; se não significam a mesma coisa, andam pelo menos muito próximo, demandando extrema cautela a busca da distinção. A *subsidiariedade* da figura descrita no *caput* do dispositivo em exame é expressa; assim, somente se tipificará esse crime "se o fato não constitui crime contra a economia popular" (preceito secundário do art. 177, *caput*, do CP). A questão fundamental, afinal, passa a ser como encontrar a melhor solução para esse *aparente conflito de normas.*

4.2 Conflito aparente de normas

Para Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 482-3), a solução seria a seguinte: "Em se tratando de sociedade por ações, parece-nos necessário o exame de que o fato tenha lesado ou posto em perigo *as pequenas economias de um grande, extenso e indefinido número de pessoas*. Assim, se o fato é enquadrável no art. 177 do Código e em dispositivos da Lei 1.521, de 1951, que substituiu o Decreto-lei 869, de 1938, mas se a lesão real ou potencial atinge apenas a uma ou duas dezenas de pessoas ricas ou de magnatas que subscreveram *todo* o capital social, cremos que muito mal o delito poderia ser considerado contra a *economia do povo.* Ao contrário, se a subscrição fosse feita por avultado e extenso número de pessoas que, com seus minguados recursos, subscreveram uma ou outra ação, a ofensa patrimonial seria dirigida contra a economia popular. Numa hipótese, temos

pequeno grupo de pessoas prejudicado, noutra é, a bem dizer, o povo, tal o número de lesados que sofre o dano". Essa orientação também era destacada por Heleno Cláudio Fragoso, nos seguintes termos: "O critério em geral aceito pela doutrina e que se extrai da própria lei de economia popular é o de aplicar esta sempre que a sociedade por ações for organizada por subscrição pública, apresentando cunho nitidamente popular".

Na atualidade, a partir da Lei n. 6.404/76, a abertura de capitais, a subscrição de ações, é sempre pública, chegando ao conhecimento de, em tese, milhões de pessoas. Não nos agradam as sugestões de Magalhães Noronha e Heleno Fragoso, pois ambas pecam pela falta de cientificidade. Não se podem inventar critérios casuísticos toda vez que surgir o *conflito aparente de normas*, criando divergências doutrinário-jurisprudenciais e gerando insegurança jurídica. Na verdade, a solução deverá ser, necessariamente, a tradicional, isto é, aquela oferecida pelos princípios orientadores do *conflito aparente de normas.*

4.3 Princípios da subsidiariedade e da especialidade

Nesse caso, contudo, deve-se trabalhar com dois princípios, ao contrário do que normalmente ocorre, quando a solução é encontrada com a utilização de apenas um deles. Com efeito, são aplicáveis os princípios da subsidiariedade e da especialidade. A *subsidiariedade* vem expressa no preceito secundário do dispositivo em exame, como já referimos. No entanto, para aplicar *o princípio da subsidiariedade é* fundamental definir a espécie de crime que determinado fato constitui. Essa definição somente poderá ser encontrada, com segurança, por meio do *princípio da especialidade.* Considera-se *especial* uma norma penal, em relação a outra *geral*, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados *especializantes.* Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral. Assim, como afirma Jescheck (*Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 1035), "toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo do geral, enquanto o inverso não é verdadeiro". Somente os fatos, *in concreto*, podem permitir o confronto analítico perante os dois diplomas legais para atribuir-lhes a qualificação correta.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *tipo subjetivo* é constituído pelo *dolo*, direto ou eventual, representado pela vontade consciente de promover a fundação de sociedade por ações fazendo afirmação falsa sobre a constituição da sociedade ou ocultando fraudulentamente fato relevante.

Alguns autores, como Damásio de Jesus, Regis Prado, Heleno Fragoso (*Direito Penal*, v. 2, p. 462; *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 572; *Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 519, respectivamente), entre outros, sustentam a necessidade da presença do elemento subjetivo especial do injusto, que seria representado pelo *fim especial* de constituir a sociedade por ações. Embora numa visão simplista tenhamos acompanhado esse entendimento, nas primeiras edições deste Código, acreditamos que essa não seja a melhor orientação; pelo menos não é dogmaticamente sustentável. Com efeito, o que, segundo se tem afirmado, constituiria o *fim especial do injusto* é exatamente o que caracteriza o dolo (vontade e consciência de constituir sociedade por ações), ou seja, sem essa vontade consciente não se pode falar em dolo. Nesse sentido, reformulando nossa posição anterior, entendemos não existir o mencionado elemento subjetivo especial do tipo, como destaca, lucidamente, Guilherme Nucci (*Código Penal comentado*, p. 585-6), ao afastar esse elemento subjetivo, *in verbis*: "Não se pode concordar com tal concepção, pois o mencionado *intuito de constituir a sociedade* é conduta ínsita ao verbo do tipo 'promover', ou seja, gerar. Basta, pois, o dolo".

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a afirmação falsa ou a ocultação fraudulenta, independentemente da efetiva constituição da sociedade ou da ocorrência de efetivo prejuízo. Esse já era o entendimento sustentado por Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 485): "Não se exige, para a consumação, resultado externo ou estranho à ação do agente. Esta, por si só, é bastante para integralizar o delito". Assim, comunicada, pelos indicados na lei, a afirmação ou a omissão falsa, o crime está consumado, mesmo que nenhuma ação seja subscrita, sendo suficiente a potencialidade da ação. Trata-se, com efeito, de crime formal.

A *tentativa*, embora tecnicamente admissível na forma comissiva, é de difícil ocorrência. Alguns autores, seguindo a orientação de Nélson Hungria, não admitem a possibilidade de tentativa. Na forma omissiva —

ocultação fraudulenta —, à evidência, a tentativa é impossível.

7 Fraude sobre as condições econômicas de sociedade por ações (§ 1°, I)

Em todos os incisos do § 1º a incriminação refere-se a abusos e fraudes relativos ao *funcionamento* das sociedades por ações, ao contrário da previsão do *caput*, que criminaliza a fraude na constituição da sociedade: "O diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo". O princípio da subsidiariedade, expressamente mencionada no *caput*, aplica-se também em todas as figuras tipificadas nos incisos do § lº: *se o fato não constitui crime contra a economia popular.*

7.1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido pela previsão do inciso I é exatamente o mesmo do *caput* do dispositivo, ou seja, o patrimônio alheio, particularmente daqueles que investem em sociedades abertas; em outros termos, tutela-se o patrimônio dos acionistas contra a organização e a administração fraudulenta e abusiva das sociedades por ações. Damásio de Jesus sugere que, secundariamente, "o legislador procura proteger a veracidade das informações referentes ao valor das ações e outros títulos da sociedade".

7.2 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, tratando-se de crime próprio, somente pode ser o diretor, gerente, fiscal ou liquidante. O *diretor* é, normalmente, um dos principais acionistas, eleito pelo conselho de administração ou pela assembleia geral. O *gerente* é o administrador, geral ou parcial, da empresa, não necessariamente acionista, podendo ser apenas um funcionário contratado para gerir o empreendimento, com determinados poderes decisórios. *Fiscal* é o membro do conselho fiscal cujas atribuições podem ser mais ou menos abrangentes, mas sempre definidas em estatuto. Destaca, com acerto, Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 463): o rol não pode ser ampliado, ou seja, o membro do conselho administrativo, por exemplo, não pode

cometer esse crime. *Liquidante,* por fim, é a pessoa nomeada pela assembleia geral ou pelo conselho de administração com a atribuição de proceder à dissolução da companhia, fixar a forma operacional e dirigir sua execução, dispondo dos poderes que lhe são atribuídos pelos arts. 210 e 211 da Lei n. 6.404/76.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) considera *administradores* os membros da diretoria e os do conselho de administração. Contudo, como referida lei não contemplou matéria penal, permanece inalterado o art. 177 do Código, seus parágrafos e incisos, que relacionam como sujeitos ativos somente diretor, gerente e fiscal. Por isso, é impossível admitir como sujeitos ativos os membros do conselho de administração, ante a proibição de analogia e interpretação extensiva em matéria penal. Referidos administradores poderão, no entanto, ser alcançados por meio do concurso de pessoas, quer sob a figura da coautoria, quer da participação em sentido estrito.

Sujeito passivo, a exemplo do que ocorre com a previsão do *caput,* pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica.

7.3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é semelhante à do *caput,* "fazer afirmação falsa", ao público ou à assembleia, sobre as condições econômicas da sociedade ou "ocultar fraudulentamente fato a elas relativo". Diferentemente da previsão do *caput,* aqui a *fraude* não é praticada *na constituição de sociedade* por ações, mas em seu *funcionamento.* A *afirmação falsa* ou a *ocultação fraudulenta é* relativa às condições econômicas da sociedade já constituída.

O *prospecto* constante do texto legal, nesta figura penal, refere-se ao aumento de capital mediante subscrição pública, pois a lei determina que se observe, na elevação de capital que assim se realizar, o previsto para a constituição (arts. 170, § 6º, e 82, ambos da Lei n. 6.404/76). *Relatório* é o documento elaborado pela administração sobre os negócios da sociedade e os principais fatos administrativos; juntamente com outros documentos, deverá ser publicado até cinco dias antes da assembleia geral ordinária (art. 133 da Lei n. 6.404/76). *Parecer* é o documento elaborado pelo conselho fiscal aos acionistas, e à assembleia geral, em todas as oportunidades legalmente determinadas. *Balanço* é a demonstração financeira por excelência da sociedade, que apresenta o resultado da verificação de ativo e passivo. A Lei das Sociedades Anônimas alterou a terminologia adotada na

legislação anterior, passando a denominar “demonstrações financeiras” o que a lei antecessora chamava de balanço. Por isso, já sustentava Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 521), “onde a lei penal fala em ‘balanço’, deveria agora falar em ‘demonstrações financeiras’. Na configuração do crime que ora examinamos, a falsa afirmação e a ocultação fraudulenta devem recair sobre o balanço patrimonial. A falsidade que recaia sobre as demais demonstrações financeiras constituirá falsidade documental comum”.

Além do prospecto, do relatório, do parecer e do balanço, o texto legal refere-se, genericamente, a *qualquer outra comunicação* ao público ou à assembleia na qual se faça afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade ou ocultação fraudulenta de fato a elas relativo. É indispensável que a *falsidade* ou a *ocultação fraudulenta* refira-se a fato relevante capaz de influir em decisões ou deliberações da assembleia e de quem tem interesse na sociedade. Como destacava Hungria, as fraudes com o objetivo de alterar o balanço são as mais variadas possíveis, justificando-se, por conseguinte, a preocupação do legislador penal ao criminalizar tais condutas.

Os demais dados do tipo são os mesmos do *caput*, sendo desnecessário reexaminá-los.

7.4 Consumação e tentativa

Consuma-se com a afirmação falsa ou a ocultação fraudulenta, contida em qualquer dos documentos referidos, independente do efetivo prejuízo; consuma-se, enfim, com a expedição do prospecto, com a apresentação do relatório, parecer ou balanço ou com a comunicação falsa ao público ou à assembleia. A *tentativa*, embora tecnicamente admissível, é de difícil ocorrência, e, mesmo quando se configura, sua comprovação apresenta grande dificuldade.

8 Falsa cotação de ações ou título de sociedade (§ 1º, II)

Essa conduta já fora objeto do Código Penal de 1890 (art. 340, n. 3). Trata-se da proibição de conduta que objetive criar mercados fictícios para a valorização dos títulos da sociedade ou, então, para facilitar a baixa de sua cotação: *o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade* (§ 1º, II).

8.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, a exemplo do inciso anterior (crime próprio), somente pode ser o diretor, gerente, fiscal ou liquidante. Os demais membros do conselho deliberativo não podem ser sujeito ativo desse crime, salvo se, concretamente, forem alcançados pelo instituto do concurso de pessoas (coautoria ou participação em sentido estrito).

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, independentemente da existência de condição ou qualidade especial. Concretamente, como regra, serão os sócios ou os terceiros que possam, eventualmente, sofrer dano patrimonial em decorrência da ação delituosa.

8.2 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *promover,* mediante qualquer artifício, *falsa cotação* de ações ou de outros títulos de sociedade. *Cotação falsa* é a que não corresponde ao valor regular do mercado, determinado pela "oferta e procura". A falsa cotação das ações produz indicação inverídica sobre a situação econômica de qualquer companhia, induzindo em erro aos que transacionarem com a empresa. A falsa cotação tanto pode ser para aumentar como para diminuir o valor das ações. Esse crime só pode ser praticado em relação a empresas cujos títulos tenham cotação regular no mercado de ações, na medida em que somente estes podem ser objeto de cotação falsa ou correta.

O meio utilizado para promover a falsidade de cotação pode ser qualquer artifício, ou seja, qualquer ardil, falsidade, mentira, ficção, desde que tenha idoneidade para enganar ou iludir o mercado acionário. Em síntese, artifício é qualquer atividade lícita ou ilícita que possa alterar artificialmente a cotação dos títulos, para mais ou para menos. Os demais dados são os mesmos do *caput.*

8.3 Consumação e tentativa

Como crime formal, a falsa cotação de ações ou títulos de sociedade consuma-se independentemente da superveniência de qualquer dano proveniente da cotação falsa. Em outros termos, o crime consuma-se no momento em que o sujeito ativo obtém a falsa cotação.

A *tentativa* é admissível, uma vez que o emprego de artifício fraudulento idôneo constitui início da execução, que, no entanto, pode não atingir a

cotação falsa pretendida.

9 Empréstimo ou uso indevido de bens ou haveres (§ lº, III)

O inciso III tipifica o abuso de *diretor ou gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais sem prévia autorização da assembleia geral.* Esse crime apresenta alguma semelhança com o chamado de *apropriação indébita,* embora seja específico em relação a diretor ou gerente (crime próprio), que apenas usa ou toma por empréstimo bens da sociedade a que serve. A grande diferença da apropriação indébita reside exatamente na falta do *animus apropriandi,* pois o abuso do patrimônio alheio limita-se a seu uso indevido.

9.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser o diretor, gerente ou o liquidante (crime próprio). Os demais membros do conselho deliberativo, a exemplo do inciso anterior, não podem ser sujeito ativo desse crime, salvo se, concretamente, forem alcançados pelo instituto do concurso de pessoas (coautoria ou participação em sentido estrito). Na verdade, a lei penal não prevê como possíveis autores do crime os membros do conselho de administração, que a nova Lei das Sociedades por Ações inclui entre os administradores da sociedade. *Sujeito passivo* é a própria sociedade como um todo, e individualmente seus acionistas, que sofrem diretamente uma perda patrimonial.

9.2 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *tomar* por empréstimo ou *usar* dos bens ou haveres sociais. *Empréstimo* é contrato pelo qual uma coisa é entregue com a obrigação de ser restituída em espécie e gênero (comodato e mútuo). *Usar dos bens* (móveis ou imóveis) ou *haveres sociais* (haveres em geral, como títulos, dinheiro etc.), desde que o faça arbitrariamente, isto é, sem autorização da assembleia geral. Necessário que o bem usado, indevidamente, seja devolvido e que esse uso seja irregular, isto é, alheio aos interesses sociais.

O legislador pretendeu proteger a sociedade contra os *maus administradores,* que usam seus cargos para obter vantagem indevida. Nesse sentido, o art. 154, § 2º, da Lei n. 6.404/76 proíbe que o administrador se aproveite das facilidades de suas funções, em prejuízo da

companhia. O eventual reconhecimento ou autorização posterior da assembleia geral não tem o condão de afastar o crime, que já está consumado. As condutas tipificadas, enfim, devem ocorrer em proveito próprio ou alheio, e *desautorizadamente*, ou, nos termos da lei, "sem prévia autorização da assembleia geral". É irrelevante a superveniência de dano ou prejuízo para a sociedade de acionistas. O crime de abuso na administração de sociedade por ações (art. 177, § 1º, III, do CP) é formal, dispensando a ocorrência de prejuízo concreto para sua configuração. Se, contudo, o sujeito ativo dispuser da coisa *animo domini*, a infração penal terá outra coloração: estar-se-á diante do crime de apropriação indébita agravado (art. 168, § 3º).

9.3 Consumação e tentativa

Como crime formal, ou seja, não exigindo efetivo dano material, consuma-se com o *empréstimo* ou *uso* de bens ou haveres da sociedade, independentemente da superveniência de prejuízo. A *tentativa* é admissível, em princípio, ante a possibilidade de interrupção do *iter criminis*. Sustenta-se que, na figura representada pelo verbo "usar", é impossível a tentativa, pois "o primeiro ato de uso já consuma o delito". No entanto, na figura de *tomar por empréstimo*, a tradição do objeto material pode ser impedida por circunstâncias alheias à vontade do agente.

10 Compra e venda de ações da sociedade (§ 1º, IV)

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) consagra o princípio fundamental de os administradores dessas sociedades não poderem negociar com as próprias ações (art. 30). O Código Penal de 1890 já incriminava esse fato. O Código Penal de 1940, na mesma linha, incrimina: *o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite* (§ 1º, IV).

10.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser o diretor, gerente ou o liquidante (crime próprio). Os demais membros do conselho deliberativo, a exemplo do inciso anterior, não podem ser sujeito ativo desse crime, salvo se, concretamente, forem alcançados pelo instituto do concurso de pessoas (coautoria ou participação em sentido estrito). A nova Lei das Sociedades por Ações inclui os

membros do conselho de administração entre os administradores da sociedade. Contudo, a lei penal não prevê como possíveis autores do crime os membros do referido conselho.

Sujeito passivo é a própria sociedade como um todo, e, individualmente, seus acionistas, que sofrem diretamente uma perda patrimonial.

10.2 Tipo objetivo: adequação típica

O que se pune é a *compra ou venda*, pela sociedade, de suas próprias ações, salvo quando a lei o autoriza, como ocorre na hipótese do art. 30 da Lei n. 6.404/76. As condutas proibidas estão representadas pelos verbos nucleares "comprar" (adquirir por meio oneroso) e "vender" (alienar ou ceder por preço determinado). Essa proibição abrange todas as formas de *transações* capazes de produzir efeitos econômicos. Comprar e vender, nesse caso, têm o sentido de qualquer negócio que produza os efeitos econômicos de compra e venda.

Somente é proibida a compra ou venda efetuada por conta da sociedade, e não a que for celebrada em nome ou por conta de terceiro. Por outro lado, o elemento normativo típico, "salvo quando a lei o permite", significa que o ordenamento jurídico pode determinar em situações expressas essa operação e, nesses casos, não apenas ficará afastada a *antijuridicidade*, mas a própria *tipicidade*, pela ausência de um elemento normativo típico. Nessas circunstâncias, salvo hipóteses previstas casuisticamente na legislação, diretor, gerente e liquidante estão proibidos de comprar ou vender ações em nome da sociedade. Enfim, a compra das próprias ações pela companhia aberta deverá, seguir, necessariamente, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la a prévia autorização em cada caso concreto (art. 30, § 2º, da Lei n. 6.404/76). Destacava Nélson Hungria que (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 298) "a *ratio* da incriminação é, no caso de negociação das ações da própria sociedade, impedir a redução clandestina do capital social, em prejuízo da empresa ou da garantia oferecida aos credores, ou evitar especulações no sentido da alta ou baixa fictícia das ações, ou o ensejo a outras possíveis fraudes".

10.3 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a compra ou venda, por conta da sociedade, das próprias ações, independentemente da produção de qualquer resultado econômico. A tentativa é, em tese, admissível.

11 Caução de ações da sociedade (§ 1º, V)

Este é o segundo dispositivo a incriminar condutas que praticam abusos com as ações da própria sociedade. O inciso IV proíbe a compra e venda das ações; este incrimina aceitar em garantia as ações da própria sociedade: *o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade.*

11.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser o diretor ou gerente e o liquidante (crime próprio). *Sujeito passivo* é a própria sociedade e seus acionistas, a exemplo do que ocorre no inciso anterior.

11.2 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada consiste em aceitar em *penhor* ou *caução* as *ações* da própria sociedade, em garantia de crédito social. Para a configuração desse crime, é necessário que a sociedade tenha crédito de acionista ou de terceiro, e que, como garantia desse crédito, o sujeito ativo aceite as ações da própria sociedade. Ora, as ações nada mais são do que dívidas da sociedade para com os acionistas. Assim, recebendo em garantia as próprias ações, a sociedade reuniria a posição incompatível de credora e fiadora, ao mesmo tempo, pois, como sustentava Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 529), "é evidente que as próprias ações seriam sempre uma garantia fictícia para a sociedade". As ações de uma companhia, em outros termos, nada mais são que títulos representativos de dívida sua para com os acionistas. *Garantia de crédito social* não se confunde com a caução prestada por diretores como "garantia de gestão", que é permitida.

11.3 Consumação e tentativa

Como crime formal, consuma-se com a aceitação das ações em garantia de dívida, sendo indiferente a ocorrência efetiva de prejuízo. A tentativa é admissível, pois a ação incriminada pode ser fragmentada, contra a vontade do agente.

12 Distribuição de lucros ou dividendos fictícios (§ 1º, VI)

Aqui se incrimina a distribuição de lucros ou dividendos fictícios nos

seguintes termos: *o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios.*

12.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo somente pode ser o diretor ou gerente da companhia (crime próprio). Nessa figura, o liquidante, ao contrário das hipóteses previstas nos incisos anteriores, não pode ser sujeito ativo (art. 177, § 1º, VIII). Acreditamos que os fiscais que aprovarem o balanço falso, mesmo sabendo da falsidade, somente poderão responder por esse crime, por meio do instituto do concurso de pessoas.

Sujeito passivo, também aqui, é a própria sociedade. Não nos parece que, nesta hipótese, os acionistas possam ser tidos como sujeitos passivos, pois acabam sendo beneficiados, mesmo involuntariamente, com distribuição irreal de dividendos.

12.2 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada consiste em *distribuir dividendos* que não correspondem a lucros efetivos e que, portanto, constituem, em outros termos, lesão ao patrimônio da sociedade e, por extensão, de seus acionistas. A Lei das Sociedades por Ações estabelece que a companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido no exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros (art. 201 da Lei n. 6.404/76).

Distribuir dividendos significa pagá-los ou creditá-los aos acionistas. Em qualquer sociedade comercial, o lucro é apurado mediante balanço. A distribuição dos dividendos e dos lucros, à evidência, somente pode ser feita de acordo com o balanço. A distribuição de dividendos sem a existência de lucro correspondente procura dar aparência de prosperidade, induzindo em erro o comércio em geral, o sistema financeiro e o próprio mercado mobiliário. Essa fraude, além de prejudicar o patrimônio social, beneficia os próprios diretores e demais administradores, a quem o estatuto geralmente atribui participação nos lucros da companhia. Distribuição de lucro fictício induz os investidores em erro, fazendo-os supor a existência de uma situação financeira e patrimonial irreal da sociedade. Na hipótese de *balanço falso* poderá haver concurso material com o crime de falsidade ideológica (art. 299), se houver sido falsificado pelo agente, ou então com o crime de uso de documento falso (art. 304).

12.3 Consumação e tentativa

Como crime formal, consuma-se com a distribuição dos lucros ou dividendos sem corresponderem ao apurado em balanço. Tratando-se de crime formal, é irrelevante a obtenção de vantagem ou a causação de prejuízo. A tentativa é admissível.

13 Aprovação fraudulenta de conta ou parecer (§ 1º, VIII)

O crime de *aprovação fraudulenta de conta ou parecer* está previsto nos seguintes termos: *o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer.*

13.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser o diretor, gerente ou fiscal e o liquidante (crime próprio). Nesse crime, os próprios fiscais aparecem como sujeito ativo, pois as contas elaboradas pelos administradores das sociedades anônimas são submetidas a parecer do conselho fiscal.

Sujeito passivo é a própria sociedade e seus acionistas.

13.2 Tipo objetivo: adequação típica

Duas são as modalidades de condutas puníveis: por meio de *interposta pessoa* ou *conluiado com acionista*, conseguir *aprovação de conta ou parecer.* Interposta pessoa é o "testa de ferro" que comparece para votar; acionista conluiado é o de má-fé, aliciado ou subornado. Na primeira figura, os administradores ou fiscais cedem suas ações ao "testa de ferro" para que possam votar na assembleia pela votação das contas ou parecer; na segunda, os sujeitos ativos limitam-se a corromper acionistas que são detentores de votos, evidentemente para que votem segundo os interesses daqueles. O conluio caracteriza a má-fé de todos os participantes. Dessa forma, quem, eventualmente, participar de boa-fé, isto é, desconhecendo a trama existente, não responde pelo crime.

Obviamente, como destacava Nélson Hungria, as contas ou pareceres devem estar em contraste com a verdade, importando sua aprovação um dano ou perigo de dano ao interesse da sociedade ou de terceiro. Como se trata de crime de fraude, é necessário que as contas ou pareceres estejam em desacordo com a realidade. O acionista conluiado e o "testa de ferro", ao

contrário do que pensavam alguns penalistas, serão coautores, abrangidos pelo disposto no art. 29 do Código Penal. Cumpre destacar que a ação para anular assembleia prescreve em dois anos (art. 286 da Lei n. 6.404/76).

13.3 Consumação e tentativa

Consuma-se com a efetiva aprovação, ou seja, com a deliberação da assembleia. A *tentativa* é admissível, quando a operação é interrompida, por exemplo, antes da aprovação da assembleia, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

14 Crimes de liquidante (§ 1º, VIII)

A sociedade por ações pode liquidar-se judicial ou extrajudicialmente. Nessa atividade, o liquidante também pode cometer crime. O inciso VIII incrimina especificamente a conduta do liquidante: *o liquidante, nos casos dos incisos I, II, III, IV, V* e *VII*. Com efeito, o liquidante pode ser igualmente sujeito ativo das figuras tipificadas nesses incisos, estando excluído somente da conduta descrita no n. VI. Enfim, para apurar os crimes que podem ser praticados pelo liquidante deve-se examinar o conteúdo de cada um daqueles tipos penais. Assim, as anotações que lá fizemos aqui se aplicam.

O *sujeito ativo*, evidentemente, é o *liquidante* de sociedade por ações, e o sujeito passivo é a sociedade e os acionistas.

15 Crimes do representante da sociedade estrangeira (§ lº, IX)

Ao representante de *sociedade anônima estrangeira* autorizada a funcionar no Brasil são estendidas as incriminações dos incisos I e II do § 1º, além de incorrer nas mesmas penas do *caput* deste artigo se prestar *falsas informações* ao governo. A tipificação é a seguinte: *o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos incisos I e II, ou dá falsa informação ao governo* (§ 1º, IX).

Bens jurídicos protegidos, nesse dispositivo, são o patrimônio societário, como nas demais figuras, além da credibilidade e autenticidade das informações que devem ser prestadas ao Estado.

15.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo somente pode ser o representante de sociedade anônima estrangeira em funcionamento no Brasil. Não significa que o sujeito ativo, no momento da ação, deva encontrar-se em território nacional; poderá praticar o crime a distância; a empresa é que deve encontrar-se em funcionamento no País.

Sujeito passivo pode ser a sociedade anônima, os acionistas, nas hipóteses dos incisos I e II, e, na hipótese da conduta de dar "falsa informação ao governo", o sujeito passivo é o Estado.

16 Crime de acionista: negociação de voto (§ 2º)

Nesse dispositivo, procura-se proteger a lisura e a retidão das assembleias gerais, criminalizando a conduta do acionista que negociar seu voto, nos seguintes termos: "Incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral" (§ 2º). O voto é o instrumento pelo qual os acionistas manifestam seus interesses e vontades perante o órgão máximo das sociedades anônimas, que é a assembleia geral.

16.1 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, à evidência, só pode ser o acionista (crime próprio). Outros eventuais participantes dessa infração penal somente poderão ser alcançados por meio do instituto do concurso de pessoas (art. 29).

Sujeito passivo é a própria sociedade e os demais acionistas que não intervieram, direta ou indiretamente, na prática desse crime.

16.2 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada está representada pelo verbo nuclear "negociar", que tem o sentido de comprar, vender, comerciar, receber ou dar em pagamento o voto nas deliberações da assembleia geral. Essa *negociação* proibida *é aquela que tem a finalidade de obter vantagem para si ou para outrem.* Pune-se, com efeito, a *negociação,* isto é, a compra, venda ou permuta de voto nas deliberações de assembleia geral, mas somente aquela desautorizada, indevida, ilegítima; embora não conste do texto legal esse elemento normativo, o elemento subjetivo especial do injusto deixa claro tal aspecto.

Por outro lado, o "acordo de acionistas" passou a ser permitido pela Lei n. 6.404/76. Como destaca Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 473), "De ver-se que o art. 118 da Lei n. 6.404, de 1976, admite o 'acordo de acionistas', inclusive no que diz respeito ao voto nas assembleias. Essa disposição, porém, não revogou o § 2º do art. 177 do CP. Ela permite o acordo lícito, de natureza meramente política, nas deliberações das assembleias gerais". No entanto, deve-se destacar que uma previsão não elimina a outra, pois se distinguem em suas finalidades: a *negociação,* que constitui crime, objetiva obter vantagem para si ou para outrem; o *acordo de acionistas*, autorizado pela Lei das Sociedades Anônimas, por sua vez, tem finalidade e natureza política e existe em função dos acionistas em geral e não para beneficiar um ou outro acionista em particular.

O tipo incriminador, em síntese, pune a negociação ilícita, mercenária, que visa à obtenção de vantagem ilegítima em prejuízo alheio ou de outros acionistas, quando não da própria sociedade. Como afirma Guilherme de Souza Nucci, a negociação proibida de voto pressupõe uma troca: o voto em qualquer sentido para receber como compensação uma vantagem qualquer.

17 Pena e ação penal

As *penas cominadas*, cumulativamente, são *reclusão*, de um a quatro anos, e *multa*, se não constituir crime contra a economia popular (subsidiariedade expressa). No crime de *negociação de voto* (art. 177, § 2º), as penas são mais brandas: detenção, de seis meses a dois anos, e multa. A *ação penal é pública* incondicionada, salvo nas hipóteses previstas no art. 182, quando estará condicionada à representação.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 177, § 1º, VII, do Código Penal. Atipicidade. Não configura interposição de pessoas, para fins de subsunção ao tipo previsto no art. 177, § 1º, inciso VII, do Código Penal — razão por que é atípico — o exercício de voto, em assembleia de acionistas, por detentor de parte do capital acionário, já qualificado como votante" (STJ, HC 58.052/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 6-3-2007).

"Crime de abuso na administração de sociedade por ações (art. 177, § 1º, III, do CP). Crime de mera conduta que dispensa prejuízo concreto para a sua configuração. A juntada de outros documentos e a realização de exame de corpo de delito, se necessário, poderão ser feitos na instrução" (STF, HC 55.929/PE, Rel. Min. Soares Muñoz, j. 4-4-1978).

Emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”

Art. 178. Emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

— V. art. 15 do Dec. n. 1.102/1903 (estabelecimento de empresa de armazéns-gerais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O *Código Criminal do Império* (1830) desconheceu completamente o crime de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant.* A ausência da criminalização dessa mesma figura penal permaneceu no Código Penal de 1890. Somente o Decreto n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, que disciplinou as empresas de armazéns-gerais, trouxe as primeiras disposições penais. A Consolidação das Leis Penais deu a seguinte definição para essa infração penal: *incorrerão nas penas de prisão celular por um a quatro anos os que emitirem os títulos denominados de conhecimento de depósito ou “warrant”, em desacordo com as disposições da lei em vigor.*

O legislador de 1940 inspirou-se nesse dispositivo da Consolidação das Leis Penais, praticamente o reproduzindo.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido,* a despeito de algumas controvérsias, é inegavelmente o patrimônio, especialmente aquele representado pelos títulos de conhecimento de depósito ou *warrant.* Não os títulos em si e tampouco a fé pública de que devem revestir-se títulos dessa natureza. A *fé pública* como bem jurídico protegido é objeto de outro Capítulo e de outro Título do Código Penal. Assim, somente por extensão, e secundariamente, pode-se admitir que a fé pública se inclua no objetivo da proteção penal insculpida no dispositivo em exame.

Os títulos em si mesmos encontrariam, com efeito, melhor proteção em outros Capítulos do Código Penal; contudo, a disponibilidade patrimonial (conhecimento de depósito) ou direito real pignoratício (*warrant*) que representam emprestam-lhes extraordinário valor patrimonial, e é

exatamente esse significado econômico que representa o objeto da proteção da norma penal. Trata-se, portanto, de crime patrimonial.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo é quem emite conhecimento de depósito ou *warrant* em desacordo com disposição legal; é, em regra, o *depositário* da mercadoria, que pode ser representado por qualquer pessoa, em nome da *empresa de armazéns-gerais.* É perfeitamente possível a coautoria entre depositário e depositante ou terceiro, desde que tenha ciência de participar na emissão irregular dos títulos.

Sujeito passivo é o portador ou endossatário do título, que, normalmente, sofrerá o prejuízo de sua irregularidade.

4 Conhecimento de depósito e "warrant"

Armazéns-gerais, segundo o art. 1º do Decreto n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, são aquelas empresas que têm a finalidade de *guardar e conservar e emitir títulos que as representem.* Referidas empresas, com efeito, têm como fim: a) guardar e conservar mercadorias e produtos depositados, independentemente de sua origem ou destino; b) emitir títulos característicos que as representem, sendo negociáveis e endossáveis. A *relação contratual* que se estabelece entre quem entrega as mercadorias e o armazém-geral chama-se *depósito*: quem deixa a mercadoria nos *armazéns-gerais* é o *depositante,* e estes são os *depositários.* Têm a obrigação de conservar os produtos ou mercadorias que lhes são entregues em nome de outrem. O título correspondente é o *conhecimento de depósito e o warrant.* São, na verdade, dois títulos unidos, que podem, contudo, ser separados. Enquanto as mercadorias permanecem em depósito, os respectivos títulos entram em circulação, podendo ser transferidos por endosso, conferindo ao portador o direito de livre disposição da mercadoria correspondente.

O *warrant* e o *conhecimento de depósito* têm funções distintas, individualmente considerados. O *warrant* é título pignoratício, isto é, atribui a seu portador o direito real de penhor da mercadoria nele especificada, até o limite do crédito mencionado no primeiro endosso, garantindo o pagamento dessa importância. O *conhecimento de depósito,* por sua vez, é o título de propriedade da mercadoria. Atribui ao portador a disponibilidade da coisa; fica limitado, no entanto, pelo limite contido no

endosso do *warrant*. Resumindo, o adquirente dos títulos — (1) conhecimento de depósito e (2) *warrant* — torna-se proprietário não apenas deles, mas das próprias mercadorias que representam. Na verdade, a reunião dos dois títulos em poder de um mesmo titular atribui-lhe as qualidades de *proprietário* e *credor.*

5 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada consiste em *emitir,* isto é, pôr em circulação conhecimento de depósito ou *warrant* em desacordo com disposições legais que regem a matéria (Decreto n. 1.102/1903). A emissão dos referidos títulos é criminosa quando viola as disposições legais, que continuam contidas no vetusto decreto de 1903. O *conhecimento de depósito* é título de propriedade da mercadoria, atribuindo ao portador a disponibilidade da coisa. O *warrant,* por sua vez, é título de garantia emitido sobre mercadoria depositada em armazéns-gerais, de acordo com o *conhecimento de depósito.* Ambos são títulos que circulam mediante *endosso,* e a posse dos dois garante ao possuidor a propriedade da mercadoria neles mencionada.

Quando o depositário, isto é, o armazém-geral, desvia a mercadoria, pratica o crime de apropriação indébita; quando, no entanto, a emissão falsa de *warrant* e conhecimento de depósito serve para obter empréstimo bancário, por exemplo, constitui crime-meio, sendo absorvido pelo estelionato, crime-fim.

5.1 Elemento normativo: em desacordo com disposição legal

Primeiramente, deve-se destacar que o tipo penal em exame configura o que se chama de *norma penal em branco,* exigindo a complementação de normas distintas, no caso, do Decreto n. 1.102/1903. Em outros termos, somente compulsando a legislação relativa ao *conhecimento de depósito e "warrant"*, ou seja, o decreto referido, poder-se-á saber se sua emissão obedeceu à disposição legal. A locução "em desacordo com disposição legal" constitui elemento normativo do tipo. Se a emissão corresponder aos mandamentos legais, estar-se-á diante de fato atípico, não havendo incidência da norma penal.

A emissão, segundo o decreto referido, é irregular quando:

a) a empresa não está legalmente constituída (art. 1º do Decreto n. 1.102/1903); b) não houver autorização do governo federal para a emissão

(arts. 2º e 4º); c) não existirem em depósito as mercadorias mencionadas; d) existir emissão de mais de um título para a mesma mercadoria ou produto mencionados nos títulos; e) não se revestir o título das formalidades legais (art. 15).

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O *tipo subjetivo* é constituído pelo dolo, direto ou eventual, representado pela *vontade consciente* de emitir conhecimento de depósito ou *warrant* irregularmente. Desnecessário destacar que o sujeito ativo tenha conhecimento de que a emissão do título está em desacordo com as disposições legais.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a colocação em circulação dos títulos, independentemente da produção de prejuízo decorrente da emissão destes. Trata-se dos chamados crimes de consumação antecipada. A doutrina, de modo geral, não tem admitido a figura da tentativa, classificando essa infração penal como unissubsistente.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativamente*, são a reclusão, de um a quatro anos, e a multa. *A ação penal* é pública incondicionada, sendo desnecessária qualquer manifestação do ofendido.

Fraude à execução

Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Encontramos igualmente antecedentes desse crime nas Ordenações Filipinas, no Livro V, Título XLVI. O Código Criminal de 1890 contemplava essa infração penal com a seguinte redação: “O devedor não comerciante que se constituir em insolvência, ocultando ou alheando maliciosamente seus bens, ou simulando dívidas, em fraude de seus credores legítimos, será punido com a pena de prisão de seis meses a dois anos”. Esse diploma legal inseria referida infração entre os *crimes contra a propriedade pública e particular* (Título XII).

Na legislação estrangeira, embora se encontrem crimes idênticos ou semelhantes, não existe uma uniformidade: ora é classificado entre os crimes contra a propriedade, ora entre os crimes contra a administração da justiça. O legislador brasileiro de 1940 preferiu incluir a fraude contra a execução no Título que trata dos crimes contra o patrimônio.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, nesse tipo penal, também é o *patrimônio,* mais especificamente contra manobras ardilosas ou fraudulentas de devedores que, na tentativa de inviabilizar a ação judicial de seus credores, procuram evitar a execução forçada. Por outro lado, num plano secundário e reflexo, o dispositivo em exame procura garantir o respeito às decisões judiciais e, por conseguinte, a administração da justiça, cujo prestígio resulta comprometido quando suas decisões são impedidas de se executar por fraudes daqueles que foram condenados. Enfim, tutela-se diretamente o patrimônio e, indiretamente, o respeito à administração da justiça.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo será sempre o devedor demandado judicialmente. Nada impede que o sujeito ativo seja comerciante, contrariamente ao que pensava Heleno Fragoso. Com efeito, o comerciante que praticar qualquer das constantes da descrição típica incorrerá nessa infração penal. Responderá por *crime falimentar* somente se for decretada judicialmente sua falência, uma vez que o decreto de sua quebra é *condição objetiva de punibilidade*. O crime de *fraude à execução,* conquanto próprio no que diz respeito ao sujeito, pode admitir o concurso de outras pessoas. Sujeito ativo não é apenas o devedor, pois pode ocorrer que terceiro pratique a ação ilícita, subtraindo a coisa à execução, desviando-a, destruindo-a etc., insciente o

devedor.

Sujeito passivo será o credor que aciona judicialmente o devedor ardiloso, isto é, o credor que propõe a execução judicial, que se vê esvaziado pela fraude praticada pelo sujeito ativo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O crime consiste em *fraudar execução,* por meio de uma das condutas relacionadas no tipo penal, inviabilizando a constrição de bens, que foram desviados pelo sujeito ativo, impossibilitando, em outros termos, a satisfação da pretensão demandada. Em outros termos, *fraudar a execução* significa tornar impossível a execução judicial pela inexistência de bens sobre os quais possa recair a penhora. O agente pode "fraudar a execução" *alienando* seus bens, *desviando-os, destruindo-os* ou *danificando-os* ou, ainda, *simulando dívidas.* "Alienação" é todo ato de transferir o domínio de bens a terceiros, abrangendo inclusive a própria cessão de direitos. Convém destacar, contudo, que a alienação, em sede de direito penal, não se presume fraudulenta *juris et de jure.* Como o direito penal *não admite presunções* de nenhuma natureza, também a finalidade fraudadora da alienação deve ser comprovada. Nem toda alienação tem a finalidade de fraudar eventual credor, mesmo que exista eventual demanda judicial, pois pode ser necessária a alienação, ou economicamente conveniente ao agente. Assim, é fundamental detectar o elemento subjetivo que orientou a eventual alienação. Somente a alienação simulada, a título gratuito ou a preço vil, pode ser considerada, *prima facie,* fraudulenta. Enfim, a alienação por justo preço não é criminosa, desde que realizada sem o propósito de inviabilizar eventual penhora.

Desvio de bens é todo comportamento ou conduta que implique a inviabilização da penhora pela ausência de bens pertencentes ao agente, que pode configurar-se por inúmeras formas, tais como ocultação, simulação de transferência, remessa para o exterior etc. Na *destruição,* a coisa deixa de existir em sua individualidade, ainda que subsista a matéria que a compõe (por exemplo, matar um animal, estilhaçar uma vidraça), ou também quando vem a desaparecer, tornando-se inviável sua recuperação. Na *inutilização,* embora a coisa não seja destruída, perde a adequação ao fim a que se destinava, desaparecendo sua utilidade, sem perder completamente a individualidade. Assim, a *inutilização* também pode ser uma forma de

destruir, para efeitos de fraude à execução, uma vez que, ao contrário do crime de dano, não faz aqui essa distinção. *Danificar* significa avariar o patrimônio, diminuir-lhe o valor, causando-lhe certa deterioração. *Deteriorar* tem o sentido de estragar, enfraquecer a essência, diminuindo seu valor ou utilidade, sem destruí-la ou inutilizá-la. Na *deterioração* a coisa sofre avaria substancial, embora não se desintegre totalmente, restando apenas diminuída sua utilidade ou seu valor econômico. *Simular dívida,* finalmente, significa assumir obrigação inexistente, admitir a execução de crédito fictício. Nesse caso, sustentava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 298), "é necessário que o crédito fictício (cujo titular é coautor do crime) provoque o concurso de credores e o rateio do ativo, em prejuízo dos credores legítimos. Antes disso, o que pode haver é simples tentativa".

4.1 Pressuposto do crime de fraude à execução

Pressuposto do crime de *fraude à execução* é exatamente a existência de uma ação de *execução judicial* cobrando o sujeito passivo. Com qualquer das ações arroladas — alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas — deve tornar-se inviável a execução da dívida, pela inexistência ou insuficiência de patrimônio do agente. A *fraude à execução* é crime de que só cogita a lei penal na pendência de uma lide civil, que só tem lugar após a citação do devedor para o *processo de execução. Execução* é o processo instaurado para exigir o cumprimento compulsório de um título judicial ou extrajudicial. Trata-se de um processo em que se procura, por meio da penhora de bens do executado, a satisfação do crédito do exequente. A questão é exatamente esta: a conduta tipificada objetiva impedir que o executado, por meios fraudulentos, inviabilize a concretização da execução, isto é, satisfaça sua pretensão.

Por isso, não nos parece correta a abrangência que se tem dado à locução "fraude à execução" para alcançar o *processo de conhecimento.* O direito penal não admite interpretação extensiva; se o legislador quisesse incluir os *processos de conhecimento* e *cautelar,* teria adotado outra terminologia menos restritiva, como lide, ação, demanda, processo judicial etc. Não o fez, desautorizando, portanto, ao intérprete fazê-lo. Se o objeto da conduta praticada pelo agente recair em bens impenhoráveis, não haverá crime.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo e pelo elemento subjetivo especial do injusto. O dolo, direto ou eventual, é representado pela vontade consciente de fraudar a execução, praticando qualquer das condutas elencadas no tipo penal. É indispensável que o agente saiba que está sendo judicialmente executado. O desconhecimento dessa circunstância pode configurar erro de tipo, afastando o dolo.

O *elemento subjetivo especial* do injusto consiste na finalidade de prejudicar os credores. É irrelevante que o agente pretenda obter vantagem econômica, vingar-se de alguém ou qualquer outro interesse.

6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se no momento em que a execução fraudada se torna inviável pela insolvência do agente, decorrente de qualquer das ações tipificadas. Como se trata de crime material, qualquer das ações praticadas pelo agente será atípica se, a despeito delas, continuar solvente. Restando-lhe bens suficientes para garantir o juízo, não se poderá falar em crime de fraude à execução.

A *tentativa* é perfeitamente admissível quando, por exemplo, o agente for impedido de consumar qualquer das ações tipificadas. Discordamos do entendimento manifestado por Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 593), segundo o qual haverá tentativa quando, "apesar das manobras fraudulentas, o devedor permanece com bens ou valores suficientes para garantir a execução". Com efeito, como destacamos no parágrafo anterior, se a conduta do agente não afetar seu patrimônio, permanecendo a possibilidade de fazer frente a demanda judicial, sua ação será atípica. Esse crime somente pode ocorrer em ação judicial na esfera cível, e é indispensável que o agente tenha conhecimento da existência da ação ajuizada.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são, *alternativamente*, detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. *A ação penal é* de exclusiva iniciativa privada (art. 179, parágrafo único). No entanto, quando o crime for cometido contra a União, Estado ou Município, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do art. 24, § 2º, do CPP, acrescentado pela Lei n. 8.699, de 27 de agosto de 1993.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Fraude à execução (art. 179 do Código Penal). Proposta de transação penal. Legitimidade. Cabe ao Ministério Público propor a transação penal, ainda que em ação penal privada. A disponibilidade material da vítima reside na fase prévia de composição dos danos e iniciativa processual. Elaborada a proposta de transação penal pelo magistrado, com a presença do Ministério Público em audiência, não se insurgindo sequer na fase recursal, presume-se de acordo com o conteúdo, não havendo o que anular pelos princípios dos arts. 2º e 65 da Lei n. 9.099/95. Art. 76, § 2º, inciso III, da Lei n. 9.099/95” (TJRS, Recurso Crime 71000887844, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 9-10-2006).

“Fraude à execução. Revela-se como atípica e, portanto, imune à sanção penal, a conduta do devedor que aliena parte de seu patrimônio, após citado para pagamento, em ação de execução, ou oferecimento de bens à penhora, se resta comprovado não haver seu patrimônio sofrido qualquer abalo em decorrência do ato, sendo — ainda — sintomática a aquisição com o valor recebido de imóvel de preço superior. Delito do art. 179 do Código Penal não configurado” (STJ, HC 15.317/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11-9-2001).

“Só se procede mediante queixa na hipótese do crime previsto no art. 179 do Código Penal — a teor da norma do parágrafo único deste dispositivo legal. De outro lado, não se admite reiteração de denúncia por crime do art. 171 do Código Penal, se, anteriormente, pelo mesmo fato, fora a ação penal correspondente trancada pelo Superior Tribunal de Justiça” (STJ, HC 9.877/PA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13-9-1999).

Capítulo VII - Da Receptação

Receptação

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

— V. art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

— V. art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.176/9l (crimes contra a ordem econômica — combustíveis).

— V. arts. 1º, I, e 3º, § 3º, do Dec. n. 982/93 (crime de natureza tributária).

Receptação qualificada

§ 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 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

§ 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 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

§ 4º A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

§ 5º Na hipótese do § 3º, 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.

§ 6º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* deste artigo aplica-se em dobro.

— Redação do *caput* e §§ 1º a 6º determinada pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A autonomia da receptação em relação ao crime precedente consolidou-se, na doutrina, no alvorecer do século XIX, e seus antecedentes políticofilosóficos podem ser creditados a Carpsóvio (século XVII). A partir desse período a *receptação* passou a ter como pressuposto não apenas um crime especificamente contra o patrimônio, mas qualquer crime que pudesse, indevidamente, acarretar vantagem patrimonial em prol do agente. No direito codificado, contudo, coube a Feuerbach introduzi-la no Código bávaro de 1813, do qual foi seu autor intelectual. Afastou-se, a partir de então, o superado entendimento segundo o qual a *receptação* era uma forma de *cumplicidade*, ante o paradoxo de admitir-se a *participação* em crime já *consumado.*

As Ordenações Filipinas previam o crime de receptação, embora lhe

cominassem a sanção correspondente ao crime originário (Livro V, Título 65, § 2º). O Código Criminal do Império considerava a receptação como uma espécie de cumplicidade posterior do crime precedente. O Penal de 1890 manteve a orientação do Código anterior. A Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, publicada no *DOU* de 26 de dezembro de 1996 e retificada no de 15 de janeiro de 1997, acrescentou os dois primeiros parágrafos, renumerou os outros quatro, com pequenas alterações, além de incluir no *caput* do art. 180 os verbos-núcleo "transportar" e "conduzir".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido diretamente é o patrimônio, público ou privado. Admitimos que a *posse* também seja objeto da tutela penal, na medida em que representa um aspecto importante do patrimônio, e, podendo ser objeto do crime de furto ou roubo, satisfaz a exigência de ser *produto de crime precedente;* não se pode negar, contudo, que a *propriedade* é o bem jurídico protegido por excelência. Objeto de receptação somente pode ser *coisa móvel,* embora o Código Penal não faça essa exigência expressa na descrição típica. Nesse sentido, esclarecia Nélson Hungria *(Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 304) que "um imóvel não pode ser receptado, pois a receptação pressupõe um deslocamento da 'res', do poder de quem ilegitimamente a detém para o receptador, de modo a tornar mais difícil a sua recuperação por quem de direito".

2.1 O ser humano vivo não pode ser objeto de receptação

O *ser humano,* vivo, por exemplo, não pode ser objeto de receptação, pela simples razão de que não se trata de *coisa.* A compra ou aquisição, a qualquer título, *de cadáver,* em princípio, tampouco pode ser objeto material de receptação, pois, em tese, não constitui *coisa,* além de não possuir, via de regra, *valor econômico*; trata-se, na verdade, de crime contra o respeito aos mortos (art. 211). No entanto, quando, eventualmente, o cadáver for propriedade de alguém, passando a ter valor econômico, pode ser objeto de receptação, como, por exemplo, algo que pertence a uma instituição de ensino para estudos científicos e é furtado; sendo objeto de furto, poderá, na sequência, ser também objeto de receptação. Não *podem ser objeto de receptação,* por outro lado, aquelas mesmas coisas que também não podem ser objeto do crime de furto, como as que não

pertencem a ninguém, tais como *res nullius* (coisa que nunca teve dono), *res derelicta*(coisa que já pertenceu a alguém, mas foi abandonada pelo proprietário) e *res commune omnium* (coisa de uso comum, que, embora de uso de todos, como o ar, a luz ou o calor do sol, a água do mar e dos rios, não pode ser objeto de ocupação em sua totalidade ou *in natura).* Para efeitos penais, constitui *res derelicta* qualquer objeto abandonado pelo dono e, como tal, por ele declarado sem valor econômico, ainda que para terceiro possa ser valioso; apoderar-se de coisa de ninguém — *res nullius* — constitui, para o direito privado, forma de aquisição da propriedade de coisa móvel (ocupação), algo impossível de ocorrer quando a coisa tem dono. E assim o é porque a coisa subtraída, para constituir objeto de furto, deve pertencer a alguém, e nas hipóteses antes mencionadas não pertence a ninguém.

2.2 Os direitos, reais ou pessoais, não podem ser objeto de receptação

Os *direitos,* reais ou pessoais, finalmente, tampouco podem ser objeto de furto, pois direitos não se confundem com "coisa". Contudo, os *títulos ou documentos* que os constituem ou representam podem ser furtados ou subtraídos de seus titulares ou detentores; nesses casos, sendo produto de crime antecedente, podem igualmente ser objeto de receptação. O *objeto material* do crime de receptação há de ser *produto de crime,* isto é, há de ser o resultado, mediato ou imediato, de um fato definido como crime. É irrelevante que tal *produto* haja sido substituído por outro. Embora se reconheça certa controvérsia na doutrina, a verdade é que, perante nosso Código Penal, que se refere apenas a "produto de crime", inegavelmente a coisa *sub-rogada,* representando produto de crime, também pode ser objeto de receptação. A *ilicitude* do produto do crime precedente não desaparece, evidentemente, com a substituição por qualquer outra coisa diretamente obtida com aquele. Por fim, não são produto de crime os *instrumenta sceleris.* A razão é simples: esses instrumentos *não são produto do crime,* eventual aquisição, ocultação ou recebimento desses poderá configurar o crime de *favorecimento pessoal* (art. 348), se houver a intenção de auxiliar o autor do crime a subtrair-se à ação da autoridade pública.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente de qualidade ou condição especial, menos o coautor ou partícipe do *crime anterior* (participar do crime anterior, por exemplo, e a seguir comprar a parte dos demais), que seja pressuposto da receptação. A *receptação* para eventual participante do crime antecedente (coautor ou partícipe) constitui *pós-fato impunível.* O § 1º, porém, com a redação determinada pela Lei n. 9.426/96, tipifica um *crime próprio*, que somente pode ser praticado por *comerciante* ou *industrial*, mesmo que a *atividade comercial* seja irregular ou clandestina.

Excepcionalmente, pode ser sujeito ativo o proprietário da coisa receptada, quando, por exemplo, esta for objeto de garantia (v. g., penhor), encontrando-se em poder de terceiro. Afinal, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de furto, roubo, dano ou apropriação indébita, onde emprega a locução *coisa alheia*, na descrição do crime de receptação o legislador refere-se apenas a "coisa", sem se preocupar com sua titularidade. Nesse particular, a doutrina dominante não tem admitido que o proprietário da coisa receptada possa eventualmente figurar como sujeito ativo do crime de receptação.

Sujeito passivo será sempre o sujeito passivo do crime de que proveio a coisa, bem ou objeto da receptação; em outros termos, o sujeito passivo do crime de receptação é o mesmo sujeito passivo do crime anterior.

4 Tipo objetivo: adequação típica: receptação simples

A despeito de a receptação estar topograficamente situada no Título que trata dos *crimes patrimoniais*, não é necessário que o *crime precedente* seja contra o patrimônio. Contudo, em razão do *bem jurídico* (patrimônio) que esse tipo penal tutela, é indispensável que o pressuposto dele (crime anterior) proporcione ao sujeito passivo vantagem econômica, que a receptação se encarrega de garantir ou assegurar. *Receptação* é o crime que produz a *manutenção, consolidação ou perpetuidade* de uma situação patrimonial anormal, decorrente de crime anterior praticado por outrem. O Código Penal de 1940 disciplina duas modalidades de *receptação dolosa* e uma *culposa:* a) a *receptação própria* consiste em *adquirir* (aquisição gratuita ou onerosa), *receber* (a qualquer título) ou *ocultar* (esconder), em proveito próprio ou alheio, coisa que *sabe ser produto do crime;* b) na *receptação imprópria* (mediação para a receptação) a ação incriminada é

influir (incentivar, estimular, aliciar, convencer) para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. É indispensável que o terceiro esteja de boa-fé, caso contrário será igualmente autor da receptação. O *terceiro de boa-fé* não comete crime. Distinguiu, ainda, o legislador de 1940, para dispensar-lhe um tratamento mais brando, a *receptação culposa*, que considerou uma espécie do gênero *receptare.*

A *receptação própria* apresenta, segundo a versão original do Código Penal de 1940, as seguintes condutas: *adquirir, receber ou ocultar* (as inovações — *transportar* e *conduzir* — serão examinadas em tópico separado). Todas elas (incluindo as novidades) direcionam-se para um objeto determinado pelo próprio tipo penal; não para um objeto qualquer, mas um objeto que deve apresentar uma característica peculiar, que é o fato de tratar-se de *coisa produto de crime.* Essa procedência criminosa do objeto da receptação define sua natureza acessória, dependente, *parasitária* de outro crime, na linguagem de Hungria.

4.1 Modalidades de receptação própria

A primeira conduta incriminada está representada pelo verbo "adquirir", que pode significar compra, permuta, troca, dação em pagamento, recebimento de herança. Como destacava Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 514), verifica-se o crime mesmo *que o título não seja injusto.* Por exemplo, o herdeiro que, sabendo da origem criminosa da coisa, a adquire por sucessão; o credor que, para receber, aceita a coisa que sabe ser produto de crime etc. Aquisição é a obtenção da coisa a título de domínio, em definitivo. Somente se aperfeiçoa com a efetiva tradição da coisa. Antes da *traditio* pode existir tentativa de receptação. Na *aquisição onerosa* é indiferente que o preço pago seja vil ou justo. O preço vil, embora seja indício legal da receptação culposa, é irrelevante na receptação dolosa. A normalidade ou justeza do preço, por si só, não afasta a possibilidade da receptação dolosa, que, como veremos, repousa em outros fundamentos.

A segunda figura tipificada está representada pelo verbo *receber,* que tem sentido mais abrangente; pode significar *aceitar* o que lhe é oferecido ou entregue; *recolher* o que lhe é devido, *entrar na posse* da coisa que lhe é entregue etc. Na versão de Hungria, *recebimento* é a tomada de posse da coisa entregue a qualquer outro título que não seja o de propriedade. Hungria *(Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 304) exemplificava com "receber a coisa em depósito ou para guardá-la, ou em penhor, ou para usá-

la, conservá-la, consumi-la". Nesse exemplo de Hungria constata-se que já está abrangido o "utilizar de qualquer modo", bem como *a novidade* da receptação qualificada, "ter em depósito".

Por fim, a terceira figura da *receptação própria é* constituída pelo verbo "ocultar", que, ontologicamente, expressa a ideia de esconder fraudulentamente alguma coisa de alguém. Somente se oculta algo que deveria ser público ou do conhecimento geral. *Ocultar* é dissimular a posse ou detenção da coisa de origem criminosa, escondendo-a; é colocar a coisa em local onde seja difícil encontrá-la ou localizá-la. Tem razão Hungria em rechaçar o entendimento de que na ocultação estaria implícita a aquisição ou recebimento da coisa que, naturalmente, precederiam aquela. O seguinte exemplo de Hungria *(Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 304) deixa esse aspecto muito claro: "Quem apreende, por exemplo, a coisa abandonada pelo ladrão para acobertar-se de suspeitas, e a oculta, para posteriormente entregar-lha, mediante recompensa, é, incontestavelmente, receptador, e, no entanto, não se pode dizer que tenha adquirido a coisa".

4.2 Receptação imprópria: influência sob terceiro

Por fim, a denominada *receptação imprópria*, descrita na segunda parte do *caput*, está vazada nos seguintes termos, *ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.* Para Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 515), o agente se conduz como *mediador,* pois o agente não executa as ações incriminadas: *apenas estimula* o terceiro de boa-fé a praticá-las. Em sentido contrário posiciona-se Paulo José da Costa Jr. *(Comentários ao Código Penal*, p. 610), sustentando que, ao *influir* que terceiro de boa-fé fique com a coisa produto de crime, não age como mediador, mas como *autor intelectual* do crime, que se aperfeiçoa mesmo que sua sugestão não seja aceita. A solução a esse impasse é facilmente encontrada com a resposta à seguinte questão: afinal, qual é a conduta típica imputada ao sujeito ativo da receptação imprópria? Resposta óbvia: *influir*! Ora, sendo essa a conduta incriminada, evidentemente a razão está com Paulo José da Costa Jr.: quem influi nos termos tipificados não é simples mediador da ação criminosa, mas verdadeiro e único autor da receptação imprópria, até porque, o terceiro induzido a erro deve estar de boa-fé, caso contrário será coautor da receptação.

4.2.1 Influência como atividade nuclear da conduta típica

Na *receptação imprópria,* a conduta de *influir,* que, teoricamente, representaria mera atividade de partícipe, nesse tipo de crime constitui o núcleo do tipo penal. Assim, quem *influir* para que o terceiro de boa-fé pratique qualquer das ações elencadas no dispositivo legal não será *partícipe,* mas autor do crime de receptação, e o terceiro de boa-fé não pratica crime algum. Não se pode esquecer que o partícipe não executa a conduta descrita no preceito primário da norma penal — no caso, *influir* — , mas realiza uma *atividade secundária,* que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. A receptação é crime estritamente comissivo, sendo impossível praticá-lo mediante omissão, salvo a figura representada pelo verbo-núcleo "ocultar". Quem não revela onde se encontra o produto de crime do qual não participou não comete crime algum, a não ser que tenha o *dever jurídico* de fazê-lo (art. 13, § 2º).

4.2.2 Omissão do legislador de 1996

Convém, finalmente, destacar a *omissão do legislador* de 1996 relativamente à *receptação imprópria,* contida na parte final do *caput* do art. 180. Na verdade, o legislador *olvidou-se* de acrescentar à figura da *receptação imprópria* — representada pelo verbo "influir" — as condutas de "transportar" e de "conduzir", as mesmas que foram introduzidas na figura da *receptação própria* pela Lei n. 9.426/96. Assim, por exemplo, se alguém *influir* para que terceiro de boa-fé *transporte* ou *conduza* coisa que *sabe ser produto de crime,* praticará uma conduta penalmente irrelevante. Essa é apenas uma das tantas incoerências do legislador de reformas pontuais do Código Penal, que está sofrendo paulatina destruição em sua consistência sistemática.

4.3 Um tipo misto: alternativo e, ao mesmo tempo, cumulativo

A receptação descrita no *caput* apresenta a *curiosidade* de ser um tipo misto *alternativo* e, ao mesmo tempo, *cumulativo.* Com efeito, se o agente praticar cumulativamente as condutas de adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar coisa produto de crime, praticará um único crime, ocorrendo o mesmo se *influir* para que terceiro de boa-fé adquira, receba ou oculte coisa proveniente de crime. Trata-se de *crimes de ação múltipla* ou *de conteúdo variado.* No entanto, se o agente praticar as duas espécies de receptação — *própria* e *imprópria* —, ou seja, primeiro adquirir coisa que sabe ser produto de crime e depois influenciar para que terceiro de boa-fé

faça o mesmo, *cometerá dois crimes,* nessas modalidades, estamos diante de *tipos mistos cumulativos,* e não alternativos, como nas circunstâncias antes relacionadas.

5 Novas figuras da Lei n. 9.426/96: receptação ou favorecimento

Não se trata de profunda modificação conceitual, mas de simples ampliação de sua abrangência, incluindo no *caput*, ao lado das condutas tradicionais — adquirir, receber, ocultar e influir —, novos núcleos típicos, que, em si mesmos, não apresentam nenhum conteúdo lesivo: *transportar* e *conduzir.* Como "presente de Natal" (presente grego) — dezembro de 1996 —, o legislador brasileiro incluiu no *caput* do art. 180 do CP mais duas condutas de "receptar": *transportar* ou *conduzir,* além das novidades incluídas nos §§ 1º e 2º, desfigurando a *natureza jurídica* e histórica da receptação. Dificilmente *transportar* e *conduzir* poderão assumir a conotação sugerida pela definição de receptação de acarretar a *manutenção, consolidação* ou *perpetuidade* de uma situação patrimonial anormal, ou simplesmente do *proveito econômico* decorrente de crime anterior praticado por outrem.

5.1 Distinção entre favorecimento e receptação

O Código Penal de 1940 fez a distinção entre *favorecimento* e *receptação:* classificou o primeiro como crime contra a administração da justiça e a segunda entre os crimes contra o patrimônio. O *animus lucrandi* é que distingue a *receptação* do *favorecimento.* Em verdade, a distinção entre *receptação* e *crime de favorecimento* data do início do século XIX, no mesmo período em que se difundiu a autonomia da receptação em relação ao crime precedente. A *receptação pessoal* recebeu a qualificação de *favorecimento,* e à receptação real atribuiu-se o *nomen juris* de receptação.

As condutas de "transportar" ou "conduzir", *enxertadas* pela Lei n. 9.426/96, não implicam, em regra, aquele *animus lucrandi* próprio da receptação, constituindo verdadeira *anomalia tipológica* no direito pátrio, simples amostra da criminosa retalhação do Código Penal a que se está procedendo com a inflação diária, desordenada e descriteriosa de leis esparsas, chamada de "reformas pontuais". Essa nossa crítica à nova estrutura do crime de receptação não logrou unanimidade perante os

especialistas, como se pode observar da seguinte observação: “... a simples introdução de condutas novas, aliás típicas do comércio clandestino de automóveis, não tem o condão de romper o objetivo do legislador de qualificar a receptação, alterando as penas mínima e máxima que saltaram da faixa de l a 4 anos para 3 a 8 anos”. No entanto, reforçando nossa visão crítica, destacamos o magistério de Regis Prado *(Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 602-3), que, referindo-se à receptação qualificada, assevera: “Não se pode olvidar que a referida norma foi estruturada num manifesto erro técnico de composição típica, já que o legislador inseriu no § 1º do art. 180 um tipo penal independente, sem atrelagem ao tipo fundamental”.

5.2 Receptação de receptação: possibilidade

E admissível *receptação de receptação*, ou seja, a mesma coisa pode ser objeto material de sucessivas receptações. Tanto é produto de crime o resultado do crime originário como aquele que provém de intercorrente receptação. No entanto, se na cadeia criminosa houver aquisição ou recebimento por *terceiro de boa-fé*, estará configurada uma solução da continuidade do *status* ilícito criado pelo crime originário. Essa *anormalidade jurídica* somente seria mantida por meio de intercorrentes aquisições de má-fé. Assim, quem adquire *coisa* que fora recebida ou adquirida por terceiro de boa-fé não pratica crime de receptação, mesmo que *saiba* que a coisa provém de crime. Esse já era o entendimento esposado por Maggiore *(Derecho Penal*, trad. José J. Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1956, v. 5, p. 1067), segundo o qual “não há crime no caso de quem adquiria as coisas delituosas de um possuidor de boa-fé já que estas coisas em consequência da posse de boa-fé perderam a qualidade de delituosas”.

Nem sempre, contudo, a aquisição, recebimento ou ocultação de produto de crime constitui receptação, podendo, conforme as circunstâncias, tipificar outra infração penal. Quem adquire ou recebe, para guardar, por exemplo, *moeda falsa*, não pratica receptação, mas o crime do art. 289, § 1º, do CP; quando o faz para tornar seguro o produto do crime, em auxílio a outrem, incorre em *favorecimento real* (art. 349). A aquisição ou recebimento de coisas *produto de vários crimes* caracteriza apenas uma receptação, desde que, logicamente, sejam adquiridas em uma única oportunidade, isto é, por meio de uma única ação.

6 Significado dogmático das elementares: “sabe” e “deve saber”

O legislador brasileiro contemporâneo, ao definir as condutas típicas, continua utilizando as mesmas técnicas que eram adotadas na primeira metade do século XX, ignorando a extraordinária evolução da teoria geral do delito. Continua utilizando expressões como “sabe” ou “deve saber”, que, outrora, eram adotadas para identificar a natureza ou espécie de dolo. A adoção dessa técnica superada constitui demonstração evidente do desconhecimento do atual estágio da evolução do dolo e da culpabilidade. Ignora nosso legislador que a *consciência da ilicitude* não é mais elemento do dolo, mas da culpabilidade, e que tal *consciência*, por construção dogmática, não precisa mais ser atual, bastando que *seja potencial*, independente de determinação legal. A *atualidade* ou simples possibilidade de consciência da ilicitude servirá apenas para definir o grau de censura, a ser analisado na dosagem de pena, sem qualquer influência na configuração da infração penal.

Essa técnica de utilizar em alguns tipos penais as expressões “sabe” ou “deve saber” se justificava, no passado, quando a *consciência da ilicitude* era considerada, pelos *causalistas*, elemento constitutivo do dolo, a exemplo do *dolus malus* dos romanos, um *dolo normativo*. No entanto, essa construção está completamente superada, como superada está a utilização das expressões “sabe” e “deve saber” para distinguir a natureza ou espécie do dolo, diante da consagração definitiva da *teoria normativa pura da culpabilidade*, a qual retirou o dolo da culpabilidade, colocando-o no tipo, extraindo daquele a consciência da ilicitude e situando-a na culpabilidade, que passa a ser puramente normativa.

Para esclarecermos nossa crítica à equivocada utilização das expressões “sabe” e “deve saber” na construção dos tipos penais, precisamos fazer uma pequena digressão sobre a evolução da teoria do delito, particularmente em relação ao dolo e à culpabilidade. Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização, a culpabilidade, com o que a *finalidade* é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto. O conteúdo da *culpabilidade finalista* (normativa pura) exibe substanciais diferenças em

relação ao modelo *normativo neokantiano,* que manteve dolo e culpa como seus elementos. Diga-se, mais uma vez, que, enquanto na concepção causalista o dolo e a culpa eram partes integrantes da culpabilidade, no finalismo passam a ser elementos, não desta, mas do injusto. Também, na corrente finalista, inclui-se o conhecimento da proibição na culpabilidade, de modo que o dolo é entendido somente como *dolo natural* (puramente psicológico), e não como no causalismo, que era considerado o *dolus malus* dos romanos, constituído de vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida.

6.1 Síntese dos postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade

Para melhor compreendermos a estrutura do *dolo* e da *culpabilidade* e, particularmente, a desintegração e reestruturação de ambos, faz-se necessário, pelo menos, passar uma vista d'olhos na evolução das teorias do dolo e da culpabilidade. A *teoria extremada do dolo,* a mais antiga, situa o *dolo* na culpabilidade e a consciência da ilicitude, que deve ser atual, no próprio dolo. Defende a existência de um dolo normativo, constituído de vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida (consciência atual da ilicitude). Por isso, para essa teoria, o erro jurídico-penal, independentemente de ser erro de tipo ou erro de proibição, exclui sempre o dolo, quando inevitável, por anular ou o elemento normativo (consciência da ilicitude) ou o elemento intelectual (previsão) do dolo. Equipara, assim, as duas espécies de erro quanto a seus efeitos. A locução "deve saber", se for considerada como indicativa de dolo — direto ou indireto — , revive, de certa forma, a superada *teoria limitada do dolo,* com sua "cegueira jurídica", sugerida por Mezger, ao recriar uma espécie de "dolo presumido". Na verdade, para relembrar, a *teoria limitada do dolo* foi apresentada como um aperfeiçoamento da *teoria extremada,* e, procurando evitar as lacunas de punibilidade que esta possibilitava, equiparou ao "conhecimento atual da ilicitude" a "cegueira jurídica" ou "inimizade ao direito".

Segundo Welzel *(El nuevo sistema de Derecho Penal — una introducción a la doctrina de la acción finalista,* trad. José Cerezo Min, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 106), o aperfeiçoamento da teoria extremada do dolo foi buscado, sem sucesso, de duas formas: criando, de um lado, um tipo auxiliar de "culpa jurídica", pela falta de informação jurídica do autor,

e, de outro lado, pela relevância da “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito”, adotadas pelo Projeto de Código Penal de 1936. Para Mezger, há casos em que o autor do crime (normalmente, um delinquente habitual) demonstra desprezo ou indiferença tais para com os valores do ordenamento jurídico que, mesmo não se podendo provar o conhecimento da antijuridicidade, deve ser castigado por crime doloso. De certa maneira, ainda que por via transversa, com essa “equiparação” ou “ficção”, Mezger substitui, na *teoria limitada do dolo,* o conhecimento atual da ilicitude pelo *conhecimento presumido,* pelo menos nesses casos. Assim, Mezger, seu grande idealizador, introduziu, finalmente, o polêmico elemento denominado *culpabilidade pela condução de vida,* criando, dessa forma, a possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que é, dando origem ao combatido *direito penal de autor.*

No entanto, essa proposição de Mezger, de *presumir-se o dolo* quando a ignorância da ilicitude decorresse de “cegueira jurídica” ou de “animosidade com o direito”, isto é, de condutas incompatíveis com uma razoável concepção de direito ou de justo, não foi aceita, diante da incerteza de tais conceitos. A mesma sorte merece ter a expressão “deve” ou “deveria saber”, que cria uma espécie de “dolo presumido”, dissimulador de autêntica *responsabilidade objetiva,* incompatível com a teoria do dolo; deve ela ser endereçada às construções jurídicas que se utilizam de subterfúgios como as expressões antes referidas, por violarem o princípio da culpabilidade.

Contudo, as *teorias do dolo* — extremada e limitada — caíram em desuso, ante a reforma penal alemã da segunda metade do século XX, que aderiu aos princípios fundamentais das *teorias da culpabilidade.* Não se pode perder de vista que a *teoria estrita da culpabilidade* parte da reelaboração dos conceitos de dolo e de culpabilidade. Empreendida pela doutrina finalista, com a qual surgiu, cujos representantes maiores foram Welzel, Maurach e Kaufmann, essa teoria separa o *dolo* da consciência da ilicitude. Assim, o dolo, em seu aspecto puramente psicológico — dolo natural —, é transferido para o injusto, passando a fazer parte do tipo penal. A *consciência da ilicitude* e a exigibilidade de outra conduta passam a fazer parte da culpabilidade, num *puro juízo de valor.* A culpabilidade passa a ser um pressuposto básico do juízo de censura. *Dolo* e *consciência da ilicitude* são, portanto, para a teoria da culpabilidade, conceitos completamente distintos e com diferentes funções dogmáticas. Como afirma Muñoz Conde

(El error en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 33), "o conhecimento da antijuridicidade, tendo natureza distinta do dolo, não requer o mesmo grau de consciência; o "conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, pode ser simplesmente potencial...".

6.2 Sentido e função das elementares "sabe" e "deve saber" na definição do crime de receptação

Dolo é o conhecimento e a vontade da realização do tipo penal. Todo dolo tem um aspecto intelectivo e um aspecto volitivo. O aspecto intelectivo abrange o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas que constituem o tipo penal. Para a configuração do dolo, exige-se a *consciência* daquilo que se pretende praticar. Essa consciência, no entanto, deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel, a *potencial consciência* das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da consciência atual equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção. A *previsão*, isto é, a representação ou consciência, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos ou normativos. Mas essa *previsão* constitui somente a consciência dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a *consciência da ilicitude*, que, como já afirmamos, está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o *conhecimento da proibição da conduta*, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição do tipo. A Lei n. 9.426/96, ao disciplinar o *crime de receptação*, utilizou as expressões "'sabe' ser produto de crime" *(caput)* e "'deve' saber ser produto de crime" (§ lº do mesmo dispositivo). A *velha doutrina*, ao analisar as expressões "sabe" e "deve saber", via em ambas a identificação do elemento subjetivo da conduta punível: o *dolo direto* era identificado pela elementar "sabe" e o *dolo eventual* pela elementar "deve saber" (alguns autores identificavam, nesse caso, a culpa) (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 405; Damásio de Jesus, *Direito Penal*, v. 2, p. 148, todos analisando o art. 130). Aliás, foi provavelmente com esse sentido que se voltou a utilizar essas expressões, já superadas, na Lei n. 9.426/96.

Na hipótese do "sabe" — afirmavam os doutrinadores —, há plena certeza da origem delituosa da coisa. Nesse caso, não se trata de mera suspeita, que pode oscilar entre a dúvida e a certeza, mas há, na realidade,

plena convicção da origem ilícita da coisa receptada. Assim, a suspeita e a dúvida não servem para caracterizar o sentido da elementar "sabe". Logo — concluíam —, trata-se de *dolo direto.* Na hipótese do "deve saber", a origem ilícita do objeto material, afirmavam, significa somente a possibilidade de tal conhecimento, isto é, a potencial consciência da ilicitude do objeto. Nas circunstâncias, o agente deve saber da origem ilícita da coisa, sendo desnecessária a ciência efetiva; basta a possibilidade de tal conhecimento. Dessa forma, na mesma linha de raciocínio, concluíam, trata-se de *dolo eventual.* No entanto, essa interpretação indicadora do dolo, por meio do "sabe" ou "deve saber", justificava-se quando vigia, incontestavelmente, a *teoria psicológico-normativa da culpabilidade,* que mantinha o dolo como elemento da culpabilidade, situando a *consciência da ilicitude* no próprio dolo. Contudo, a sistemática hoje é outra: a elementar "'sabe' que é produto de crime" significa *ter consciência da origem ilícita* do que está comprando, isto é, ter consciência da ilicitude da conduta (elemento da culpabilidade normativa), e a elementar "deve saber", por sua vez, significa a *possibilidade de ter essa consciência* da ilicitude. Logo, considerando que esse *elemento normativo* — consciência da ilicitude — integra a culpabilidade, encontrando-se, portanto, fora do dolo, somos levados a concluir que as elementares referidas são indicativas de graduação da culpabilidade, e não do dolo, como entendia a velha doutrina.

Em contrapartida, a *consciência do dolo* — seu elemento intelectual —, além de não se limitar a determinadas elementares do tipo, como "sabe" ou "deve saber", não se refere à *ilicitude do fato,* mas a sua configuração típica, devendo abranger todos os elementos objetivos, descritivos e normativos do tipo. Ademais, o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, ao contrário da consciência da ilicitude, tem de ser *atual,* sendo insuficiente que seja potencial, sob pena de destruir a linha divisória entre dolo e culpa, como referia Welzel. Em sentido semelhante manifesta-se Muñoz Conde *(Derecho Penal*; Parte General, 2. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 285), afirmando que: "O conhecimento que exige o dolo é o conhecimento atual, não bastando um meramente potencial. Quer dizer, o sujeito deve saber o que faz, e não haver devido ou podido fazer". Na verdade, a admissão da elementar "deve saber" como identificadora de *dolo eventual* impede que se demonstre *in concreto* a impossibilidade de ter ou adquirir o conhecimento da origem ilícita do produto receptado, na medida em que tal conhecimento é *presumido.* E essa *presunção legal* outra coisa

não é que autêntica responsabilidade objetiva: *presumir o dolo onde este não existe*. No entanto, reconhecendo-se a elementar "deve saber" como indicadora de potencial consciência da ilicitude, isto é, como *elemento integrante da culpabilidade*, poder-se-á demonstrar, quando for o caso, sua inocorrência ou mesmo a *existência de erro de proibição*, permitindo melhor adequação da aplicação da lei.

6.3 Reelaboração de Welzel do conceito de consciência de ilicitude

Com efeito, ante a reelaboração, efetuada por Welzel, do conceito de consciência de ilicitude, introduzindo-lhe o *dever de informar-se*, flexibilizou-se esse elemento, sendo suficiente a potencial consciência da ilicitude. No entanto, não basta, simplesmente, não ter consciência do injusto para inocentar-se. É preciso indagar se havia possibilidade de adquirir tal consciência, e, em havendo essa possibilidade, se ocorreu negligência em não adquiri-la ou falta ao dever concreto de procurar esclarecer sobre a ilicitude da conduta praticada.

A expressão "deve saber", como elementar típica, é pura *presunção*, incompatível com o direito penal da culpabilidade. Precisa-se, enfim, ter sempre presente que não se admitem mais *presunções irracionais*, iníquas e absurdas, pois, a despeito de exigir-se uma consciência profana do injusto, constituída dos conhecimentos hauridos em sociedade, provindos das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, não se pode ignorar a hipótese, sempre possível, de não se ter ou não se poder adquirir essa consciência. Com efeito, nem sempre o *dever jurídico* coincide com a lei moral. Não poucas vezes o direito protege situações amorais e até imorais, contrastando com a lei moral, por razões de política criminal, de segurança social etc. Assim, nem sempre é possível estabelecer, *a priori*, seja o crime uma ação imoral. A ação criminosa pode ser, eventualmente, até moralmente louvável (v. g., art. 121, § 1º, do CP). A norma penal, por sua particular força e eficácia, induz os detentores do poder político a avassalar a tutela de certos interesses e finalidades, ainda que contrastante com os interesses gerais do grupo social.

Por derradeiro, constar de texto legal a *atualidade* ou *potencialidade* de consciência do ilícito é erronia intolerável, uma vez que a ciência penal encarregou-se de sua elaboração interpretativa. A constatação de sua atualidade ou mera possibilidade fundamentará a maior ou menor

reprovabilidade da conduta proibida, a ser avaliada no momento de aplicação da pena, e jamais como identificadora do dolo no próprio tipo penal. Concluindo, a previsão, isto é, o *conhecimento,* deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E *esse conhecimento deve ser atual*, real, concreto, e não meramente *presumido.* Agora, a *consciência da ilicitude*, esta sim pode ser potencial, mas será objeto de análise somente no exame da *culpabilidade*, que também é predicado do crime.

6.4 "Sabe" e "deve saber" como simples elementares normativas do tipo penal

De todo o exposto, conclui-se que as elementares "sabe" e "deve saber" não são — ao contrário do que sustentava a antiga doutrina penal brasileira — indicativas da *espécie de dolo* (direto ou eventual), mas configuram tão somente *elementos normativos do tipo*, que estabelecem a graduação da maior ou menor censura da conduta punível. Enfim, ignoramos completamente a existência das elementares "sabe" e "deve saber", para efeito de classificação das *espécies de dolo,* no crime de receptação dolosa, até porque o *dolo eventual* não se compõe da simples *possibilidade de consciência* (deve saber), como sustentava a *teoria da probabilidade.* O *grau de reprovação* — para concluir — sobre quem age *sem saber,* apenas *podendo saber,* e sobre quem *age efetivamente sabendo*, isto é, *consciente da ilicitude* da sua conduta, não pode ser o mesmo. Manifesta-se Jescheck admitindo uma diferença material entre o *atuar conscientemente* contra o direito e a sua *infração inconsciente*, consequente de erro vencível. Não se pode reprovar quem não sabia, mas apenas *podia saber,* igualmente a quem efetivamente sabia, isto é, a quem tinha a real consciência da ilicitude. Sem dúvida alguma a conduta de quem tinha real consciência da ilicitude é muito mais censurável. E é em virtude dessa *diferença no grau de reprovação* que, embora punindo-se *quem age com consciência potencial*, deve diminuir a pena aplicável, *proporcionalmente* ao menor juízo de reprovação. Diminui-se a pena aplicável, mas não se afasta a culpabilidade, que, nas circunstâncias, pode ser reconhecidamente diminuída.

7 Consumação e tentativa

A *receptação própria* (1ª figura) é crime material e consuma-se com a

efetiva tradição da coisa proveniente de crime. Na *receptação própria* é perfeitamente admissível a *tentativa*, considerando-se tratar-se de *crime material;* por conseguinte, admite o fracionamento de sua fase executória. Deve-se destacar que o simples acordo entre o ladrão e o futuro receptador não constitui tentativa. Contudo, se esse acordo for celebrado antes da prática do crime anterior, poderá, em princípio, configurar a participação do pretenso receptador, como coautor ou partícipe, dependendo das circunstâncias concretas (art. 29 do CP). A ação delitiva nas modalidades de *transportar, conduzir* e *ocultar* configura *crime permanente*, cuja consumação se protrai no tempo, possibilitando a prisão em flagrante, enquanto perdurar a ação. Na *receptação qualificada*, além das mesmas condutas antes referidas, também *ter em depósito* e *expor à venda* constituem crime permanente.

Na *receptação imprópria* (2ª figura), o crime é formal, consumando-se com a *influência* exercida pelo sujeito ativo, embora parte da jurisprudência entenda necessária a realização da conduta típica pelo induzido. Na verdade, ao descrever essa espécie de receptação, o Código Penal não exige que o terceiro de boa-fé acabe praticando a conduta a que o autor pretendeu induzi-lo. Assim, consuma-se a receptação imprópria com a simples influência exercida por aquele. Questão que merece cuidado é, contudo, o exame da idoneidade e eficácia do ato praticado para influenciar terceiro para adquirir, receber ou ocultar o produto de crime.

A *tentativa*, diante da natureza formal dessa espécie de receptação, é, teoricamente, inadmissível.

8 Receptação qualificada: tipo autônomo ou derivado

A Lei n. 9.426/96 deu nova redação ao § 1º do art. 180, substituindo a *receptação culposa* por uma figura que recebeu a denominação de *receptação qualificada*. A simples inclusão no *caput* dos verbos "transportar" e "conduzir", por si só, já desnaturou completamente o crime de *receptação*, que tem o sentido de *receptar*, isto é, adquirir, receber ou ocultar coisa de procedência criminosa *(Dicionário Aurélio)*. O paradoxo se completa com a inclusão dos dois primeiros parágrafos, que estariam mais bem situados em um tipo penal autônomo, pois, como assevera Alberto Silva Franco, *força é convir que o tipo, tal como foi estruturado, expressa uma péssima qualidade técnica de composição típica.*

Essas inovações, inclusive no plano de técnica legislativa, estimularam o *questionamento* quanto à denominação "receptação qualificada". Na lição de Damásio de Jesus *(Direito Penal*, v. 2, p. 673), "a Lei 42/99 atribuiu ao parágrafo a denominação 'receptação qualificada'. Ocorre que o dispositivo contém uma norma de ampliação. Além disso, o crime de receptação, mesmo com a nova redação, não possui nenhum tipo qualificado. E o § 1º, a que se refere o § 2º, não define figura típica qualificada. Trata-se de uma figura penal independente: contém verbos que não estão previstos no *caput*, repete outros e exige elementos subjetivos do tipo". Seguindo a mesma orientação manifestou-se Alberto Silva Franco *(Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*; Parte Especial, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 2967), para quem, "antes de mais nada, não se compreende que se denomine 'receptação qualificada', não uma figura criminosa derivada de um tipo básico mas, sim, um tipo com plena autonomia conceitual".

8.1 A qualificadora constitui tipo derivado

A *qualificadora* constitui verdadeiro tipo penal — tipo derivado —, com novos limites, mínimo e máximo, mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base. A qualificadora acrescenta elementos acidentais que alteram o tipo fundamental, com o fim de justificar a elevação da pena nele cominada. Essa, pode-se afirmar, é a construção tipológica tradicional do nosso sistema jurídico. Contudo, isso não quer dizer que a falta de técnica legislativa, com a inclusão de algumas condutas inexistentes no tipo fundamental e a inclusão de elementos normativos e subjetivos, seja suficiente para desnaturar conceitualmente a figura qualificada da receptação, assim denominada pelo legislador e topologicamente situada em parágrafo do artigo definidor do tipo básico, que, a nosso juízo, é suficiente para identificá-las. Socorre-nos Guilherme Nucci *(Código Penal comentado*, p. 601), que conclui: "Portanto, a simples introdução de condutas novas, aliás típicas do comércio clandestino de automóveis, não tem o condão de romper o objetivo do legislador de qualificar a receptação, alterando as penas mínima e máxima que saltaram da faixa de l a 4 anos para 3 a 8 anos".

Não se pode negar, enfim, que na tipificação da receptação qualificada estão presentes circunstâncias especiais e acidentais — *crime próprio,* elemento normativo — *no exercício de atividade comercial ou industrial,*

além dos verbos-núcleo especiais, que justificam a elevação da censura penal. Finalmente, há outros aspectos relativos à receptação qualificada que demandam maior reflexão, especialmente a hipótese de violação do *princípio da proporcionalidade.*

8.2 Adequação típica: receptação qualificada

A receptação qualificada é *crime próprio,* exigindo do sujeito ativo uma *qualidade especial,* qual seja, tratar-se de comerciante ou industrial, que deve praticá-lo no exercício do seu mister profissional, mesmo que irregular ou clandestino. Essa exigência legal não apenas reconhece a maior desvalia da ação executada pelo agente como afasta a possibilidade de o cidadão comum, isto é, sem a qualificação especial mencionada, responder diretamente por essa espécie de infração penal. Na verdade, esse somente poderá ser alcançado por meio do concurso eventual de pessoas.

Na elaboração desse tipo penal, mais uma vez o legislador voltou a exceder-se no elencar as condutas nucleares, representadas por doze verbos, mesmo tratando-se de um tipo misto alternativo, isto é, de conteúdo variado. Os verbos nucleares são os seguintes: “adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda e utilizar”. De modo geral, as condutas relacionadas no dispositivo em exame não trazem em seu bojo aquela *força lesiva* típica dos crimes mais graves do Código Penal (matar, extorquir, sequestrar, constranger etc.). Essas condutas podem inserir-se naquelas que Florian (Florian, *Trattato di Diritto Penale,* Milão, 1910, v. l, p. 308) denominava “moralmente inocentes”. Por isso, somente com o complemento de elementos normativos e subjetivos poderão tornar-se penalmente relevantes. Essa complementação, que está contida no texto legal, é a “coisa... produto de crime”. No entanto, muitas vezes a descrição objetiva da conduta proibida necessita não apenas de *elementos normativos,* como reconhecera Mayer, mas também de *elementos subjetivos,* que representam estados anímicos orientadores da conduta executada pelo agente. Por isso, qualquer das condutas descritas praticadas pelo sujeito ativo devem, necessariamente, ter como objetivo a obtenção de proveito, para si ou para outrem; em outros termos, o agente deve agir com *animus lucrandi.*

8.2.1 Ter em depósito

Ter em depósito significa receber produto de crime, retendo-o e

conservando-o, em proveito próprio ou de terceiro. Esse *depósito*, recebido por comerciante ou industrial, pode ser gratuito ou oneroso. Essa modalidade de conduta, de duvidosa técnica legislativa enquanto definidora de ação humana, afasta possível discussão sobre como a coisa produto de crime veio parar nas mãos do sujeito ativo, isto é, se houve aquisição, recebimento ou "qualquer outra forma" de utilização. Por outro lado, se facilita a repressão estatal, dificulta sobremodo a defesa do imputado, na medida em que *inverte o ônus da prova*, tendo de demonstrar que, a despeito de tal produto encontrar-se em suas dependências, desconhecia sua origem ilícita, não autorizou nem tomou parte na ação de depositar e até que não sabia da existência de tal depósito. Enfim, trata-se de uma figura que, ademais de constituir crime permanente, consagra indisfarçável responsabilidade objetiva.

8.2.2 Desmontar

Desmontar significa desarmar determinado mecanismo, invenção, veículo, computador ou qualquer outro *aparato*, separando-lhe as respectivas peças, total ou parcialmente. A *desmontagem* configura-se sem necessidade de tornar o objeto desmontado inútil a sua finalidade original. A *desmontagem* não implica, necessariamente, o ato de ter *em depósito*, isto é, aquela pode ocorrer sem a existência deste, que, se existir, não alterará a configuração típica, que continua sendo crime único (conteúdo variado). O óbvio ululante nos ensina que somente pode ser *desmontado* algo que tenha sido *montado*, e que tais operações se inserem em uma regra natural inversa da ordem em que aparecem no tipo penal, ou seja, montar, desmontar e, finalmente, remontar; essa, enfim, é a ordem natural das coisas: montar, desmontar e remontar.

8.2.3 Montar

Montar significa encaixar ou arrumar determinados *componentes*, cada qual em sua posição funcional, cujo somatório representará outro objeto, artefato ou instrumento resultante do conjunto harmonioso de peças previamente elaboradas normalmente para essa finalidade. Como o *objeto material* da receptação, em qualquer de suas espécies, deve, necessariamente, ser *produto de crime*, fica-se a imaginar aquele exemplo tradicional *do furto continuado*, em que o nubente, pretendendo casar-se e não dispondo dos recursos necessários, vai subtraindo da indústria em que

trabalha peças individuais, que, ao final, montadas, garantem-lhe a geladeira de que necessita. As diversas subtrações efetuadas tipificam o conhecido furto continuado. Quem, nas circunstâncias, podendo saber da origem criminosa das peças, *montá-la*, visando proveito próprio ou de terceiro, em princípio praticaria receptação qualificada. É um pouco complicado admitir essa tipificação, especialmente considerando a abismal sanção cominada (3 a 8 anos de reclusão); essa conduta, dependendo do tipo de material produto de crime que é *montado*, está mais para *favorecimento real* (art. 349) do que para receptação qualificada, *venia concessa*. Enfim, a casuística, certamente, permitirá a melhor adequação típica, ficando apenas a lembrança da dificuldade pragmática.

8.2.4 Remontar

Remontar, pela lógica do vernáculo, não pode seguir imediatamente o ato de *montar*, especialmente quando se tem a locução *desmontar*, cujo significado acabamos de examinar. Explica-se: como *remontar* é "montar novamente", não pode ser *remontado* o que está *montado*, por isso destacamos a desordem em que esses três verbos estão enunciados. Na verdade, à operação de "montar-desmontar" segue-se a de *remontar*, pelo menos quando o agente pretende *refazer* o que fora desfeito. Perdoe-nos o leitor, mas o excesso de verbos utilizados pelo legislador leva-nos, por vezes, a jogar um pouco com as palavras, como acabamos de fazer.

8.2.5 Vender ou expor à venda

Vender ou expor à venda: devia ser proibido esse tipo de construção tipológicopenal, pois acaba criando situações ridículas e não apenas inusitadas. 1) *Vender* é alienar algo a alguém por um preço convencionado, trocar, no caso, por dinheiro a *coisa produto de crime*; vender é comerciar, negociar o produto do crime. Vender é transferir a outrem, mediante pagamento, a *coisa* obtida com o crime anterior. 2) *Expor à venda* é colocar em exposição o objeto material (produto de crime) para atrair comprador; é a exjbição do *corpus delicti* para ser vendido.

8.2.6 Utilizar, de qualquer forma

Finalmente, *utilizar* (de qualquer forma) coisa que deve saber ser produto de crime. Essa deve ser a ordem direta do enunciado, para melhor compreendê-lo. *Utilizar* é fazer uso da coisa, empregá-la de qualquer modo.

Também nesse particular a redação do texto legal não é das mais felizes quando utiliza, depois de arrolar onze verbos, a expressão genérica "ou de qualquer forma utilizar...". Essa generalização infeliz pode conduzir a equívocos, como ocorre com a interpretação dada por Regis Prado *(Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 604), que, referindo-se à locução, conclui: "denota a necessidade de aplicação de interpretação analógica, de forma que qualquer conduta do comerciante ou do industrial, à similitude daquelas exemplificadamente expostas pelo legislador, que implicar uso da coisa obtida criminosamente, caracteriza o delito em epígrafe".

Na verdade, a expressão "ou de qualquer forma utilizar" não guarda nenhuma relação de "similitude" com as outras onze condutas elencadas no texto legal, como parece ter interpretado Regis Prado. Na realidade, a locução "de qualquer forma" está se referindo tão somente "ao modo de utilizar" a coisa produto de crime, tratando-se de *crime de forma livre;* isto é, na modalidade de *utilizar,* pode ser praticado de qualquer modo que o agente eleger. Com efeito, a despeito dessa fórmula genérica, é inadmissível a adoção de *analogia* ou mesmo de *interpretação analógica* em matéria repressiva penal. As condutas elencadas, quer no *caput*, quer no § 1º, são taxativas, *numerus clausus*, como convém ao *direito penal da culpabilidade.* Reforça nossa orientação o magistério de Silva Franco *(Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2, p. 2967), ao sustentar que admitir que a *referida locução* significa a possibilidade de inclusão, no tipo, de outras ações não consagradas no texto legal corresponde a ofensa manifesta ao princípio da legalidade, sob o enfoque da estrita reserva legal.

9 Receptação simples, receptação qualificada e princípio da proporcionalidade

As alterações introduzidas pela Lei n. 9.426/96 na definição da *receptação* produziram efeitos além do desejado pelo legislador brasileiro, sendo objeto de profundas divergências conceituais, com indesejáveis consequências práticojurídicas. A controvérsia pode ser resumida no seguinte enunciado: no *caput* — definidor de *crime comum* — o tipo penal exige a presença de *dolo direto,* representado pela locução típica "que *sabe* ser produto de crime"; na redação do § 1º — definidor de *crime próprio* — exige-se *dolo eventual,* representado pela locução "que *deve saber* ser

produto de crime". Assim, analisando essas duas locuções sob uma ótica superada, que as considera definidoras do dolo, punir-se-ia de forma mais grave (3 a 8 anos de reclusão) a figura mais branda — do § 1º, que só admitiria dolo eventual — em detrimento do crime mais grave — *caput*, que exige dolo direto —, cuja pena se mantém de um a quatro anos de reclusão.

9.1 Criar, via interpretação, um terceiro tipo penal de receptação

Alguns doutrinadores chegaram ao extremo de sugerir a desconsideração da pena cominada no § 1º, aplicando-se aquela prevista para o *caput* do mesmo artigo. Segundo Damásio de Jesus *(Código Penal comentado,* São Paulo, Saraiva, 1999, p. 637), essa seria a solução "menos pior", *in verbis:* "O preceito secundário do § 1º deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Realmente, nos termos das novas redações, literalmente interpretadas, se o comerciante *devia saber* da proveniência ilícita do objeto material, a pena é de reclusão, de três a oito anos (§ 1º); *se sabia,* só pode subsistir o *caput,* reclusão de um a quatro anos. A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade".

Essa sugestão de Damásio de Jesus recebeu importantes adesões doutrinárias, embora tenha enfrentado a resistência dos tribunais. No entanto, o sempre indefectível Alberto Silva Franco *(Código Penal e sua interpretação jurisprudencial,* v. 2, p. 2969), com argumentação erudita, chancela o entendimento damasiano nos seguintes termos: "A argumentação de Damásio Evangelista de Jesus, sobre o tema (op. cit., p. 6), é irrespondível: 'se a pena, abstrata ou concreta, de quem 'sabe', é mais censurável do que a do sujeito que 'devia saber', sendo comum no sistema da legislação penal brasileira descrever as duas situações subjetivas no mesmo tipo, não podia a Lei 9.426/96, ferindo o princípio da proporcionalidade, inserir o 'devia saber', de menor censurabilidade, em figura autônoma (§ 1º) com pena de três a oito anos de reclusão, subsistindo o 'sabia', de maior reprovabilidade, no *caput,* com pena de um a quatro anos. A proporcionalidade que indica equilíbrio foi ferida. Não se observou, na palavra de Suzana de Toledo Barros, a ideia de 'relação harmônica entre dois valores' *(O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais,* Brasília, Brasília Editora,

1996, p. 71). Se a lei nova, fugindo do sistema, desvinculou o ‘deve saber’ do ‘sabe’, colocando-os em dois tipos autônomos, a pena abstrata do ‘deve saber’ não pode ser mais grave do que a do ‘sabe’”.

Outro segmento doutrinário, embora com argumentação e concepção diversas das nossas, não endossa a orientação capitaneada por Damásio de Jesus no sentido de criar *um terceiro tipo penal de receptação*, um misto entre as previsões do *caput* e de seu § 1º: a união do preceito primário previsto no § 1º com a previsão do preceito secundário do *caput.* Sugere-se um tipo penal, diga-se de passagem, não previsto em lei, as condutas descritas em um dispositivo com a aplicação de penas cominadas em outro, para condutas distintas: ilegalidade absurda, já que se trata de tipo penal desconhecido do legislador penal. Pois bem, assim, está posta a divergência. Constata-se, de plano, que a análise crítica limitou-se à comparação das locuções “sabe” e “deve saber”, ignorando completamente todos os demais elementos constantes das duas estruturas tipológicas, inclusive a classificação dos dois crimes, sendo um comum *(caput)* e outro próprio (§ 1º); o desvalor das ações e dos resultados tampouco foram objeto de consideração, embora toda a crítica tenha sido centrada no *princípio da proporcionalidade*, as condutas distintas igualmente não foram avaliadas. Percebe-se, mais uma vez, que o absurdo e, hoje, desnecessário uso das locuções “sabe” e “deve saber” na tipificação de condutas criminosas, como demonstramos no tópico anterior, só serve para dificultar a interpretação e boa aplicação da lei penal. Não houvesse o legislador contemporâneo inserido tais expressões nas construções tipológicas, não se estaria perdendo tempo com discussão puramente dogmática, com sérios reflexos nas consequências jurídicas do crime.

9.2 Nosso entendimento divergente: não há inconstitucionalidade

Estamos de pleno acordo que, num Estado Democrático de Direito, está assegurado como um dos seus princípios materiais o da *proporcionalidade*, que impede a cominação ou mesmo a aplicação de pena em flagrante contradição com a gravidade do fato. A aplicação de pena, nesses termos, viola não apenas o princípio da proporcionalidade, mas a própria *dignidade da pessoa humana.* Com efeito, o princípio da proporcionalidade exige o respeito à correlação entre a gravidade da pena e a relevância do dano ou perigo a que o bem jurídico protegido está sujeito, e, particularmente, a importância do próprio bem jurídico tutelado. No entanto, o *juízo* de

proporcionalidade, *in concreto,* resolve-se por meio de *valorações* e *comparações.* Contudo, nessa *relação valorativa* não se pode ignorar toda a construção tipológica, com seus diversos elementos objetivos, subjetivos e normativos e, particularmente, desconsiderar o desvalor da ação e o desvalor do resultado, para fixar-se exclusivamente na comparação de duas locuções isoladas — "sabe" e "deve saber" — de duvidosa natureza, subjetiva ou normativa.

Com efeito, o tipo descrito no *caput* do art. 180 retrata um *crime comum* (que pode ser praticado por qualquer pessoa), enquanto a descrição contida no § 1º configura *crime próprio,* que exige uma *qualidade especial* do sujeito ativo, no caso, que se trate de *comerciante ou industrial,* e mais: que a conduta criminosa seja praticada "no exercício da atividade" profissional, mesmo que exercida irregular ou clandestinamente. Essa mudança da espécie de tipo penal — de comum para especial —, acrescida da exigência de que qualquer das condutas constantes do enunciado típico deve ser praticada no exercício de "atividade comercial ou industrial", denota um desvalor da ação muito superior àquele decorrente das condutas contidas no *caput* do mesmo artigo. Na verdade, no exercício das referidas atividades o indivíduo capta a confiança da sociedade em geral e do consumidor em particular; o sujeito ativo que se aproveita de sua atividade profissional (comerciante ou industrial) para receptar coisa produto de crime abusa da boa-fé do sujeito passivo, merecendo maior *censura penal.*

9.3 Política de combate ao comércio clandestino de veículos

Por outro lado, as novas condutas acrescidas pela Lei n. 9.426/96, tais como *desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda,* deixam clara a preocupação do legislador penal, a exemplo do que fez relativamente aos crimes de furto e de roubo de veículos automotores (arts. 155, § 5º — pena de 3 a 8 anos de reclusão; 157, § 2º, IV), de combater a praga que virou os furtos e roubos de veículos automotores. Visivelmente essas condutas — típicas do comércio "clandestino" de veículos — pretendem enfrentar com seriedade os conhecidos "desmanches" de carros, que criaram um mercado negro estimulador dos ladrões especializados em nosso país e, por extensão, em toda a América Latina. Nesse sentido, destaca, com acerto, Regis Prado: "No art. 180, § 1º, do Código Penal, o legislador, visando reprimir mais severamente a atuação de organização criminosa nos delitos patrimoniais, qualificou o delito de receptação, na modalidade dolosa, quando perpetrado

no exercício de atividade comercial ou industrial". Nesse tipo de receptação, com efeito, o *desvalor do resultado*, invariavelmente, também é superior ao da receptação tradicional, não se configurando, por todo o exposto, a pretendida ofensa ao princípio da proporcionalidade, a ponto de inviabilizar a aplicação legal da sanção cominada, especialmente com todos os recursos de que o Código Penal disponibiliza por meio do instituto da dosimetria penal (arts. 59 e s.). Aliás, nesse sentido, é razoável a justificativa da *Exposição de Motivos* sobre a necessidade de punir com maior severidade aquele que "faz da receptação um comércio, ainda que clandestino, conduta de maior gravidade e dano social do que a receptação individual ou simples". Ademais, "a grande incidência — prossegue a Exposição de Motivos — da receptação na atualidade, fator preponderante na ampliação dos casos de furto e roubo, é a receptação profissional, que vem, em geral, acompanhada do desmonte da coisa para venda dos componentes, dificultando sua identificação e recuperação. Nos dias de hoje, a receptação simples é insuficiente para coibir a atividade dos chamados 'desmanches' de veículos, joias, computadores e outros equipamentos. Daí a proposta da figura qualificada com pena significativamente maior".

No entanto, isso não quer dizer que estejamos de acordo com a exasperação exagerada da sanção cominada no § 1º, ora em exame, como deixamos claro quando do exame do crime de furto de veículos automotores (art. 155, § 5º). No entanto, apenas não chegamos ao ponto de considerá-la inconstitucional, como apregoa parte da doutrina. Assim, *venia concessa*, consideramos equivocada, por carecedora de fundamento dogmático, a conclusão de que os tipos penais descritos no *caput* e no § 1º ferem o princípio da proporcionalidade porque, segundo entendem, a figura que admite dolo eventual recebe punição mais grave que a outra, que admite dolo direto. As elementares "sabe" e "deve saber", de cunho normativo, repetindo, não identificam o dolo, que, a partir da *teoria normativa pura da culpabilidade*, é um dolo psicológico, despido de qualquer elemento normativo. Por isso, aquelas expressões não podem ter qualquer relação com o elemento subjetivo que orienta a conduta do agente, especialmente porque o (des)*conhecimento* (saber ou não) representa apenas o elemento *intelectual do dolo*, que, para aperfeiçoar-se, necessita também do elemento volitivo, que não está abrangido por aquelas elementares.

9.4 Outras características subjetivas que podem integrar os tipos penais

Pode figurar nos tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. O próprio Welzel *(Derecho Penal alemán*, trad. da 12. ed. al. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, 3. ed. castelhana, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 83) esclareceu que, "ao lado do dolo, como momento geral e *pessoal-subjetivo* daquele, que produz e configura a ação como acontecimento dirigido a um fim, apresentam-se, frequentemente, no tipo *especiais* momentos subjetivos, que dão colorido num determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação". Assim, o *tomar* uma coisa alheia é uma atividade dirigida a *um fim* por imperativo do dolo; no entanto, seu sentido éticosocial será inteiramente distinto se aquela atividade tiver *como fim* o uso passageiro ou se tiver o desígnio de apropriação.

Contudo, a excessiva utilização pelo legislador de *categorias subjetivadoras* da descrição típica, além do dolo propriamente dito, é uma forma disfarçada de ultrapassar, com roupagem de legitimidade, os limites taxativos do *princípio da reserva legal*. Essa *ideologia subjetivadora* na elaboração do *preceito primário* da norma penal, além de inadequada, é extremamente perigosa, pois esses estados anímicos, como *ser egoísta, cruel* ou *malvado*, entre outros, podem existir independentemente da relevância da lesão objetiva de bens jurídicos tutelados. E, nessas circunstâncias, quando a conduta é penalmente relevante, a tipificação desses estados anímicos pode conduzir à punição do ânimo, que é inadmissível no direito penal da culpabilidade. Algo semelhante pode ocorrer com a utilização das locuções "sabe" e "deve saber", na medida em que nada têm que ver com o dolo, que não se limita ao aspecto puramente intelectivo "saber ou não saber", como a própria definição do Código Penal deixa muito claro (art. 18, I). Assim, a concepção normativa dessas locuções tem, entre outros, também o mérito de evitar a exagerada subjetivação na definição de crimes.

9.5 Elemento normativo da receptação qualificada: no exercício de atividade comercial ou industrial

De qualquer sorte, todas as condutas relacionadas no § 1º somente tipificarão a "receptação qualificada" se visarem a proveito próprio ou

alheio, no *exercício de atividade comercial ou industrial,* seja ele regular, irregular ou clandestino. A "fúria" cega as pessoas e embota o raciocínio, dificultando a avaliação adequada do sentido dos termos, expressões ou frases. O desejo de ser mais drástico e mais abrangente, por vezes, pode, ao mesmo tempo, tornar a previsão legal mais restritiva. Foi o que ocorreu nesse caso, pois nada impede que o agente *transporte, conduza, desmonte, monte* ou *remonte* — para ficar somente nas novidades — "coisa que deve saber ser produto de crime", sem fazê-lo, no entanto, "no exercício de atividade comercial ou industrial", regular ou irregular. Tais condutas não se amoldariam à figura da receptação qualificada. Na verdade, no § 2º do art. 180, o legislador traz uma figura de equiparação, ampliando a abrangência do crime próprio contido no § 1º. Incorpora ao conceito de *atividade comercial* "qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência". A pretensão do legislador foi, inquestionavelmente, como reconhece Silva Franco *(Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2, p. 2972), "alargar a incidência da receptação qualificada em relação às atividades de desmanche de veículos, realizadas, não apenas em oficinas registradas, mas também em oficinas de fundo de quintal". Com essa previsão, naquele *crime próprio,* que exige a condição especial de ser *comerciante ou industrial,* alarga-se o tipo para admitir, como sujeito ativo, também aquele que pratica comércio irregular e até clandestino.

Contudo, constata-se, mais uma vez, um lapso do legislador, que, ao ampliar a abrangência desse crime próprio, esqueceu-se de incluir quem exerce atividade industrial irregular ou clandestina, como fizera em relação à atividade comercial (§ 2º). Assim, quem praticar qualquer das condutas descritas no § 1º, no exercício de atividade industrial, mas em caráter irregular ou clandestino, não incorrerá nas sanções da receptação qualificada; se a conduta for uma daquelas contidas no *caput* (receber, transportar, conduzir, ocultar ou influir), poderá responder por *receptação simples*, caso contrário, se praticar qualquer das demais condutas contidas exclusivamente no § 1º, sua atividade será atípica. Mas a previsão legal, tal como é, limita-se ao *exercício de atividade comercial ou industrial* (a atividade comercial, mesmo irregular ou clandestina). Fora dessa hipótese, ou seja, quando o *receptador* não se encontrar no exercício dessas atividades, a *qualificadora* não se tipificará.

10 Tipo subjetivo: adequação típica: dolo direto

A receptação dolosa, segundo a doutrina tradicional, contém duas espécies de dolo: a) o agente *sabe* que é produto de crime; b) *devia saber* que é produto de crime. Dessa distinção, origina-se a diversidade de *elementos subjetivos:* 1ª) (que sabe) ser produto de crime — *dolo direto;* 2ª) (que deve saber) ser produto de crime — *dolo eventual.* Já registramos nosso desapreço por essa concepção, que, a nosso juízo, encontra-se superada. Para analisar o *elemento subjetivo* do crime de receptação dolosa — simples e qualificada —, tivemos de superar, preliminarmente, a divergência sobre o *sentido* e *função* das elementares "sabe" ou "deve saber", contidas no tipo, relativos ao *grau de consciência* sobre o fato de tratar-se de produto de crime. Deixamos claro, no tópico anterior, que não concordamos com a *doutrina tradicional,* que considera referidas elementares indicativas das *espécies de dolo* (direto e eventual).

Segundo a orientação que adotamos, ao contrário do entendimento dominante, nenhuma das *espécies de receptação dolosa* — previstas no *caput* e no § 1º — admite *dolo eventual.* A impossibilidade do dolo indireto não decorre das elementares "sabe" e "deve saber" (que, como demonstramos, são *elementos normativos* indicadores do grau de censura), mas dos próprios verbos nucleares, que, por seus conteúdos semânticos, só aceitam o dolo direto.

Afinal, como destaca Wessels, haverá *dolo eventual* quando o autor não se deixar dissuadir da realização do *fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado* e sua conduta justificar a assertiva de que, em razão do *fim pretendido,* ele se tenha conformado com a produção do resultado ou até concordado com sua ocorrência, em vez de renunciar à prática da ação. Ora, em qualquer das condutas contidas nas duas espécies de receptação dolosa, o agente — independente de saber ou dever saber da origem criminosa da coisa — *quer o resultado* de sua ação, e esse querer, essa vontade livre e consciente, é caracterizadora de *dolo direto* e não de dolo eventual. O "dever saber" não tem o mesmo significado da *assunção do risco da produção do resultado.* O *dolo* será sempre *direto* — tanto na receptação simples quanto na qualificada — e consistirá na *vontade livre e consciente* de praticar quaisquer das condutas descritas nos tipos em exame, isto é, de *receptar* o produto de crime ou *influir* para que terceiro de boa-fé o recepte. Em outros termos, o *receptador,* consciente e voluntariamente,

realiza uma ou mais das condutas proibidas. Age, nessa hipótese, com *dolo direto*, pois a *vontade consciente* do agente é dirigida à realização do fato típico. O objeto do dolo direto são o *fim proposto* (obtenção da coisa, em proveito próprio ou alheio), os *meios escolhidos* (crime de forma livre, qualquer meio que eleger) e os *efeitos colaterais* ou *secundários* (dano ou prejuízo ao proprietário, possuidor ou detentor da coisa) representados como necessários à realização do fim pretendido.

10.1 Em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos

Em relação ao *fim proposto* e aos *meios escolhidos*, o dolo direto é de *primeiro grau*, e, em relação aos *efeitos colaterais*, representados como necessários, o dolo direto é de *segundo grau*. Os efeitos colaterais ou secundários são abrangidos *mediatamente* pela *vontade consciente* do agente, mas é sua produção necessária que os situa, também, como objeto do dolo direto: não é sua relação de *imediatidade*, mas a relação de *necessidade*, que o inclui no dolo direto. Não se pode esquecer que as elementares "sabe" e "deve saber" não se confundem com *dolo*, pois este se compõe de dois elementos, repetindo — *intelectivo* (consciência ou previsão) e *volitivo* (vontade) —, e a ausência de qualquer deles — volitivo ou intelectivo — é suficiente para impedir a configuração dolosa, tanto na forma direta quanto na eventual. Com efeito, a presença, *in concreto*, das elementares "sabe" e "deve saber" significa somente a *atualidade* ou *potencialidade da consciência da ilicitude*, respectivamente, sem qualquer relevância na definição ou constituição da espécie de dolo (direto ou indireto). O dolo deve ser antecedente ou contemporâneo, não se admitindo o *dolo subsequente*. Não há *dolo subsequente* em direito penal. Quem adquire coisa alheia móvel de boa-fé e só posteriormente descobre tratar-se de produto de origem criminosa não pratica o crime de receptação. Poderá, contudo, praticar a receptação se, a partir desse conhecimento, procura ocultar tal aquisição.

Por fim, apenas para afastar alguns pruridos, convém lembrar que o Código Penal brasileiro equipara *dolo direto* e *dolo eventual* quanto a seus efeitos (art. 18, I), nos precisos termos da *Exposição de Motivos*, da lavra do Ministro Francisco Campos, *in verbis:* "O *dolo eventual* é, assim, plenamente equiparado ao *dolo direto*. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu

advento". Até porque a *consciência* e a *vontade*, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no *dolo eventual*. Para que este se configure é insuficiente a mera *ciência da probabilidade do resultado* ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentam os defensores da *teoria da probabilidade*. É indispensável determinada *relação de vontade* entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa.

10.2 Elemento subjetivo especial do injusto: em proveito próprio ou alheio

Exige-se, ademais, o *elemento subjetivo especial do tipo*, constituído pelo *fim* especial de *obter vantagem, em proveito próprio ou alheio*. Pois é exatamente *esse fim especial* que distingue a receptação do crime de favorecimento real (art. 349). Convém destacar que esse fim especial, configurador do elemento subjetivo do injusto, não precisa concretizar-se, sendo suficiente que exista na mente do sujeito ativo e que tenha sido a mola propulsora de sua ação delitiva. Esse especial fim de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo penal, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado criminoso. A finalidade especial do agir que integra determinadas definições delituosas, como é o caso da receptação dolosa, condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo especial do crime, de forma autônoma e independente do dolo.

11 Receptação culposa: metodologia diferenciada

O legislador penal de 1940, além de dominar uma técnica legislativa invejável, sempre primou pela harmonia sistemática e pela estrutura metodológica. Tal qualidade do então legislador não impediu que, aqui ou acolá, fugisse de seus cuidados pragmáticos e metodológicos, dificultando, por vezes, a própria interpretação de alguns preceitos consagrados pelo diploma penal que elaborou. Essa situação excepcional também se faz presente na disciplina do crime de receptação, particularmente na definição de sua modalidade culposa, fugindo completamente à tradição e ao método adotado na definição dos crimes culposos.

Com efeito, na Parte Geral do Código, quando tratou de definições,

afirmou que se diz do crime “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18, II). Posteriormente, na Parte Especial, quando admite, pelo princípio da excepcionalidade, a infração penal em sua modalidade culposa (art. 18, parágrafo único), adota uma fórmula simples, repetidamente: *se o homicídio é culposo* (art. 121, § 3º); *se a lesão é culposa* (art. 129, § 6º); *se culposo o incêndio...* (art. 250, § 2º); *se o crime é culposo* (art. 270, § 2º); *se o crime é culposo* (art. 272, § 2º); *se o crime é culposo* (art. 273, § 2º); *se o crime é culposo* (art. 278, § 2º); *se o crime é culposo* (art. 280, § 2º). Essa é a regra, mantida ao longo de todo o Código, com variação mínima, servindo-se sempre do conceito que emitiu lá na Parte Geral. Afinal, surpreendentemente, no crime de receptação, o legislador mudou o método tradicional, afastou a técnica até então adotada e emitiu a seguinte definição de receptação culposa: *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* (§ 3º).

O primeiro questionamento a fazer é: afinal, nesta metodologia de definição, o legislador teria abandonado a concepção de *crime culposo* que orientou basicamente todas as tipificações da modalidade culposa? Aqueles *princípios orientadores do crime culposo* devem ser aplicados nessa definição de receptação culposa? Todos esses aspectos exigem alguma consideração crítico-dogmática, que fizemos em nosso Tratado.

11.1 Devem-se observar os postulados fundamentais do crime culposo

Na verdade, mesmo nessa *definição assistemática* da receptação culposa, é impossível ignorar os postulados fundamentais do crime culposo. Assim, recomendamos que se adote inclusive a definição emitida pelo legislador, na Parte Geral do Código Penal (art. 18, II), bem como as modalidades de culpa, excluindo-se apenas a *imperícia*, ante a impossibilidade prática de sua ocorrência. Na realidade, os *indícios específicos de culpa* relacionados pelo legislador demonstram a necessidade de cautela nas operações mencionadas. Esses indícios são os seguintes: a) *natureza da coisa;* b) *desproporção entre o valor e o preço;* c) *condição de quem oferece.* Esses três requisitos exigem atenção do adquirente, cuja desconsideração ou má avaliação pode levar à *presunção* de culpa. A *inobservância* desses requisitos representa, na realidade, a *imprudência* ou *negligência* do agente.

Com efeito, a *observância do dever objetivo de cuidado,* isto é, a *diligência devida*, constitui o elemento fundamental do *tipo de injusto culposo,* cuja análise constitui questão preliminar no exame da culpa. Na dúvida, no exame daqueles *indícios*, impõe-se o dever de abster-se da realização da conduta, pois quem se arrisca, nessa hipótese, age com *imprudência,* e, sobrevindo um resultado típico, torna-se autor de um crime culposo, no caso, de *receptação culposa.*

11.2 Indícios de natureza objetiva que exigem observação criteriosa

Os *indícios* relacionados no § 1º são de *natureza objetiva.* É indispensável que se examine se havia contraindícios razoáveis ou se o agente incidiu em erro invencível. Por isso, é indispensável investigar o que teria sido, *in concreto*, para o agente o *dever de cuidado.* E, como segunda indagação, deve-se questionar se a ação do agente correspondeu a esse comportamento "adequado". Somente nessa segunda hipótese, quando negativa, surge a *reprovabilidade da conduta.* A análise dessas questões deve ser extremamente criteriosa, na medida em que a aparente falta de cautela, por si só, não implica necessariamente a violação do dever objetivo de cuidado, pois o agente pode ter fundadas razões para não duvidar da legitimidade da origem da coisa, ainda que, a final, se comprove sua origem criminosa. Nesses casos, a conduta é atípica.

12 Autonomia da receptação: independência relativa

A autonomia da receptação em relação ao crime precedente consolidou-se, na doutrina, no alvorecer do século XIX, e seus antecedentes políticofilosóficos podem ser creditados a Carpsóvio (século XVII). A partir desse período a *receptação* passou a ter como pressuposto não apenas um crime especificamente contra o patrimônio, mas qualquer crime que pudesse, indevidamente, acarretar vantagem patrimonial em prol do agente. No direito codificado, contudo, coube a Feuerbach introduzi-la no Código bávaro de 1813, do qual foi o autor intelectual. Afastou-se, a partir de então, o superado entendimento segundo o qual a *receptação* era uma forma de *cumplicidade*, ante o paradoxo de admitir-se a *participação* em um crime já *consumado.* O Código Penal brasileiro de 1940, embora a inclua entre os crimes patrimoniais, não se encontra vinculado exclusivamente a

eles: pode ser pressuposto da receptação todo e qualquer crime que possa proporcionar a seu autor algum proveito econômico, e que possa ser consolidado ou garantido, com *animus lucrandi*, pelo receptador.

12.1 Crime acessório, como autonomia relativa

A receptação, pode-se admitir, é um *crime acessório*, consequente, ou, se se preferir, parasitário de outro crime. Aliás, em sua tipificação legal consta a *elementar* "coisa... produto de crime", significando que, necessariamente, a receptação deve ser precedida de outro crime. Na verdade, embora, por disposição legal, seja irrelevante a identidade ou responsabilidade penal do autor do fato criminoso anterior, é indispensável que se comprove a *existência material do crime* de que proveio a coisa que se diz receptada. Com efeito, como afirma o § 4º, a *receptação* é punível mesmo que seja *desconhecido* ou *isento de pena* o autor do crime anterior, bastando a *certeza* de que a *coisa é produto de crime.* A inexistência de condenação do crime precedente é irrelevante, sendo suficiente a comprovação de sua existência, algo que pode ser feito no próprio processo que investiga a receptação.

Nesse sentido, sobre a necessidade de comprovação da existência efetiva do crime precedente, pode-se afirmar que a independência ou *autonomia* da receptação é *relativa*, isto é, ela não existe por si só, sendo fruto de uma infração penal, com a qual está ontologicamente vinculada. Assim, a mencionada autonomia da receptação repousa tão somente em sua punibilidade, que é absolutamente independente da punibilidade do crime precedente, e não em sua configuração típica, que, ontologicamente, deve estar vinculada a outra infração penal precedente. A *extinção da punibilidade* do crime (art. 108 do CP) do qual proveio a coisa objeto de receptação ou a ausência de investigação ou processo criminal é indiferente para a punibilidade da receptação.

13 "Autor de crime": a culpabilidade não é mero pressuposto da pena

A redação do § 4º, prevendo a punibilidade da receptação mesmo que "desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa", foi objeto de grande debate na doutrina nacional. A corrente capitaneada por Damásio de Jesus *(Direito Penal*, v. 2, p. 451-3) tem sustentado que o

crime é a *ação típica e antijurídica,* sendo a culpabilidade mero pressuposto da pena, e que, ademais, com essa redação do § 4º, o Código Penal estaria adotando o mesmo entendimento. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são *predicados* de um *substantivo,* que é a *conduta humana* definida como crime. Não nos convence o entendimento, que até pouco tempo foi dominante na doutrina brasileira, segundo o qual a *culpabilidade*, no atual estágio, deve ser tratada como *mero pressuposto da pena,* e não mais como integrante da teoria do delito. Assumindo essa orientação, Damásio de Jesus, pioneiramente, passou a definir o *crime* como *a ação típica e antijurídica,* admitindo a *culpabilidade somente* como *mero pressuposto da pena.*

Aliás, nesse sentido, o saudoso Heleno Fragoso *(Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 216), depois de afirmar que "crime é o conjunto dos pressupostos da pena", esclarecia: "Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável...". Rosenfeld, em sua crítica contundente à *teoria normativa,* afirmou que a culpabilidade de um homem não pode residir na cabeça dos outros. Mezger, respondendo a essa objeção de Rosenfeld, reconhece que "O juízo pelo qual se afirma que o autor de uma ação típica e antijurídica praticou-a culpavelmente refere-se, na verdade, a uma determinada situação fática da culpabilidade, que existe no sujeito, mas valoriza-se ao mesmo tempo esta situação considerando-a como um processo reprovável ao agente. Somente através desse juízo valorativo de quem julga se eleva a realidade de fato psicológica ao conceito de culpabilidade". *O juízo de censura* não recai somente sobre o agente, mas, especial e necessariamente, sobre a *ação* por este praticada.

Por derradeiro, para não deixar dúvida sobre a natureza e a localização da culpabilidade, defendida por Welzel *(El nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 79), invocamos as próprias palavras deste sobre sua concepção de delito: "O conceito da culpabilidade acrescenta ao da ação antijurídica — tanto de uma ação dolosa quanto de uma não dolosa — um novo elemento, que é o que a converte em delito".

13.1 Fundamento dessa política criminal do Código Penal de 1940

Não impressiona o argumento de que o Código Penal brasileiro *admite a*

punibilidade da receptação mesmo quando "desconhecido ou *isento de pena* o autor do crime de que proveio a coisa" e que, como a *receptação* pressupõe que o objeto receptado seja *produto de crime,* o legislador de 1940 estaria admitindo *crime sem culpabilidade.* Convém registrar que em 1942, quando nosso Código entrou em vigor, ainda não se haviam propagado as ideias do *finalismo welzeliano,* que apenas se iniciava. Ao contrário do que se imagina, essa *política criminal* adotada pelo Código de 1940 tem outros fundamentos: 1º) de um lado, representa a adoção dos postulados da *teoria da acessoriedade limitada,* que também foi adotada pelo direito penal alemão em 1943, segundo a qual, para punir o *partícipe,* é suficiente que a ação praticada pelo autor principal seja *típica* e *antijurídica,* sendo indiferente sua *culpabilidade;* 2º) de outro lado, representa a consagração da *prevenção,* na medida em que pior que o ladrão é o *receptador,* pois a ausência deste enfraquece o estímulo daquele; 3º) finalmente, o fato de o nosso Código prever a possibilidade de punição do receptador, mesmo que o autor do crime anterior seja *isento de pena,* não quer dizer que esteja se referindo, *ipso facto,* 'ao inimputável. O *agente imputável,* por inúmeras razões, por exemplo, coação moral irresistível, erro de proibição, erro provocado por terceiro, pode ser *isento de pena.*

Concluímos com a afirmação irrefutável de Cerezo Mir *(Curso de Derecho Penal espãnol,* Madrid, Tecnos, 1985, p. 267): "Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável".

14 Perdão judicial (§ 5º, 1ª parte)

Na *receptação culposa,* sendo o acusado *primário,* e considerando as *circunstâncias,* pode ser concedido *o perdão judicial* (§ 5º, 1ª parte). Nas circunstâncias a que se refere referido parágrafo, além da primariedade, deve ser considerada a *culpa levíssima* e o *pequeno prejuízo causado. Perdão judicial* é o instituto por meio do qual a lei possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena diante da existência de circunstâncias expressamente determinadas (exs.: arts. 121, § 5º; 129, § 8º; 140, § 1º, I e II; 180, § 5º, 1ª parte; 240, § 4º, I e II; 242, parágrafo único; 249, § 2º). Na legislação especial também se encontram algumas hipóteses de perdão judicial.

14.1 Direito público subjetivo de liberdade

Embora algumas opiniões concebam o *perdão judicial* como mero benefício ou favor do juiz, entendemos que se trata de *direito público subjetivo de liberdade* do indivíduo, a partir do momento em que preenche os requisitos legais. Como dizia Frederico Marques, os benefícios são também direitos, pois o campo do *status libertatis* se vê ampliado por eles, de modo que, satisfeitos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los. Ademais, é inconcebível que uma causa extintiva de punibilidade fique relegada ao *puro arbítrio judicial*. Deverá, contudo, ser negado quando o réu não preencher os requisitos exigidos pela lei.

Enfim, se, ao analisar o contexto probatório, o juiz reconhecer que os requisitos exigidos estão preenchidos, não poderá deixar de conceder o perdão judicial por mero capricho ou qualquer razão desvinculada do referido instituto. Para afastar a desinteligência das diversas interpretações que existiam sobre a *natureza jurídica da sentença* que concede o perdão judicial, a reforma penal de 1984 incluiu-o entre as causas extintivas de punibilidade e explicitou na *Exposição de Motivos* (n. 98) que a sentença que o concede não produz efeitos de sentença condenatória. O acerto da inclusão do perdão judicial no art. 107, IX, não se repetiu ao tentar reforçar no art. 120 a natureza da sentença concessiva, propiciando a sobrevivência do equivocado entendimento de que se trata de sentença condenatória, que somente livra o réu da pena e do pressuposto da reincidência. A nosso juízo, referida sentença é, simplesmente, *extintiva da punibilidade,* sem qualquer efeito penal, principal ou secundário.

15 Receptação privilegiada (§ 5º, 2ª parte)

Na receptação dolosa é admissível o tratamento previsto para o *furto privilegiado* (art. 155, § 2º): a *primariedade* e o *pequeno valor* da coisa produto de crime permitem substituir a pena de reclusão por detenção, reduzi-la de um a dois terços ou aplicar somente multa. A "privilegiadora", presentes os requisitos legais, aplica-se a qualquer das espécies de receptação própria ou imprópria. Com efeito, o § 2º do art. 155 prevê a possibilidade de se reduzir a sanção cominada para o crime de furto, quando se tratar de réu "primário e de pequeno valor a coisa subtraída". Em outros termos, o pequeno desvalor do resultado e a *primariedade* do agente recomendam menor reprovação deste, determinando, em obediência ao princípio da *proporcionalidade,* a redução da sanção para adequá-la a

menor gravidade do fato.

15.1 Primariedade do acusado

A *primariedade,* como primeiro requisito necessário para a configuração da *minorante,* embora encerre um conceito negativo, não se confunde com *não reincidência,* especialmente a partir da reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209), que introduziu um novo conceito, qual seja, "não reincidente". Assim, a Parte Geral do Código adota um critério distinto da Parte Especial: trabalha com os conceitos "reincidente" e "não reincidente", enquanto a Parte Especial utiliza os conceitos "reincidente" e "primário". Anteriormente, reincidente e primário constituíam definições excludentes: ou uma ou outra, tanto que se adotava o seguinte conceito: "primário é o não reincidente".

15.2 Coisa de pequeno valor

O segundo requisito legal é que se trate de "coisa de pequeno valor", definição que está longe de ser pacífica quer na doutrina, quer na jurisprudência. Como *elemento normativo do tipo,* para interpretá-lo adequadamente, dever-se-á ter em consideração as peculiaridades e as circunstâncias pessoais e locais de onde o fato é praticado. Na seara tributária, a própria Receita Federal encarregou-se de estabelecer valores muito superiores, para os quais não admite a execução fiscal (no momento, fixado em R$ 2.500,00). Diante desse entendimento da Receita, é natural que se considere, nos crimes fiscais ou tributários, não apenas "pequeno valor", mas valor insignificante, para excluir a própria tipicidade da conduta, segundo o princípio da insignificância.

16 Receptação majorada (§ 6º)

Na receptação dolosa, quando o objeto material constituir-se de "bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista", justificará a majoração da reprovação penal. Em razão da natureza dos bens, pertencentes ao Estado, agrava-se exageradamente a pena. Elevou-se o mínimo de um para dois anos de reclusão. Aliás, essa excessiva e injustificável exasperação penal já era censurada pelo saudoso Hungria *(Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 311 e 316), que, referindo-se à

equivocada redação original do Código de 1940, destacava: "Em código algum figura a receptação com pena aprioristicamente mais grave do que a daqueles de que pode provir", e prosseguia: "No direito brasileiro, a tradição constante foi no sentido da menor punibilidade da receptação, em confronto com o crime de que deriva".

17 Pena e ação penal

Na *receptação dolosa* simples, as sanções penais são cumulativas: reclusão, de um a quatro anos, e multa; na *qualificada*, reclusão, de três a oito anos, e multa; na *culposa,* detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas (pode ser alternativa ou cumulativa), além de admitir-se o privilégio do art. 155, § 2º, se o réu for primário e as circunstâncias recomendarem; na *majorada,* a pena do *caput* pode ser duplicada (Lei n. 9.426/96). A *ação penal é* pública incondicionada, ressalvadas as hipóteses do art. 182 do Código Penal.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Comete o delito previsto no art. 180, *caput*, do CP, o agente que conduz objetos que sabia ser produto de crime" (TJRS, Apelação 70022405575, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6-3-2008).

"Não se discute que, para a caracterização do delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, é indispensável que o agente tenha prévia ciência da origem criminosa do objeto. Contudo, tendo em vista que se trata de um comportamento subjetivo, a prova, neste caso, é sutil e difícil. Assim, torna-se importante a verificação dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a conduta do agente. Ora, não deixa de ser evidente, e desta forma induvidoso, que o apelante sabia da origem ilícita das motocicletas. Não só não trouxe qualquer fato em sentido contrário (afinal, foram encontrados três veículos em sua residência e que ali apareceram da noite para o dia sem qualquer justificativa plausível), como, demonstrando culpa, tentou fugir com a aproximação dos policiais" (TJRS, Apelação 70022951388, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 6-3-2008).

"Crime de extorsão. Desclassificação para receptação dolosa. Possibilidade. Os recorrentes cometeram o crime de receptação dolosa e não o de extorsão. Ocorre que não existe dúvida sobre o cometimento do delito do art. 180 do Código Penal, porque eles, apelantes, tinham a posse da motocicleta da vítima. E não se pode falar em ausência de conhecimento da origem ilícita daquele objeto, pois exigiam dinheiro, para devolvê-lo. Esta atitude só faz sentido com o reconhecimento que eles, apelantes, sabiam do fato criminoso antecedente e procuravam tirar vantagem da situação. Por outro lado, a ação posterior de exigir dinheiro para a devolução do veículo não caracterizou a extorsão por falta de idoneidade da ameaça. Afinal, a ameaça configuradora da extorsão é aquela capaz de criar no espírito do lesado fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral, injusto ou não, à sua pessoa, ou à pessoa que lhe seja particularmente cara. Ora, por mais valioso

que considerasse a vítima a sua motocicleta, não se crê que se sentisse coagida a praticar, ela ou algum familiar, ato pessoalmente constrangedor, para reaver o veículo. A exigência do pagamento de quinhentos reais não se enquadra na hipótese em questão e nem no conceito de ameaça fornecido pela jurisprudência e referido acima" (TJRS, Apelação 70022607667, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 28-2-2008).

"Art. 180, § 3º, do Código Penal. Receptação culposa. A condição de quem ofereceu a mercadoria e, a flagrante desproporção entre valor (R$ 965,00) e preço pago (R$ 100,00), permitiam ao acusado, ainda que seja pessoa pobre e de reduzida instrução, presumir a origem ilícita do bem" (TJRS, Recurso Crime 71001538172, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 11-2-2008).

"O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou sua jurisprudência no sentido de que 'talonário de cheques e cartão de crédito não podem ser objeto de receptação, por não possuírem, em si, o valor econômico indispensável à caracterização de crime contra o Patrimônio' (REsp 256.160/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, *DJ* de 15-4-2002). Precedentes" (STJ, HC 86.267/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4-10-2007).

"Segundo orientação pacífica desta Corte, não tem fundamento a alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 180 do Código Penal, porquanto ele descreve conduta apurável em tipo penalmente relevante" (STJ, HC 49.444/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 5-6-2007).

"Receptação dolosa. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Crimes de espécies diferentes. Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, eis que, não sendo da mesma espécie, possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes" (STJ, REsp 899.003/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-5-2007).

"Não se admite a aplicação da pena prevista para a receptação simples (art. 180, *caput*, CP) ao réu condenado pela prática do delito de receptação qualificada (art. 180, § 1º, CP). A pena mais severa cominada à forma qualificada do delito se justifica pela maior gravidade e reprovabilidade da conduta, uma vez que praticada no exercício de atividade comercial ou industrial (Precedentes)" (STJ, REsp 847.826/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 21-11-2006).

"Sendo o exercício de atividade comercial circunstância elementar do tipo da receptação qualificada, tal circunstância, apesar de ser de caráter pessoal, comunica-se a todos os réus. Nos termos do art. 30 do Código Penal" (STJ, REsp 738.550/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14-11-2006).

"A aplicação do art. 180, § 1º, do Código Penal, introduzido pela Lei n. 9.426/96, não ofende o princípio da proporcionalidade, tendo em vista o intuito legislativo de apenar mais gravemente a conduta dolosa de agentes que atuam no exercício de atividade comercial ou industrial" (STJ, REsp 800.799/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19-9-2006).

Capítulo VIII - Disposições Gerais

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.

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.

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.

— Inciso III acrescentado pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Napoleônico de 1810 não se afastou da orientação romana, admitindo a impunidade para o crime de furto, desde que cometido entre cônjuges, ascendentes e descendentes. Os dois Códigos Penais brasileiros do século XIX (1830 e 1890) previam a impunidade para os crimes de furto praticados entre parentes. O atual Código Penal brasileiro (1940) adotou a mesma orientação, seguindo a filosofia romana. Prioriza a harmonia e a integridade dos laços familiares, assegurando a imunidade, absoluta ou relativa, de acordo com o nível de parentesco entre autor e vítima, disciplinada nos arts. 181 e 182.

2 Repercussão do Estatuto do Idoso nos crimes patrimoniais

Quando tratou dos crimes em espécie praticados contra quem o

legislador conceituou como *idoso* (pessoa com idade igual ou superior a 60 anos de idade), o estatuto determinou que referidas infrações penais são de *ação pública incondicionada*, "não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal" (art. 95). Embora, com algum esforço, se possa compreender a boa intenção do legislador, e especialmente tentando salvar aquela superada máxima de que *a lei não tem palavras inúteis*, concretamente, pode-se afirmar que não apenas as palavras são inúteis como toda a previsão relativa aos dois artigos mencionados é absolutamente desnecessária e supérflua. Com efeito, suprimindo-se essa previsão legal (art. 95), a situação continua exatamente a mesma, ou seja, aquelas prescrições dos arts. 181 e 182 do Código Penal não se aplicam aos crimes tipificados no Estatuto do Idoso. Na verdade, a nenhum outro crime, de natureza patrimonial ou não, aplica-se o disposto nos indigitados arts. 181 e 182 do CP.

2.1 Ampliação das imunidades relativas aos crimes patrimoniais

Por outro lado, o mesmo Estatuto do Idoso, no seu art. 110, amplia as causas excludentes daquelas imunidades dos crimes contra o patrimônio, incluindo um terceiro inciso no art. 183 do CP, com a seguinte redação: "se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos". Com essa previsão legal, é irrelevante que o crime patrimonial seja praticado contra cônjuge, ascendente ou descendente, se o ofendido tiver idade igual ou superior a sessenta anos. A despeito de pretender proteger o "idoso", a nosso juízo, é discriminatório taxar de "idoso" pessoa com sessenta anos de idade, especialmente quando a ciência tem comprovado o grande aumento da longevidade neste início de milênio. Com efeito, muitas pessoas, na faixa dos sessenta anos, não deixarão de se sentir, de certa forma, discriminadas, ao serem, por determinação legal, consideradas "idosas".

3 Imunidade penal absoluta

Trata-se de *causas pessoais* de exclusão de pena *(escusas absolutórias)*, que funcionam, segundo Heleno Fragoso *(Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 562), como condições negativas de punibilidade do crime. O fundamento que os romanos já utilizavam continua a justificar a política criminal adotada pelo legislador de 1940, ou seja, o Estado prefere renunciar ao *ius*

puniendi para preservar a paz social, por razões de política criminal. O fato não perde sua *ilicitude*, sendo puníveis, por essa razão, eventuais estranhos que dele participarem.

3.1 As escusas absolutórias não excluem o crime: impedem a aplicação da pena

A *escusa absolutória pessoal* não exclui o crime: impede somente a aplicação de pena às pessoas relacionadas no dispositivo (art. 181):

a) *Cônjuge, na constância da sociedade conjugal* — A primeira hipótese destina-se somente aos cônjuges na constância da sociedade conjugal, excluindo-se o concubinato, companheirismo, casamento religioso, sem efeitos civis, a união estável, bem como os cônjuges separados ou divorciados. A vigência do casamento é considerada ao tempo do crime e não ao tempo em que instaurada a ação penal ou julgada em primeiro ou segundo grau.

O casamento posterior ao fato não tem efeito extintivo da punibilidade, como ocorria nos crimes sexuais, antes da alteração procedida pela Lei n. 11.106/2005. Pela mesma razão, é irrelevante que, após o fato delituoso, sobrevenha separação judicial ou divórcio: a imunidade judicial persistirá, porque ao tempo do fato havia a causa extintiva. No mesmo sentido, a eventual anulação do matrimônio, independentemente da causa, não retroagirá para o fim de afastar a impunidade, salvo se ficar comprovada a má-fé do sujeito ativo.

b) *Ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural* — Esta segunda hipótese dirige-se aos crimes praticados por *ascendente* contra *descendente* e vice-versa, seja qual for a natureza do parentesco (civil, natural, legítimo ou ilegítimo). Ascendentes e descendentes são os parentes vinculados uns aos outros em linha reta, tais como bisavô, avô, pai, filho, neto, bisneto etc. Para se admitir a imunidade, nessa linha, não há grau de limitação. Pela previsão do Código Penal, admitindo a relação de parentesco, civil ou natural, já estaria incluída a filiação adulterina e incestuosa. Pelo Texto Constitucional de 1988, essa orientação foi reforçada, ficando absolutamente proibida qualquer discriminação relativa à filiação: “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” (art. 227, § 6º, da CF). O “parentesco afim”, como sogro, nora e genro, não é

alcançado pela imunidade penal, independentemente das equiparações procedidas pelo direito civil.

4 Imunidade relativa: condição de procedibilidade

No art. 182 o Código Penal trata das chamadas *imunidades relativas*, que não afastam a punibilidade do fato praticado, mas criam determinado obstáculo ao exercício da ação penal. Nas hipóteses relacionadas nesse dispositivo legal, a autoridade pública (autoridade policial ou Ministério Público) de uma *condição de procedibilidade* — representação do ofendido — para instaurar a ação penal. Na verdade, não se trata de *imunidade*, absoluta ou relativa, mas simplesmente de alteração da *espécie de ação penal*, condicionada à *representação* do ofendido, desde que o crime patrimonial tenha sido praticado em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; irmão, legítimo ou ilegítimo; tio ou sobrinho com quem o agente coabita. Convém registrar, para evitar equívocos, que os crimes de exclusiva iniciativa privada não são abrangidos pelo disposto no artigo em exame, que se restringe aos crimes de ação pública, pois naqueles a iniciativa da ação penal já depende da vontade exclusiva da vítima.

4.1 Hipóteses de imunidades relativas

As hipóteses destacadas são as seguintes:

a) *Cônjuge desquitado ou judicialmente separado* — Embora o texto legal utilize a terminologia “desquitado”, deve-se dar-lhe interpretação contextualizada, uma vez que desde 1977 o *desquite* foi substituído pela separação judicial e pelo divórcio. Assim, essa *condição de procedibilidade é* exigida quando o crime patrimonial for praticado por ex-cônjuges, um contra o outro, que se encontrem separados ou divorciados. A *separação de fato* está excluída dessa relação, pois, nessa hipótese, estará configurada a *imunidade absoluta* disciplinada no art. 181, na medida em que a separação de fato não rompe, juridicamente, o vínculo matrimonial.

b) *Irmão, legítimo ou ilegítimo* — É indiferente que se trate de irmãos bilaterais (germanos) ou unilaterais. Se o dano for além do irmão, atingindo também algum estranho, desaparecerá a condição de procedibilidade, mantendo a ação penal sua natureza jurídica normal de pública incondicionada.

c) *Tio ou sobrinho com quem o agente coabita* — Tio e sobrinho são

parentes em *linha colateral,* ao contrário de ascendente e descendente, que o são em linha reta, *ad infinitum.* A exigência legal para condicionar a ação penal à representação do ofendido, nessa hipótese, é de que vítima e infrator *coabitem* sob o mesmo teto, com *animus* duradouro, sendo insuficientes algumas passagens esporádicas. *Coabitar* é morar junto, na mesma casa, sob o mesmo teto. Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 533) destacava que "coabitação é qualidade que a lei requer entre os parentes; devem ser coabitantes, nada importando, todavia, que o crime se dê fora da residência comum, como quando, por exemplo, se acham em viagem, em cidade diferente daquela onde têm coabitação". É necessário, segundo se presume do texto legal, que vítima e infrator convivam no momento do crime. A *coabitação anterior* ou posterior ao fato é indiferente para configurar a coabitação exigida.

5 Exclusão de imunidade ou privilégio

A imunidade (art. 181) e a condição de procedibilidade (art. 182) são afastadas em determinadas circunstâncias, que o legislador houve por bem especificar no texto legal (art. 183). Assim, a isenção prevista no art. 181, que é absoluta, não se aplica quando o crime for de *roubo* ou *extorsão,* quando houver emprego de violência a pessoa ou grave ameaça ou quando a vítima for maior de sessenta anos. Nas mesmas circunstâncias, também é afastado o privilégio estabelecido no art. 182 quanto à necessidade de representação.

Nas hipóteses de crime de *roubo* ou *extorsão,* ou quando, de qualquer forma, haja emprego de violência ou grave ameaça, não se justificam *os favores* concedidos pela lei. De forma genérica, pode-se afirmar: os "benefícios" ora em exame somente se aplicam às hipóteses de crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

5.1 Concurso eventual de estranhos: coautoria ou participação

O concurso eventual de pessoas (art. 29) pode ocorrer em qualquer espécie de crime, com ou sem responsabilidade penal de um ou mais intervenientes. Por outro lado, no *concursus delinquentium* as circunstâncias de *caráter pessoal* somente se comunicam quando forem *elementares do crime* (art. 30). As condições ou *estado das pessoas* relacionadas nos arts. 181 e 182 não são *elementos constitutivos* dos crimes

patrimoniais de que tratam. Por essa razão, de forma simplificada, pode-se afirmar que as "imunidades" previstas nesses dois dispositivos não se comunicam ao estranho que, eventualmente, *participe* da prática dos crimes, de acordo com a regra geral estabelecida pelo art. 30, antes referido. No entanto, o próprio legislador preocupou-se em espancar qualquer dúvida interpretativa possível e dispôs, expressamente, que a impunibilidade ou punibilidade relativa não se estende ao estranho.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Art. 181

"É aplicável aos atos infracionais as escusas absolutórias previstas no art. 181 do Código Penal. O tratamento dispensado aos adolescentes não pode ser mais rigoroso do que aquele conferido aos adultos. Subtração de bens da sua própria mãe" (TJRS, Apelação Cível 70021736236, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. 8-11-2007).

"Crimes contra o patrimônio. Infração do art. 168, § 1º, II c/c o art. 299, ambos do CP cometido em detrimento de descendentes. Pretensão de trancamento da ação penal por falta de justa causa. Alegação de incidência, na espécie, da escusa absolutória do art. 181, inciso II, do Código Penal. Pleito prematuro. Delitos ainda não confessados nem assumidos. Inexistência de óbice a que, *oportuno tempore*, seja reconhecida a incidência da escusa absolutória em tela. Desnecessidade de se trancar a ação penal respectiva" (STJ, HC 35.050/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 7-4-2005).

Art. 182

"O crime previsto no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal é de ação penal pública incondicionada, sendo improcedente, portanto, a alegação de extinção da punibilidade pela decadência do direito de representação (Precedentes)" (STJ, RHC 17.340/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28-6-2005).

"Inexistindo hipótese de causa prevista no art. 182, e incisos, do Código Penal, a exigência de representação carece de fundamento" (STJ, RHC 16.397/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 26-10-2004).

Art. 183

"A Lei n. 10.741/03 — *Estatuto do Idoso* — deu nova redação ao art. 183 do CP, acrescentando o inciso III, que afasta a imunidade absoluta, prevista no art. 181 do mesmo *codex*, quando a vítima tiver idade igual ou superior a 60 anos. Na espécie, na data de 9-3-2005, o agente furtou da residência de sua avó um televisor 20 polegadas. Denúncia rejeitada, porque, incidindo a escusa absolutória do art. 181 do CP, o juiz considerou extinta a punibilidade. A vítima, entretanto, à época dos fatos, contava com 68 anos de idade, incidindo, dessa forma, o inciso III do art. 183 do CP. A data de nascimento da ofendida – 9-4-1936 — consta na ocorrência policial e na sua qualificação quando das declarações prestadas perante a autoridade policial. A exigência de que a Certidão de Nascimento acompanhasse a denúncia, representa formalismo excessivo, sendo que a própria defesa, além de não tecer alegações contrárias, concordou com possível juízo de retratação" (TJRS, RESE 70015223381, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 13-9-2006).

Título III - Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial

Capítulo I - Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual

Violação de direito autoral

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

— V. art. 12 da Lei n. 9.609/88 (proteção da propriedade intelectual de programa de computador).

Pena — detenção, de 3 (três) meses a l (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

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

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 10.695, de 1º de julho de 2003.

— V. art. 91 do CP.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A violação de direito autoral não era objeto de disciplina nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas. O Código Criminal de 1830 criminalizava a violação de direitos autorais como uma forma *sui generis* do crime de furto (art. 261). O Código Penal de 1890, por sua vez, ampliou a proteção penal da violação dos direitos autorais, fazendo-o em vários dispositivos. O legislador de 1940 procurou sintetizar as previsões do diploma anterior.

Finalmente, o *caput* do art. 184 recebeu a redação dada pela Lei n. 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e os §§ 1º e 2º receberam a redação da Lei n. 8.635, de 16 de março de 1993, que acrescentou o § 3º, cuja vigência durou até julho de 2003, com o advento da Lei n. 10.695/2003.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o *direito autoral*, que, na verdade, constitui um complexo de direitos — morais ou patrimoniais — nascidos com a criação da obra. Em outros termos, o objeto jurídico da proteção penal é a *propriedade intelectual*. Os direitos autorais abrangem os direitos de autor e os direitos que lhe são conexos.

Direitos conexos aos do autor são os relativos à interpretação e à execução da obra por seu criador, considerando-se como tais a gravação, reprodução, transmissão, retransmissão, representação ou qualquer outra modalidade de comunicação ao público. O *direito de arena* também constitui um direito conexo ao do autor. A locução “violar direitos do autor” adquiriu a abrangência ampliada para significar violação de todo e qualquer

direito autoral, inclusive aqueles denominados conexos. Os direitos de autor nascem com a criação e utilização econômica de obra (intelectual, artística, estética, científica, literária, escultural ou cultural) e decorrem do próprio ato de criação; podem ser morais e patrimoniais.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem nenhuma condição especial. Nada impede que ocorram as figuras da coautoria e da participação, desde que presente o elemento subjetivo do crime.

Sujeito passivo somente pode ser o titular do direito autoral, isto é, o criador de obra intelectual, que pode ser literária, científica ou artística, ou, na ausência do criador, seus herdeiros ou sucessores. Em verdade, os direitos do autor podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, ressalvados aqueles de natureza personalíssima, como o de proceder a modificações na obra.

A pessoa jurídica, de direito público ou privado, também pode ser *sujeito passivo* desse crime. Quando for pessoa jurídica de direito público, a ação penal será pública incondicionada.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A violação dos direitos de autor pode concretizar-se de formas variadas, tais como a reprodução gráfica da obra original, ou comercialização de obras originais, sem autorização do autor ou seu representante legal. A ação delituosa consiste em *violar direito de autor ou os que lhe são conexos.* Violar significa transgredir, falsificar ou ofender o direito do autor. A lei penal não define o que é *direito de autor* ou direito autoral. Essa definição deve ser buscada na lei civil (9.610/98), caracterizando-se, pois, como *norma penal em branco.* O direito autoral surge com a criação de obra original, independentemente de qualquer formalidade ou registro.

Direito autoral consiste nos benefícios, vantagens, prerrogativas e direitos patrimoniais, morais e econômicos provenientes de criações artísticas, científicas, literárias e profissionais de seu criador, inventor ou autor. Direito autoral, enfim, na definição de Álvaro Mayrink da Costa (*Direito Penal*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p.670-1) “engloba o direito de autor e os chamados direitos conexos do direito de autor (direitos dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos

organismos de radiodifusão), disciplina a atribuição de direitos relativos às obras literárias, científicas e artísticas". Essa abrangência é favorecida pela nova definição legal que incluiu os direitos conexos aos de autor. *Violar* direito autoral significa infringir, ofender, transgredir direitos do autor (que podem ser morais, patrimoniais ou econômicos) e os que lhes são *conexos*.

4.1 Inovações da Lei n. 10.695/2003

A redação anterior punia a *violação de direito de autor* que não tivesse o intuito de obtenção de lucro, mantida nesse particular. A nova redação incluiu no *caput* a violação de *direitos conexos* aos de autor. As alterações produzidas pela Lei n. 10.695/2003, com efeito, incluíram nesse tipo penal os "direitos conexos" aos de autor, *que são aqueles relacionados* aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores fonográficos e às empresas de radiodifusão, consoante o disposto nos arts. 89 a 96 da Lei n. 9.610/98. Foi mantida a mesma pena de três meses a um ano de detenção, ou multa, para a figura simples.

Direitos conexos são, pode-se dizer, direitos análogos aos de autor, direitos afins, próximos ou vizinhos aos de autor. De um modo geral, a doutrina procura situar os denominados direitos conexos em três aspectos distintos: artistas, gravadoras de discos (incluímos aí as editoras de livros) e emissoras de rádio e de televisão. Esses três setores — e aí acrescentamos os próprios artistas, especialmente aqueles que são intérpretes —, como órgãos ou meios de divulgação do trabalho intelectual, artístico ou literário, são, na verdade, difusores, divulgadores ou multiplicadores das criações dos autores. Essa função difusora também é exercida pelas editoras gráficas e musicais. Na hipótese de livro, por exemplo, detentora de direito conexo é a editora que produz, divulga, comercializa e divulga a obra do autor.

A Lei n. 10.695/2003 acrescentou a conduta de quem "aluga" original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

Não se inclui, ao contrário do que pretendem alguns doutrinadores, o "videofonograma", sob o equivocado argumento de que "foi extirpado do tipo por descuido" do legislador ou porque, nesse caso, a previsão ficaria sem sentido, pois não abrangeria a locação de fitas VHS e DVDs. Com

efeito, o fato de não ser habitual, em nosso país, a locação de livros, revistas ou CDs musicais não autoriza a inclusão de figuras não contidas expressamente no tipo penal. Essa pretensão, desnecessário destacar, viola o *princípio da reserva legal.*

Na verdade, permanece uma lacuna, na medida em que a previsão da lei referida não abrange aquelas hipóteses das locadoras de vídeos e DVDs que, muitas vezes, servem-se de material adquirido licitamente — são originais e não cópias piratas —, mas que não têm autorização para serem locadas ou comercializadas dessa forma, isto é, embora sejam originais devidamente adquiridos, a sua destinação natural é o uso doméstico e não a locação.

5 Figuras qualificadas: majoração penal

Os §§ 1º e 2º do art. 184, com a nova redação, disciplinam as figuras qualificadas da violação de direitos autorais, com *sensível majoração* da resposta penal. São tipificadas como qualificadas as seguintes condutas:

1) Reproduzir (reprodução), por qualquer meio ou processo, obra intelectual, total ou parcialmente, para fins comerciais, isto é, *com intuito de lucro* (direto ou indireto), sem autorização expressa do detentor do direito. É proibida a reprodução de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma. A autorização pode ser dada pelo detentor do direito ou por seu representante legal (§ 1º).

2) Distribuir, vender, expor à venda, alugar, introduzir no País, adquirir, ocultar, emprestar, trocar ou ter em depósito, com o fim de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral (§ 2º).

Esses dois parágrafos abrangem especialmente a prática da pirataria de obras intelectuais, culturais e artísticas. Nessas figuras, a pena mínima, que era de um ano, foi elevada para dois anos, mantendo-se a máxima nos mesmos quatro anos.

5.1 Intuito de lucro é o fundamento da majoração penal

A *finalidade lucrativa* da mesma conduta violadora de direitos autorais e dos que lhes são conexos qualifica o crime, cuja pena cominada é de dois a quatro anos de reclusão e multa. Aumentou-se a pena mínima de um para dois anos, mantendo-se a máxima nos quatro anos, cumulada com a de

multa.

A finalidade “comercial” — intuito de lucro — amplia consideravelmente o desvalor da ação e do resultado da conduta violadora do direito autoral. Esse caráter mercenário da pirataria autoral justifica a majoração da sanção penal. A violação em si mesma já é criminosa e a sua finalidade mercantil a torna abjeta e merecedora de maior reprovação social. Essa providência legislativa tem o mérito de excluir a suspensão do processo, quando o móvel do crime for o intuito de lucro, visando maior coercibilidade no combate a essa modalidade tão difundida de infração penal. Na verdade, a elevação da pena mínima para dois anos teve um objetivo específico declarado: impossibilitar a figura do instituto da suspensão condicional do processo. Reforçou-se assim a proteção desse bem jurídico, que, no entanto, é absolutamente insuficiente para enfrentar o fenômeno da pirataria, se não vier acompanhada de uma política governamental que disponibiliza recursos materiais humanos tanto para a polícia judiciária quanto para o próprio Poder Judiciário.

5.2 Combate à indústria do xerox

A “indústria do xerox”, nas universidades em geral, estava necessitando de uma medida legislativa mais enérgica e moralizadora em todo o país. Incrivelmente, os próprios professores de direito, irresponsavelmente, têm estimulado essa forma de violação de direitos autorais. A exploração da conhecida atividade fotocopiadora tipifica a figura qualificada, considerando-se o intuito de lucro de seus exploradores. É bom colocar a barba de molho, pois a figura qualificada é crime de ação pública incondicionada.

5.3 Elemento normativo do tipo: sem autorização

Trata-se de um elemento relativo à ilicitude inserta no próprio tipo, que assume dupla função, ou seja, não é apenas um aspecto relativo à ilicitude, mas também uma característica da própria tipicidade.

Para que se aperfeiçoe a adequação típica das figuras qualificadas é indispensável que a conduta ocorra “sem autorização expressa” de quem de direito. A ausência de autorização constitui elementar típica; havendo autorização, a conduta será atípica, pela falta desse elemento normativo. O eventual desconhecimento da inexistência de autorização pode configurar o erro de tipo, que, sendo invencível, afasta completamente a tipicidade da

conduta.

6 Repressão da “cyberpirataria”

A violação dos direitos autorais e conexos pode operar-se por meio das chamadas novas tecnologias, especialmente através da Internet. O § 3º, em consonância com o art. 26, VI, da Lei n. 9.610, reprime o *comércio ilegal* de obras intelectuais por vias tecnológicas. Pretende esse dispositivo coibir o trânsito ilegal de obras intelectuais na rede mundial de computadores (Internet). Na verdade, por esses meios, o sujeito ativo não promove a venda direta ao consumidor do produto (que tipificaria condutas do parágrafo anterior), mas disponibiliza em seu *site*, para *download*, obras não autorizadas pelo autor ou seu representante legal.

Por essa previsão, para a caracterização da violação do direito de autor, torna-se desnecessária a disponibilização física da obra em CD, DVD, VHS etc. A própria materialidade do delito será comprovada através de outros meios que a tecnologia pode oferecer, independentemente de eventual apreensão física dos produtos alterados, adulterados ou falsificados.

Essa previsão legal pode ainda não ser a ideal, mas já oferece as condições mínimas para se começar a combater a pirataria da era cibernética.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do tipo é constituído pelo *dolo*, que é representado pela vontade livre e consciente de violar direito autoral alheio, além do *elemento subjetivo especial* do tipo, nas três figuras, a seguir discriminadas. Nas modalidades qualificadas — em todas elas — exige-se o *elemento subjetivo do tipo,* constituído pelo *especial fim* de lucro direto ou indireto. Pois é exatamente essa motivação que justifica a maior gravidade da sua punição. Nas modalidades de obra teatral e musical exige-se o *elemento subjetivo do tipo* constituído pelo *especial fim* de lucro direto e imediato; na figura do § 1º, representado *pelo fim especial* de comércio, e, finalmente, na figura do § 2º, *pelo fim especial* de venda.

O delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal pressupõe a vontade livre e consciente do agente de vender, expor à venda, alugar, introduzir no País, adquirir, ocultar, emprestar, trocar ou ter em depósito, *com intuito de lucro,* original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma

produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral. A eventual ausência dessa *vontade consciente* de praticar qualquer das condutas elencadas *com o fim de lucro* afasta a qualificadora.

8 Consumação e tentativa

Consuma-se com a prática efetiva das ações incriminadas, com a publicidade de obra inédita ou reproduzida; tratando-se de pintura ou escultura, com a exposição pública; no caso de obra *musical* ou teatral consuma-se com a publicação, com sua execução ou representação em local onde se exija retribuição. Nas formas de *exposição* e *depósito* trata-se de crime permanente.

Como crime material, é *admissível a tentativa* em qualquer das figuras descritas. Apresenta um *iter criminis* fracionável, durante o qual o agente pode ser involuntariamente interrompido.

9 Classificação doutrinária

Crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Não exige qualquer qualidade ou condição especial; crime de mera conduta, sendo desnecessária a produção de resultado; crime instantâneo, com exceção das modalidades de "expor à venda" e "ter em depósito", descritas no § 2º, quando adquire a natureza de *permanente*; unissubjetivo, podendo ser executado por uma única pessoa.

10 Pena e ação penal

Na figura simples, é cominada, *alternativamente*, detenção, de três meses a um ano, ou multa; nas figuras qualificadas (§§ 1º e 2º), é *cumulativa:* reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Em relação à conduta do *caput*, a ação penal é de *iniciativa privada*, salvo se o crime for praticado em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público. Em relação às condutas tipificadas nos §§ 1º e 2º, a ação penal será *pública* incondicionada (art. 186).

11 Algumas questões especiais

A matéria tem sido objeto de numerosos tratados e convênios, celebrados

com vários países, bem como de diversas convenções internacionais. No exame dessa matéria deve-se atentar sempre para essas convenções internacionais, a fim de evitar equívocos interpretativos.

O registro de obra intelectual não constitui condição para a propositura da queixa-crime por infringência ao art. 184 do Código Penal, uma vez que o bem imaterial, por se equiparar a propriedade móvel, transmite-se pela simples tradição, inexistindo, pois, qualquer formalidade para a defesa do direito do autor. Ausente *o fim lucrativo* na aquisição de fitas de videocassete reproduzidas clandestinamente, tem-se por configurado o crime de receptação e não o de violação de direito autoral, previsto no art. 184, § 2º.

Por fim, a Lei n. 10.695/2003 alterou consideravelmente aspectos procedimentais desses crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530 do CPP).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Violação de direito autoral. Art. 184, § 2º, CP. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Condenação mantida" (TJRS, Apelação 70022722060, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 6-3-2008).

"Crime contra a propriedade intelectual. Art. 184, §§ 1º e 2º, do CP. Apreendidos com o réu quase duzentos CDs comprovadamente falsos, e admitida por ele mesmo a exposição à venda, ao reduzido preço de cinco reais cada, deve ser mantida a condenação, por violação de direito autoral" (TJRS, Apelação 70021573886, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 1º -11-2007).

"Comete o crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, o agente que, com intuito de lucro, expõe à venda diversos CDs e DVDs reproduzidos com violação dos direitos dos autores, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente" (TJRS, Apelação 70021208681, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 1º -11-2007).

"Crime de violação de direito autoral. Incompetência da Justiça Federal. Ausência de lesão aos interesses da União. Competência da Justiça Estadual. Em face do princípio da especialidade, o crime do art. 184, § 2º, do Código Penal prevalece sobre o delito de descaminho, independentemente da origem do fonograma ou videofonograma reproduzido com violação ao direito do autor. Precedentes. Cingindo-se a denúncia ao crime de violação de direito autoral, sem imputar aos Recorrentes qualquer conduta que possa evidenciar eventual crime de descaminho, inexiste ofensa a bem, interesse ou serviço da União, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para decidir o feito" (STJ, RHC 21.841/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16-10-2007).

"Art. 184, § 2º, do CP. Crime contra a propriedade intelectual. Competência. Justiça estadual. Produtos provenientes do exterior. Irrelevância. Paciente não denunciado por descaminho. Compete à Justiça Estadual processar e julgar crimes contra a propriedade intelectual, quando não praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas (Precedentes). Não opera o

deslocamento da competência para a Justiça Federal a circunstância de que os produtos teriam sido adquiridos no exterior, uma vez que, *in casu*, o recorrente não foi denunciado por crime de descaminho (Precedentes)" (STJ, RHC 21.791/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25-9-2007).

Usurpação de nome ou pseudônimo alheio

Art. 185. (*Revogado pela Lei n. 10.695, de 1º-7-2003*.)

D O U T R I N A

1 Considerações especiais

Esse dispositivo foi revogado pela Lei n. 10.695/2003 e tinha a seguinte redação: "Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística". A pena era de detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa.

Antes de sua revogação, comentamos que este era outro crime que não havia sido objeto dos Códigos Penais do século XIX (1830 e 1890). Foi o Código Penal de 1940 que tratou do crime de usurpação de nome ou pseudônimo alheio, insculpido entre os *crimes contra a propriedade material.*

Comentamos também que, a nosso juízo, essa infração penal estaria mais bem situada entre os crimes contra a fé pública, a exemplo da tradição italiana (Código Penal Rocco).

Com a mencionada revogação, atualmente essa conduta é reprimida pelo direito somente na esfera civil, agindo o legislador de acordo com o princípio da intervenção mínima *(ultima ratio* do direito penal).

Art. 186. Procede-se mediante:

I — queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184;

II — ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184;

III — ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa

pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;

IV — ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º do art. 184.

— V. arts. 24 e s. do CPP.

— Artigo com redação dada pela Lei n. 10.695, de 1º de julho de 2003.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Penal de 1940, em sua redação original, prescrevia: "Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público". No início da década de 1980, o legislador brasileiro, insatisfeito com a clareza da redação anterior, que manteve, preferiu estabelecer expressamente a abrangência do significado "entidade de direito público", acrescentando ao final daquele texto o seguinte: *autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público, e nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 desta Lei* (Lei n. 6.895, de 17-12-1980), que resultou na redação (atual) que vigorou até julho de 2003.

2 Natureza da ação penal

A ação penal que era, em regra, de *exclusiva iniciativa do ofendido*, nos crimes contra *a propriedade intelectual*, assumiu as seguintes modalidades: de exclusiva *iniciativa privada* (I), nas hipóteses dos crimes previstos no *caput* do art. 184; *pública condicionada* à representação (IV), nos crimes previstos no § 3º do mesmo dispositivo e, finalmente, *pública incondicionada*, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 (II), bem como quando o crime for praticado contra entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público (III).

3 Prazo decadencial: geral ou especial

Discute-se se permanece a regra geral dos seis meses dos arts. 103 do CP e 38 do CPP, ou se esta é afastada pelo disposto no art. 529 do CPP, que fixa

o prazo de trinta dias para o oferecimento de queixa, *a partir da homologação do laudo pericial.*

O *prazo decadencial*, na realidade, é o de seis meses, conforme a regra geral, uma vez que os trinta dias referidos no art. 529 do CPP não constituem prazo decadencial e visam, tão somente, impedir que o ofendido procrastine a propositura da ação penal indefinidamente. Caso contrário, qual seria, afinal, o prazo para iniciar as investigações policiais e para postular a realização da apreensão e da perícia? Sustentamos que essas diligências devem ocorrer dentro do prazo decadencial de seis meses. No entanto, a partir da homologação da *apreensão* ou da *perícia,* a *queixa* não pode tardar mais de trinta dias. Esse prazo, embora preclusivo, não se confunde com aquele chamado de decadencial, que se refere exclusivamente ao direito de ação; este, ao contrário, é um *prazo procedimental,* preclusivo, ininterrupto, que não se suspende, mas alheio ao direito de ação, ao contrário do que normalmente tem sido sustentado.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal cometeu um *erro crasso* em matéria criminal no acórdão cuja ementa transcrevemos a seguir, a título de ilustração: "Tratando-se de ação privativa do ofendido em crime contra a propriedade imaterial, o prazo para oferecer a queixa é o de trinta dias, previsto no art. 529 do CPP, que é regra especial. E o entendimento que se extrai do aludido dispositivo é que este prazo de decadência começa a fluir da intimação do despacho homologatório do laudo pericial dos objetos que constituem o corpo de delito, pois, salvo os casos expressos, os prazos correrão da intimação, conforme dispõe o art. 798, § 5º, *a*, do CPP" (STF, RHC 67.300-7/SP, Rel. Carlos Madeira, *RT, 648:*349). Constata-se facilmente que, nesse julgamento, a Suprema Corte *confundiu alhos com bugalhos.* Não existe esse *prazo decadencial de trinta dias,* como procuramos demonstrar no parágrafo anterior.

A partir da vigência da Lei n. 10.695/2003 (1º-7-2003), a previsão contida nos arts. 524 a 530 do CPP será aplicável exclusivamente aos crimes previstos no *caput* do art. 184 do CP, ou seja, naqueles cuja ação penal é de *exclusiva iniciativa privada* (art. 530-A do CPP, com redação determinada pelo art. 3º da lei referida). Sintetizando, *o prazo decadencial* para a propositura da *ação penal privada* é o de seis meses; contudo, *homologado o laudo pericial,* a queixa-crime deve ser intentada no prazo improrrogável de trinta dias (art. 529 do CPP), que não se confunde com aquele relativo ao direito de ação.

4 Prova do direito de ação (art. 526 do CPP): pré-constituída

A prova do direito de ação, exigida pelo art. 526 do CPP, consubstancia-se com a *certidão do registro* de marca, patente ou direito autoral junto ao órgão federal competente, que confere oficialmente a titularidade ao autor. Se o crime houver deixado *vestígios,* é indispensável que a inicial da ação penal (denúncia ou queixa) seja instruída *com prova pericial* dos objetos que constituam o corpo de delito (art. 525 do CPP).

Nos crimes contra a propriedade imaterial, o *laudo pericial* exigido pelo art. 527 do CPP tem caráter de *medida cautelar-preparatória,* sendo pressuposto legal para o exercício da ação penal, porque envolve crime que deixa vestígios. Assim, a decisão que a homologa tem a natureza de *interlocutória mista* com força de definitiva, admitindo a apelação, nos termos do art. 593, II, do CPP.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 184, § 2º, do Código Penal. A concessão da suspensão condicional do processo está condicionada ao preenchimento pelo acusado dos requisitos dos arts. 89 da Lei n. 9.099/95, e 77 do Código Penal. Restando motivada a negativa de oferecimento da *benesse* pelo Ministério Público, em razão do não preenchimento do requisito objetivo, não se verifica o alegado constrangimento ilegal. Na esteira da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, sendo vedado ao magistrado oferecê-la de ofício" (STJ, HC 61.091/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-12-2007).

"Nos crimes contra a propriedade intelectual, de ação penal pública, a autoridade policial pode instaurar o inquérito e proceder à busca e apreensão de acordo com a regra geral descrita no art. 240, § 1º, do CPP, afastando-se a aplicação do art. 527 do Código de Processo Penal" (STJ, REsp 543.037/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21-9-2004).

"Ação penal. Queixa-crime. Crime contra a propriedade intelectual. Prazo decadencial. CPP, artigo 529. Consumação. Em sede de crime de utilização de modelo patenteado, cuja ação penal tem como condição de procedibilidade a realização de perícia, incide o prazo decadencial de trinta dias após a homologação do laudo, expresso na regra específica do art. 594, do CPP" (STJ, HC 10.911/PR, Rel. Min. Vicente Leal, j. 28-3-2000).

Capítulo II - Dos Crimes contra o Privilégio de Invenção

Arts. 187 a 191. (*Revogados pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996*.)

Capítulo III - Dos Crimes contra as Marcas de Indústria e Comércio

Arts. 192 a 195. (*Revogados pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996*.)

Capítulo IV - Dos Crimes de Concorrência Desleal

Art. 196. (*Revogado pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996*.)

— V. arts. 243 e 244 da Lei n. 9.279/96 (regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial). O art. 244 da referida lei revoga expressamente os arts. 169 a 189 do Dec.-lei n. 7.903/45 (Código da Propriedade Industrial) e os arts. 187 a 196 do Dec.-lei n. 2.848/40 (Código Penal).

— Os crimes contra a propriedade industrial estão disciplinados nos arts. 183 a 195 da Lei n. 9.279/96.

Título IV - Dos Crimes contra a Organização do Trabalho

— V. arts. 47 a 49 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. art. 4º da Lei n. 7.716/89 (crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).

— V. art. 8º, III, da Lei n. 7.853/89 (apoio às pessoas portadoras de deficiências).

Atentado contra a liberdade de trabalho

Art. 197. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I — a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência;

II — a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além

da pena correspondente à violência.

— V. arts. 722 a 725 da CLT (*lockout*).

— V. Lei n. 7.783/89 (direito de greve).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No Brasil, nem as Ordenações do Reino de Portugal nem o Código Criminal do Império (1830) regularam a matéria. O Código Penal de 1890 foi o primeiro diploma legal brasileiro a prever o crime contra o atentado à liberdade de trabalho (art. 203). O legislador de 1940, do atual Código Penal, não apenas manteve a criminalização da conduta como a inseriu em Título autônomo, denominado *Crimes contra a Organização do Trabalho.* A segunda parte do inciso II deste artigo foi revogada tacitamente e substituída pelo disposto no art. 29, VII, da Lei n. 4.330/64. Essa lei, no entanto, foi revogada pela Lei de Greve (n. 7.783/89), a qual não prevê crimes especiais, dispondo, apenas, que "a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal" (art. 15).

A Constituição Federal protege os *direitos dos trabalhadores*, urbanos e rurais, assim como o direito de greve, ou seja, a organização do trabalho (arts. 7º, 8º e 9º). A competência para julgá-los, segundo a CF, é da Justiça Federal (art. 109, VI); segundo o STF, no entanto, somente serão da competência da Justiça Federal aqueles que ofenderem interesses coletivos do trabalho: os demais serão da Justiça Estadual. Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos decorrentes de greve se atentam contra a organização do trabalho ou os direitos e deveres dos trabalhadores coletivamente considerados.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a liberdade de trabalho, isto é, a liberdade de escolher o trabalho, a profissão, arte, ofício ou indústria que o indivíduo deseja exercer e de decidir quando abrir ou fechar seu próprio estabelecimento de trabalho. Não há crime contra a organização do trabalho quando não forem atacados *direitos dos trabalhadores* como um todo e sim

caracterizada mera lesão a direito individual, de natureza patrimonial, em que a competência se firma em prol da Justiça Estadual. Cuidando-se de possível lesão somente a direito individual, não há falar em crime contra a organização do trabalho para que se dirima a competência a favor do juízo federal. Em sentido mais abrangente, pode-se afirmar que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual ou pessoal de autodeterminação, ou seja, a liberdade do indivíduo de fazer ou não fazer o que lhe aprouver, dentro dos limites da ordem jurídica. A liberdade que se protege é a *psíquica* (livre formação da vontade, isto é, em coação) e a *física*, ou seja, liberdade de movimento.

A proteção desse bem jurídico, liberdade, ganhou assento constitucional, nos termos seguintes: ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF). Assegura-se, assim, ao indivíduo o direito de fazer tudo o que a lei não proibir, não podendo ser obrigado a fazer senão aquilo que a lei lhe impuser. Nesse sentido, percuciente a afirmação de Flávio Augusto Monteiro de Barros: "A coação empregada para compelir a pessoa à prestação de ato ou abstenção de fato, fora dos casos em que a lei autoriza, constitui violação ao princípio da legalidade, dando ensejo à configuração do delito de constrangimento ilegal".

O que se viola ou restringe no crime de *atentado à liberdade de trabalho* não é propriamente uma vontade juridicamente válida, mas a *liberdade* e o *direito de querer* e *atuar* (agir ou não agir) de acordo com as condições pessoais e individuais de cada um. Na verdade, somente se diferencia do crime de constrangimento ilegal, que poderíamos chamar de tipo básico, pela natureza da ação ou omissão que a coação indevida objetiva, que, na hipótese examinada, é específica.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial; cuida-se, pois, de crime comum. O concurso eventual de pessoas pode normalmente se verificar.

Sujeito passivo em relação ao inciso I pode ser qualquer pessoa, desde que na condição de trabalhador, empregado ou patrão, conforme o caso; em relação ao inciso II, primeira parte, o sujeito passivo só pode ser o proprietário do estabelecimento. Na hipótese desse inciso, a pessoa jurídica

também pode ser sujeito passivo.

Quando o constrangimento for praticado contra criança, poderá constituir, em concurso formal, o crime descrito no art. 232 da Lei n. 8.069/90 (ECA), desde que a criança se encontre "sob sua autoridade, guarda ou vigilância" (do sujeito ativo).

Nada impede que a violência ou grave ameaça sejam exercidas contra pessoa diversa daquela que se pretende constranger. Nessa hipótese, se a *ameaça* for irresistível, e a conduta do ameaçado for tipificada criminalmente, haverá *autoria mediata*. O sujeito ativo será *autor mediato* e o *constrangido* não será autor, mas mero *executor,* isto é, simples instrumento nas mãos daquele, autor mediato, que tem o *domínio final do fato*. Nesse caso, não haverá concurso de pessoas — coautoria ou participação —, pois o *executor* agiu sem culpabilidade; na verdade, faltou-lhe o próprio dolo, nem se podendo falar em ação que pressupõe voluntariedade; por extensão, não se pode falar em tipicidade. O *autor mediato* responderá por dois crimes, em concurso material: pelo *atentado à liberdade de trabalho* mais o crime que o *executor* for obrigado a praticar.

3.1 Pessoa jurídica: impossibilidade

Pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo desse crime, pois "alguém", segundo o vernáculo, refere-se exclusivamente à pessoa humana. Ainda que evolua e se admita, sem restrições, a hipótese da responsabilidade penal da pessoa jurídica, haverá, sempre, muitas infrações em que não poderá figurar como sujeito passivo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Atentado contra a liberdade de trabalho é uma *espécie do gênero* constrangimento ilegal. A diferença fundamental deste último, no entanto, reside na *finalidade específica* que motiva o sujeito ativo do crime de atentado ora em exame; neste, o agente pretende constranger a vítima a ter um dos comportamentos descritos no art. 197; naquele, isto é, no constrangimento ilegal (art. 146), a conduta do agente pretende levar a vítima "a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda"; com sua característica de generalidade e subsidiariedade, esse tipo penal (art. 146) abrange todo *constrangimento* à livre determinação de vontade que não tenha recebido configuração legal específica sobre o que deve

consistir o *fazer* ou o *não fazer* exigido pelo agente.

4.1 Modalidades do constrangimento

O núcleo do tipo, a exemplo do crime de constrangimento ilegal, é *constranger,* que significa obrigar, forçar, compelir, coagir *alguém* a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigado. A *finalidade* pretendida pelo *constrangimento,* nesse tipo penal, é obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer qualquer das atividades enunciadas no dispositivo legal. A conduta típica pode apresentar-se sob duas modalidades: *constranger alguém* "I — a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias; II — a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica".

São quatro as hipóteses previstas: constranger alguém a: a) *exercer* ou *não exercer* arte, ofício, profissão ou indústria (I, 1ª parte) — compreende-se aqui o exercício de toda e qualquer atividade econômica laborativa; b) *trabalhar* ou *não trabalhar* durante certo período ou em determinados dias (I, 2ª parte) — a finalidade da ação aqui é forçar a vítima a trabalhar ou não trabalhar em determinados dias ou períodos, isto é, suprimir-lhe a liberdade de trabalho, de decisão sobre onde, como e quando trabalhar; c) *abrir* ou *fechar* seu estabelecimento econômico — o estabelecimento pode ser relativo à exploração de qualquer atividade profissional, comercial, industrial ou agrícola; d) *participar* de parede ou paralisação de atividade econômica — esta figura foi revogada pelo art. 29 da Lei n. 4.330/64. O constrangimento pode ser praticado contra pessoa diversa daquela cujo trabalho o agente deseja cercear.

Não é necessário que o ofendido *oponha resistência efetiva* contra a coação ou procure superá-la, pedindo socorro ou empregando qualquer outro recurso; é suficiente que, mediante violência ou grave ameaça, tenha-se violentado sua liberdade interna, constrangendo-o, assim, a realizar o que lhe foi imposto ou a não fazer o que pretendia, sem amparo legal.

4.2 Tipificação quando se tratar de greve ilegal

Havendo *greve ilegal,* tipificar-se-á o delito do art. 29 da Lei n. 4.330, de lº de junho de 1964. Para a configuração do tipo penal é indispensável o emprego de violência, ficta ou real. Predomina o entendimento jurisprudencial de que só será da competência da Justiça Federal quando

forem ofendidos órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos trabalhistas. Em que pese o entendimento do STF sobre a competência para julgar os "crimes contra a organização do trabalho", definida sob a égide da Constituição anterior, a atual estabelece que compete aos juizes federais processá-los e julgá-los (art. 109, VI, da CF/88).

É indispensável a *relação de causalidade* entre o emprego da *violência* ou *grave ameaça* ou qualquer outro meio e a submissão da vítima à vontade do coator. O *erro* sobre a legitimidade da ação, se for inevitável, exclui a responsabilidade penal a qualquer título; se for *evitável,* excluirá o dolo, restando, subsidiariamente, a culpa (art. 20, *caput),* que, nesse crime, é impunível.

4.3 Formas ou meios de execução: mediante violência ou grave ameaça

A lei estabelece as seguintes formas de realização do *atentado contra a liberdade de trabalho:* (a) mediante *violência* (força física, real) ou (b) *grave ameaça* (violência moral, intimidação, *vis compulsiva).* Só é legítima a greve exercida pacificamente. O uso da *violência* ou *grave ameaça* a desnatura e transforma em atividade delituosa. No atentado contra a liberdade de trabalho os meios executivos são a violência e a grave ameaça. O emprego de uma ou de outra constitui a *ratio* da incriminação.

a) *Mediante violência* — O termo *violência* empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis,* com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A *violência* poderá ser *imediata,* quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e *mediata,* quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada.

Não é indispensável que a força empregada seja *irresistível,* basta que seja idónea para coagir a vítima a fazer ou não fazer o que o sujeito ativo quer.

b) *Mediante grave ameaça* — Constitui forma típica da "violência moral"; é a *vis compulsiva,* que exerce *força* intimidativa, inibitória, anulando ou minando a *vontade* e o *querer* do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a *ameaça* também

pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir.

4.4 Ameaça de mal futuro, imediato e determinado

O *mal* prometido, a título de ameaça, além de *futuro* e *imediato*, deve ser *determinado*, sabendo o agente o que quer impor. O mal deve ser: a) *determinado*, pois, sendo indefinível e vago, não terá grandes efeitos coativos; b) *verossímil*, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; c) *iminente*, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em *passado*, nem em *futuro* longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; d) *inevitável*, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; e) *dependente*, via de regra, da vontade do agente, já que, se depender da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade. Enfim, esses são os requisitos que, em tese, a *ameaça* de mal ou dano deve apresentar. A enumeração não é absoluta nem *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar-se alguns e outros não, sem desnaturar a gravidade da ameaça. É indispensável que a ameaça tenha idoneidade intimidativa, isto é, que tenha condições efetivas de constranger a vítima. Ao contrário do que ocorre com o *crime de ameaça*, no crime de atentado contra a liberdade de trabalho não é necessário que o *mal prometido* seja *injusto*, sendo suficiente que injusta seja a pretensão ou a forma de obtê-la.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo* (direto ou eventual), representado pela consciência e vontade de concretizar os elementos da descrição típica, mediante violência ou grave ameaça. São irrelevantes os motivos do *constrangimento*, como, por exemplo, ser executado com fins de reivindicação legítima ou por quaisquer outras razões. A *consciência* abrange a ilegitimidade da ação, dos meios escolhidos (violência ou grave ameaça) e a *relação de causalidade* entre o constrangimento e a ação ou omissão do sujeito passivo, sendo irrelevantes os motivos determinantes,

com exceção daqueles que excluem a antijuridicidade da conduta.

Se o constrangimento for praticado para satisfazer pretensão legítima, ou se a violência for praticada no exercício da função ou em razão dela, poderá configurar *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345) ou *violência arbitrária* (art. 322), de acordo com as demais circunstâncias.

5.1 Elemento subjetivo especial do tipo

O *elemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *especial fim de agir*, qual seja, *o fim* de constranger a vítima à ação ou omissão pretendida. Não havendo a finalidade de constranger o ofendido a fazer ou não fazer o que o sujeito ativo pretende, o crime não será o de atentado à liberdade de trabalho, mas somente aquele que resultar da violência ou grave ameaça (vias de fato, ameaça, lesões corporais etc.).

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de atentado contra a liberdade de trabalho quando o ofendido *faz* ou *deixa de fazer* o que foi constrangido: na primeira hipótese, com o efetivo exercício ou suspensão do exercício de arte, ofício, profissão ou indústria, em face da violência; na segunda, com o trabalho quando não deveria ou com a *suspensão* quando deveria trabalhar, e, na terceira hipótese, com a abertura ou fechamento do estabelecimento de trabalho.

Deve-se ter presente que *não se trata de crime de mera atividade*, que se consuma com a simples ação, mas de crime de lesão que tem uma *execução complexa*, exigindo uma duplicidade comportamental: a *ação coativa* do sujeito ativo e a *atividade coagida* do sujeito passivo, fazendo ou não fazendo o que foi constrangido.

Assim, *consuma-se* o crime quando o *constrangido*, em razão da *violência* ou *grave ameaça* sofrida, começa a fazer ou não fazer a imposição do sujeito ativo. Enquanto o coagido não ceder à vontade do sujeito ativo, isto é, enquanto não der início ao “fazer ou não fazer”, a *violência ou grave ameaça* podem configurar somente a tentativa.

6.1 Possibilidade de tentativa

Como *crime material*, admite a *tentativa*, que se verifica com o início da ação constrangedora, que pode ser fracionada. A exigência de uma *execução complexa*, com a ação do sujeito ativo, de um lado, e a *atividade*

do coagido, de outro, facilita a identificação do *conatus.*

Podem ocorrer também as hipóteses de *desistência voluntária* e *arrependimento eficaz*, respondendo o agente, é claro, pelos atos já executados, nos termos do art. 15.

7 Pena e ação penal

Nas figuras do inciso I, a pena é *cumulativa*: detenção, de um mês a um ano, e multa; na figura do inciso II, as penas são as mesmas, mas o mínimo, porém, é de três meses. Em todas as hipóteses, são acrescidas ainda as penas correspondentes à violência que, de per si, constituírem crime. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Crimes contra a liberdade individual e contra a organização do trabalho. Competência. Compete à Justiça Federal o julgamento dos crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos do trabalho, e não os crimes que são cometidos contra determinado grupo de trabalhadores. A infringência dos direitos individuais de trabalhadores, inexistindo violação de sistema de órgãos e instituições destinadas a preservar a coletividade trabalhista, afasta a competência da Justiça Federal" (STJ, RHC 15.702/MA, Rel. Min. Paulo Medina, j. 21-10-2004).

"Ações lesivas a direitos trabalhistas individuais, tal como atentado contra a liberdade de trabalho de uma funcionária de estabelecimento comercial que, após ter comunicado ao empregador seu estado de gravidez, teria sido submetida a cumprir seu horário de trabalho de forma constrangedora, não configura crime contra a organização do trabalho, susceptível de fixar a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da CF" (STJ, Conflito de Competência 21.920/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 11-11-1998).

"O crime contra a liberdade do trabalho (CP, art. 197) não se confunde com o crime contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve (Lei n. 4.330/64, art. 29). Se o crime não ofende o sistema destinado a preservar coletivamente o trabalho, a competência é da justiça estadual comum" (STJ, Conflito de Competência 13.953/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 4-9-1995).

"Greve. Delitos. Competência. Compete à justiça federal processar e julgar os delitos decorrentes de greve, se atentam contra a organização do trabalho ou os direitos e deveres dos trabalhadores coletivamente considerados" (STJ, Conflito de Competência 1.355/SP, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 20-9-1990).

Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta

Art. 198. Constranger alguém, mediante violência ou grave

ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A liberdade contratual foi uma das tantas conquistas asseguradas pela Revolução Francesa, que garantiu uma nova orientação libertadora do indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, representando uma mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade. O direito brasileiro desconheceu essa infração penal até o século XIX, sendo ignorada inclusive pelos Códigos Penais de 1830 e 1890. O Código Penal de 1940 foi o primeiro diploma nacional a disciplinar essa matéria, cujo texto se manteve inalterado até o início do século XXI.

2 Bem jurídico tutelado

Estamos diante de um tipo penal com objetividade jurídica complexa, tradicionalmente denominado *crime pluriofensivo*, isto é, com duas figuras típicas cujos bens jurídicos protegidos são distintos. Com efeito, na primeira parte do tipo, o *bem jurídico protegido* é a liberdade de trabalho, mais especificamente a *liberdade de celebrar contrato de trabalho*. A conduta proibida limita, indevidamente, a comercialização do produto do trabalho do ofendido. Na segunda parte do dispositivo, segundo a doutrina dominante, o objeto jurídico da proteção penal não é a liberdade de trabalho, mas a *normalidade das relações de trabalho* (Regis Prado, *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 77; Noronha, *Direito Penal*, v. 2, p. 61).

A conduta proibida é aquela que tem como objetivo que a vítima não forneça a outrem ou não adquira matéria-prima ou produto industrial ou agrícola; *matéria-prima* (matérias básicas à produção) seria a substância que serve ou se destina à elaboração ou fabricação de produto industrial (resultado da indústria manufatureira ou mecânica) ou agrícola.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial, por exemplo: o empregador, preposto, terceira pessoa etc.

Sujeito passivo pode ser, igualmente, qualquer pessoa que sofra a coação tipificada, por exemplo, comerciante, industrial ou qualquer indivíduo que seja constrangido a não fornecer a matéria-prima ou o produto. O constrangimento exercido, em uma mesma circunstância, contra mais de uma pessoa constitui crime único.

Embora não seja desarrazoado o entendimento de Regis Prado *(Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 77) quando sustenta que a *pessoa jurídica* pode ser sujeito passivo do crime de boicotagem violenta, não nos parece tecnicamente adequado à norma proibitiva. Com efeito, qualquer das duas figuras descritas no dispositivo em exame exige que a conduta de constranger seja praticada contra *alguém*, e, em nosso vernáculo, não há espaço para abranger como "alguém" uma ficção, em vez da pessoa natural.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo, a exemplo do crime de constrangimento ilegal, é *constranger,* que significa obrigar, forçar, compelir, coagir *alguém* a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigado. A *finalidade* pretendida pelo *constrangimento*, nesse tipo penal, é obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer qualquer das atividades enunciadas no dispositivo legal. A conduta típica pode apresentar-se sob três modalidades: "*constranger alguém*, mediante violência ou grave ameaça, (1) a celebrar contrato de trabalho, (2) ou a não fornecer a outrem ou (3) não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola". Esse tipo penal prevê duas modalidades de atentado: 1ª) *atentado contra a liberdade de contrato de trabalho;* 2ª) *boicotagem violenta na área do comércio-indústria*. Nas duas hipóteses há, como no crime anterior, *constrangimento ilegal*, especificado, porém, pela finalidade que orienta a conduta do agente

4.1 Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho

Na primeira modalidade, o *constrangimento* objetiva a celebração de contrato de trabalho, coletivo ou individual. Somente se configurará o crime se o constrangimento for para a celebração do contrato de trabalho, isto é,

se o constrangimento for para não celebrar referido contrato, não haverá esse crime, restando, como *crime subsidiário*, tão somente o crime de *constrangimento ilegal* (art. 146).

No entanto, se a conduta do sujeito ativo objetivar constranger alguém *a não celebrar contrato de trabalho*, sua ação será atípica, pois o legislador olvidou-se de criminalizar a forma negativa dessa conduta. Restará, contudo, subsidiariamente, a possibilidade de referido comportamento adequar-se ao tipo penal descrito no art. 146 (constrangimento ilegal). Não se pode ignorar que se trata de grave falha do legislador, pois tão grave quanto obrigar à celebração de contrato de trabalho é impedir sua celebração mediante violência ou grave ameaça.

4.2 Boicotagem violenta na área do comércio-indústria

Na segunda figura, pune-se a "boicotagem violenta"; nessa hipótese, o *constrangimento é* para não fornecer ou não adquirir matéria-prima ou produto industrial ou agrícola. Essa figura é também conhecida como boicotagem violenta. Somente o boicote violento — mediante violência ou grave ameaça — é adequado ao modelo descrito no tipo penal. *Contrato de trabalho*, que pode ser individual ou coletivo, é o "acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego" (art. 442 da CLT). *Matéria-prima* é o produto original, massa ou substância bruta da qual se pode extrair alguma coisa, isto é, serve para produzir ou industrializar algum outro produto. Somente o boicote por matéria-prima ou produto industrial ou material caracterizam o crime, ficando afastado, por conseguinte, quando a boicotagem for motivada por dinheiro, em razão do princípio da tipicidade taxativa.

Não é necessário que o ofendido *oponha resistência efetiva* contra a coação ou procure superá-la, pedindo socorro ou empregando qualquer outro recurso; é suficiente que, mediante violência ou grave ameaça, tenha-se violentado sua liberdade interna, constrangendo-o, assim, a realizar o que lhe foi imposto ou a não fazer o que pretendia, sem amparo legal. É indispensável a *relação de causalidade* entre o emprego da *violência* ou *grave ameaça* ou qualquer outro meio e a submissão da vitima à vontade do coator.

4.3 Formas ou meios de execução: mediante violência ou grave ameaça

A lei estabelece as seguintes formas de realização do *atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta*: (a) mediante *violência* (força física, real) ou (b) *grave ameaça* (violência moral, intimidação, *vis compulsiva).* No *atentado contra a liberdade de contrato de trabalho* e *boicotagem violenta*, a exemplo do crime examinado no capitulo anterior, os meios executivos são a *violência* e a *grave ameaça.* O emprego de uma ou de outra constitui a *ratio* da incriminação.

a) *Mediante violência* — O termo *violência* empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa *violência* pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A *violência* poderá ser *imediata*, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e *mediata*, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada.

b) *Mediante grave ameaça* — Constitui forma típica da "violência moral"; é a *vis compulsiva*, que exerce *força* intimidativa, inibitória, anulando ou minando a *vontade* e o *querer* do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a *ameaça* também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa, como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo, nas duas figuras típicas, é constituído pelo dolo, representado pela vontade consciente de constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a firmar contrato de trabalho ou a boicotar alguém na entrega de matéria-prima ou produto industrial ou agrícola.

O *elemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *especial fim de agir*, qual seja, *o fim* de constranger a vítima à ação ou omissão pretendida (descrita no tipo penal). Não havendo a finalidade de constranger o ofendido a fazer ou não fazer o que o sujeito ativo pretende, o crime não será o de atentado à liberdade de contrato de trabalho e boicotagem

violenta, mas somente aquele que resultar da violência ou grave ameaça (vias de fato, ameaça, lesões corporais etc.).

5.1 Impossibilidade da modalidade culposa

De modo geral, a doutrina tem entendido desnecessária a presença de elemento subjetivo especial do injusto. Não há previsão da modalidade culposa de atentado à liberdade de contrato de trabalho ou boicotagem violenta. Na verdade, os meios executórios — violência e grave ameaça —, por si sós, já afastam qualquer possibilidade de discutir a eventualidade ou razoabilidade de criminalizar a modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Na primeira figura, consuma-se com a assinatura do contrato ou com o início do trabalho; na segunda, o crime consuma-se com a omissão pretendida pelo agente: não aquisição ou não fornecimento. A tentativa é, em tese, possível. Deve-se ter presente que *não se trata de crime de mera atividade*, que se consuma com a simples ação, mas de crime de lesão, que tem *execução complexa*, exigindo duplicidade comportamental: a *ação coativa* do sujeito ativo e a *atividade coagida* do sujeito passivo, fazendo ou não fazendo o que foi constrangido. Assim, *consuma-se* o crime quando o *constrangido*, em razão da *violência* ou *grave ameaça* sofrida, começa a fazer ou não fazer a imposição do sujeito ativo. Enquanto o coagido não ceder à vontade do sujeito ativo, isto é, enquanto não der início ao "fazer ou não fazer", a *violência ou grave ameaça* podem configurar somente a tentativa.

Como *crime material*, admite a *tentativa*, que se verifica com o início da ação constrangedora, que pode ser fracionada. A exigência de uma *execução complexa*, com a ação do sujeito ativo, de um lado, e a *atividade do coagido*, de outro, facilita a identificação do *conatus*.

7 Concurso de crimes: violência tipificada

Se qualquer das condutas for praticada com *violência à pessoa*, haverá concurso de crimes (formal impróprio), *cumulando-se* as respectivas penas (critério do cúmulo material).

A *cominação cumulativa* das sanções cominadas ao crime de atentado à liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta com a pena

correspondente à *violência* não criou uma espécie *sui generis* de concurso material, mas adotou tão somente o *sistema do cúmulo material* de aplicação de pena, a exemplo do que fez em relação ao *concurso formal impróprio* (art. 70, 2ª parte). Aplica-se, nesse caso, por expressa determinação legal, o sistema de aplicação de penas do *cúmulo material*, independentemente da existência ou não de "desígnios autônomos". A *aplicação cumulativa de penas*, mesmo sem a presença de "desígnios autônomos", constitui exceção da aplicação de penas prevista para o concurso formal impróprio.

No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material*, como acontece com quaisquer outras infrações penais, do crime de *atentado contra a liberdade de trabalho* com outros crimes violentos, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de *unidade de ação ou omissão*, caracterizadora do concurso formal.

8 Pena e ação penal

A pena cominada, cumulativamente, é detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência; a ação penal é *pública incondicionada*. Em todas as hipóteses, são acrescidas ainda as penas correspondentes à violência, que, de per si, constitui crime. A competência é da Justiça Federal (art. 109, VI, da CF).

Atentado contra a liberdade de associação

Art. 199. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

— V. arts. 511 e s. da CLT (organização sindical).

— V. art. 3º, *f*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

— V. art. 5º, XVII, da CF.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No Brasil, a Constituição de 1934 foi o primeiro estatuto legal a garantir o direito de *sindicalizar-se.* A proteção penal, contudo, que fora desconhecida dos Códigos Penais anteriores, foi introduzida pelo legislador de 1940. Sebastian Soler *(Derecho Penal argentino*, p. 144), comentando artigo do Código Penal argentino, semelhante ao nosso, afirmou que referida infração penal é uma *criação moderna da luta econômica.* A liberdade associativa foi elevada a garantia fundamental pela Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, XVII, e 8º, V).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a liberdade de associação e filiação sindical ou profissional, assegurada pela atual Constituição Federal (arts. 5º, XVII, e 8º, V). Com absoluta razão Heleno Fragoso *(Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 652), com a coragem que sempre o caracterizou, criticava duramente a forma como a "liberdade sindical" era concebida nos "anos de chumbo", nos seguintes termos: "Todos sabem que se trata de liberdade inteiramente ilusória, pois o Ministério do Trabalho controla com mão de ferro a organização dos sindicatos, aplicando textos ditatoriais da CLT (arts. 528 e 530, *a*). Seja como for, a liberdade de associação é que constitui o bem jurídico que a lei penal tutela".

A *liberdade sindical* e de associação representam um dos pressupostos de um *Estado Democrático de Direito*. Pelos termos do art. 199, a tutela penal abrange as diversas modalidades de associações e sindicatos, pois o que protege é exatamente a liberdade associativa.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo desnecessária condição ou qualidade especial. Pode ser, inclusive, membro ou integrante de sindicato ou associação. Esses, normalmente, são as pessoas mais interessadas no ingresso ou não de certas pessoas em determinado sindicato ou associação. Se o sujeito ativo for *funcionário público*, sua conduta poderá configurar também o crime de abuso de autoridade (art. 3º, *f*, da Lei n. 4.898/65).

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa, desde que se trate de trabalhador ou profissional que possa integrar algum sindicato ou

alguma associação de classe. Na modalidade de conduta "deixar de participar", sujeito passivo somente pode ser membro ou integrante de associação ou sindicato, o qual seja constrangido a *abandonar;* nessa modalidade, portanto, trata-se de *crime próprio*.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação básica do tipo é *constranger* alguém mediante violência ou grave ameaça. Constrangimento mediante violência e grave ameaça tem o mesmo sentido daquele utilizado nos artigos anteriores, já analisados, para onde remetemos o leitor. Somente é criminalizada a conduta de constranger, mesmo mediante violência ou grave ameaça, a participação ou não participação em *determinado* sindicato ou em *determinada* associação profissional. O constrangimento a participar ou não participar, *genericamente*, de qualquer sindicato ou associação não tipifica esse crime, mas tão somente o crime de constrangimento ilegal (art. 146).

Associação profissional pode ser definida como gênero da qual o sindicato é a espécie. Associação é a união ou agrupamento de pessoas cuja finalidade é a defesa, estudo e coordenação dos interesses profissionais que constituem ou integram referida entidade associativa (art. lº do Decreto-Lei n. 1.402/39 e art. 511 do Decreto-Lei n. 5.452/43 — CLT). *Sindicato*, por sua vez, é a associação profissional reconhecida pelo Poder Público como legítima representante da classe de sindicalizados (art. 50 do Decreto-Lei n. 1.402/39 e art. 561 da CLT). Não há sindicato sem os requisitos ou formalidades legais. A partir do decreto-lei antes referido, distinguiu-se associação e sindicato; assim, é possível categorias associarem-se sem se sindicalizar, mas é impossível sindicalizarem-se sem associar-se, numa verdadeira relação de gênero e espécie.

4.1 Trabalho individual e crime contra a organização do trabalho

Trabalho, protegido penalmente, neste Título, é instituto de *interesse coletivo.* Não se confunde com o direito individual do *empregado* ou do *empregador,* pois interessa, antes de tudo, à coletividade, ao Estado, em última instância. A lesão produzida por essa infração penal deve repercutir nas relações de trabalho, e não apenas no interesse particular deste ou daquele trabalhador ou empregador, individualmente considerado. Em outros termos, se a conduta do sujeito ativo nem sequer gerar perigo para a

organização do trabalho, isto é, não ultrapassar os interesses individuais para atingir os do sindicato ou associação profissional, não se pode falar em crime contra a organização do trabalho.

Somente haverá resultado próprio do crime de atentado contra a liberdade de associação *ocorrendo perigo* para a existência ou funcionamento do sindicato ou da associação. Caso contrário, o fato será restrito à *relação individual de trabalho.* O trabalho, como bem despersonalizado, não é afetado. Os meios executórios do crime de atentado à liberdade de associação — violência ou grave ameaça — são os mesmos dos artigos anteriores, que receberam exaustiva e até repetitiva análise de nossa parte.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de atentado contra a liberdade de associação é o *dolo*, constituído pela vontade livre e consciente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a *participar* ou *deixar de participar* de determinado sindicato ou associação profissional. Não há previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o atentado contra a liberdade de associação quando o agente, com violência ou grave ameaça, impede a associação de alguém em determinado sindicato ou associação profissional ou quando, por meio da mesma espécie de conduta, consegue fazer alguém associar-se em determinado sindicato ou associação profissional. Em outros termos, o atentado à liberdade de associação consuma-se no momento em que o ofendido, em razão dos meios violentos empregados, participa ou deixa de participar de sindicato ou de associação profissional.

Admite-se, em tese, a tentativa. Com o eventual emprego de meio violento, sem conseguir a efetiva adesão a sindicato ou associação profissional, ou então o impedimento de tal adesão, o crime não passará de sua modalidade tentada.

7 Pena e ação penal

A pena cominada, *cumulativamente*, é de detenção, de um mês a um ano,

e multa, além da pena correspondente à violência, que, em si mesma, constituir crime. Eventual contravenção (vias de fato, por exemplo) não determina a cumulação de penas. A ação penal é de natureza *pública incondicionada.* A competência é da Justiça Federal, e, por extensão, a atribuição investigativo-policial é da Polícia Federal. Mas a competência somente será da Justiça Federal se a ação do agente atingir a existência da associação ou do sindicato, que é um interesse coletivo de todos os trabalhadores. No entanto, será da competência da Justiça Estadual, se for atingido somente o interesse individual do trabalhador.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Organização do trabalho (CP, parte especial, Título IV) é objeto jurídico. Trabalho, aqui, é instituto de interesse coletivo. Não se confunde com o direito individual do empregado e do empregador. Interessa, antes de tudo, à sociedade, ao Estado. Repercute nas relações de trabalho. Se a conduta do trabalhador e do empregador não gera sequer perigo para a organização do trabalho — não extrapolando efeitos a sindicato, ou associação profissional — não se configura o crime descrito no art. 199 (CP) — atentado contra a liberdade de associação. Só haverá resultado próprio desse crime ocorrendo perigo para a existência, ou funcionamento do sindicato, ou da associação. Caso contrário, o fato será restrito à relação individual de trabalho. O trabalho, como bem jurídico despersonalizado, não é afetado" (STJ, RHC 4.749/CE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28-11-1995).

Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem

Art. 200. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Para que se considere coletivo o abandono de trabalho, é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No direito brasileiro, a criminalização do exercício da greve ocorreu,

pela vez primeira, com o Código Penal de 1890, na contramão do espírito filosófico-econômico que animava os proclamadores da República. Esse descompasso político-filosófico levou a rápida alteração, nesse particular, do primeiro Código republicano.

A Constituição de 1937 considerou toda greve e todo *lockout* condutas antissociais, incompatíveis com os interesses nacionais (art. 139), postura adequada, diga-se de passagem, ao período ditatorial do *Estado Novo.* O Código Penal de 1940, no entanto, proibiu somente a *greve violenta* ou aquela em que houvesse interrupção de serviço de interesse coletivo (art. 201). A Constituição Federal, símbolo de outros tempos, ao contrário daquela do Estado Novo, assegura aos trabalhadores o direito de greve (art. 9º), nos limites de um Estado Democrático de Direito.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, ao contrário do que tem sustentado a imensa maioria da doutrina, *não é a liberdade de trabalho.* Greve e *lockout* não são exercício do direito de trabalhar, mas sua negação, ou seja, é seu não exercício; greve é o não trabalho. O bem jurídico tutelado é a regularidade e moralidade das relações trabalhistas, é a correção e a moralidade que devem orientar os contratos de trabalho, que, *venia concessa,* não se confunde com "liberdade de trabalho". Na verdade, *greve* e *suspensão de trabalho,* como elementares do crime em exame, em princípio não o caracterizam; somente quando qualquer das duas for executada *com violência* contra a pessoa ou contra coisa.

3 Sujeitos ativo e passivo

O *sujeito ativo* deve ser necessariamente *empregado* ou *empregador,* pois o tipo penal prescreve a *suspensão* ou o *abandono coletivo de trabalho.* Em outros termos, sujeito passivo será o participante da greve violenta, ou o empregador que tenha promovido a *suspensão do trabalho (lockout)* mediante violência. Na hipótese da *greve,* o crime é plurissubjetivo, isto é, crime de concurso necessário, uma vez que, além de referir-se a *abandono coletivo,* reforça, a nosso juízo desnecessariamente, a exigência do concurso de no mínimo três empregados. Equivocam-se aqueles doutrinadores que sustentam tratar-se de crime unissubjetivo, pois ignoram que não existe "coletivo representado por uma unidade". No caso

do *lockout*, é desnecessária a multiplicidade de empregadores, não sendo hipótese de concurso necessário; se houver concurso, será eventual (art. 29 do CP). Nesse particular, Magalhães Noronha *(Direito* Penal, v. 2, p. 65) sustentava equivocadamente ser "indispensável que os patrões (da mesma empresa) sócios ou empregados de categoria *participem* do *lockout* violento".

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, sem condição especial, incluindo empregado e empregador. A *pessoa jurídica* pode ser sujeito passivo do crime na modalidade de abandono coletivo de trabalho, independentemente de a violência ser praticada contra a pessoa ou contra coisa, ao contrário do entendimento sustentado por Luiz Regis Prado *(Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 95). Na verdade, pode haver dupla subjetividade passiva, isto é, a vítima da violência pode ser distinta da vítima da greve ou da suspensão de trabalho.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *participar,* que, segundo o próprio texto legal, *exige pluralidade de pessoas,* no mínimo três (parágrafo único); *de suspensão ou abandono coletivo de trabalho,* praticado com violência contra pessoa ou contra coisa. A *violência* (real) deve ser praticada durante a suspensão ou abandono de trabalho coletivo. A violência é aquela utilizada contra a pessoa ou contra a coisa no exercício da ação tipificada propriamente, e não para coagir alguém a participar da greve ou suspensão de trabalho. Essa conduta está tipificada no art. 197, II. Como a finalidade da violência empregada é garantir a eficácia da pressão, inviabilizar possível tentativa de conciliação ou, entre outras razões, pela brutalidade natural dos participantes, ela deve ocorrer no curso da ação, isto é, da suspensão ou da paralisação coletiva do trabalho.

4.1 A incriminação alcança todos os participantes

A nosso juízo, a incriminação alcança todos os que *participarem,* independentemente de serem ou não os autores da violência, sendo suficiente o vínculo psicológico entre eles. Com efeito, a locução "praticando com violência" é elementar do tipo, que, nos termos do art. 30 do CP, comunica-se a todos os que intervierem em sua realização, independentemente de terem ou não empregado violência. Basta que

tenham anuído à conduta dos demais. O simples porte de armas brancas pelos "piquetes" de greve com o objetivo de impedir o trabalho de outros companheiros, ocasionando a paralisação das atividades do empregador, não constitui violência contra a pessoa ou contra a coisa, respaldada pela previsão do art. 200 do CP.

As ações ilícitas decorrentes de greves não podem ser enquadradas como crimes contra a organização do trabalho se não ofendem órgãos e instituições destinados a preservar coletivamente o trabalho, mas pessoas isoladamente.

4.2 Abandono coletivo e suspensão do trabalho

Abandono coletivo do trabalho é a paralisação efetuada pelos trabalhadores, ou seja, a tradicional greve. Contudo, a despeito de o dispositivo falar em "abandono coletivo", não se trata de crime de concurso necessário, isto é, aquele que exige, necessariamente, a participação de mais de uma pessoa em sua execução. Na verdade, o legislador pretendeu apenas evidenciar a necessidade de o abandono coletivo ocorrer pelo menos de parte de três empregados conjuntamente.

Quanto à *suspensão do trabalho*, que é sua paralisação promovida pelos empregadores *(lockout)*, isto é, a "greve patronal", não há a mesma exigência no tipo penal, por isso não se pode afirmar que para a configuração da conduta típica a suspensão deva operar-se por, pelo menos, três patrões. Contudo, segundo a doutrina majoritária, o verbo nuclear, "participar", demonstra a necessidade da intervenção de, pelo menos, três pessoas, podendo ser um empregador e dois empregados, por exemplo.

4.3 Violência contra pessoa ou coisa

A greve em si mesma não constitui crime; além de ser um direito democraticamente assegurado aos trabalhadores, foi elevada ao nível de garantia constitucional (art. 9º). Somente a *greve* promovida mediante *violência*, tanto contra pessoa quanto contra coisa, é tipificada como crime. Por isso, a *greve sem violência*, mesmo que seja declarada ilegal pelos órgãos fiscalizadores, não constituirá crime *se não houver violência física*. A simples ilegalidade da greve não a transforma, *ipso facto*, em crime, pois a ilicitude penal sempre enriquecida de exigências típico-normativas não respalda todas as ilicitudes do ordenamento jurídico, mas somente aquelas que se adequarem a determinado modelo descrito em um dispositivo penal.

Esse dispositivo afasta as consequências da distinção que o Código Penal faz em relação à *violência praticada sobre a coisa* e à *violência praticada contra a pessoa*, quando tipifica *os crimes de furto e de roubo.* Assim, indiferentemente, tanto a violência empregada contra a coisa como a utilizada contra a pessoa são elementares do crime "paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem". A *violência* deve ser anterior ou contemporânea ao período de suspensão ou abandono coletivo de trabalho. Na verdade, não há qualquer relevância se a violência contra pessoa ou coisa se opera antes ou depois do início da greve ou da suspensão do trabalho, desde que, logicamente, se concretize antes da consumação do crime. A ausência de previsão legal dos meios, modos ou formas de praticar a violência autoriza a utilização de quaisquer deles — manuais ou mecânicos —, desde que sejam idôneos para o fim proposto.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa. É indispensável que o sujeito ativo tenha consciência do emprego da violência no exercício da atividade incriminada.

Não é exigido qualquer elemento subjetivo especial do tipo, sendo, por isso, irrelevante o motivo ou a razão pela qual a greve ou o *lockout* se realiza. Não há previsão, tampouco, de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a suspensão ou abandono coletivo do trabalho e a prática de violência, isto é, consuma-se o crime no momento em que, instalada a greve ou o *lockout,* se produz a violência contra pessoa ou coisa. Como normalmente a maioria dos grevistas está investida de espírito pacífico, isto é, participa da greve realmente pelos fins nela declarados, somente respondem pela violência aqueles que dela participaram ou, de alguma forma, para ela concorreram, embora todos respondam pelo crime previsto neste artigo.

Admite-se, como crime material, a tentativa. Quando, por exemplo, a despeito da violência empregada, por razões estranhas à vontade dos participantes, o resultado pretendido não se produzir, caracterizada estará a

tentativa.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativamente,* são detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

Paralisação de trabalho de interesse coletivo

Art. 201. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

— V. art. 3º, II, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Penal de 1940 dispensa tratamento distinto para a greve em *empresas privadas* (art. 200) e *empresas públicas* ou que pelo menos executem serviços de interesse coletivo (art. 201). Ao contrário do diploma anterior, não admitiu como meio executório a greve mediante grave ameaça, mas somente aquela praticada mediante violência física; inovou igualmente nas sanções cominadas, como veremos ao final.

Sob os auspícios da Constituição ditatorial de 1937, o legislador de 1940 criminalizou a prática de greve ou do *lockout,* pacíficos ou não, de atividades públicas ou de interesse social. Posteriormente a esse diploma legal codificado, inúmeras leis disciplinaram o direito de greve, ampliando ou restringindo esse direito, dentre as quais destacamos as seguintes: a Lei n. 4.330, de 1º de junho de 1964, que, para parte da doutrina, ao regulamentar o direito de greve, teria revogado o art. 201 do Código Penal, admitindo-a, contudo, em atividades fundamentais (art. 16). A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, conhecida como Lei de Greve, revogou a Lei n. 4.330, disciplinou o direito de greve, definiu as atividades essenciais, além de regular o atendimento das atividades inadiáveis da comunidade.

1.1 A possível revogação do dispositivo em exame

Discute-se longamente sobre a validade ou revogação do art. 201 ora em exame, não apenas pela Lei n. 7.783/89, mas com o reforço que esta recebeu com o advento da Constituição Federal de 1988. De modo geral, a doutrina tem considerado revogado esse dispositivo penal, orientação que também adotamos.

Confrontando a atual Lei de Greve (n. 7.783/89) e a Constituição Federal de 1988, parece-nos inquestionável que o disposto no art. 201 do Código Penal se encontra efetivamente revogado. Contudo, considerando as divergências reinantes sobre o tema, faremos brevíssimas considerações sobre esse dispositivo penal, embora consideremos impecável a conclusão de Alberto Silva Franco *(Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 2863) ao afirmar que, caso "seja usada violência ou grave ameaça para a interrupção da obra pública ou serviço de interesse coletivo, então o delito cometido será aquele do art. 200 do CP. Em conclusão, a penalização ou tipificação da conduta antes descrita no revogado art. 201 como crime é que ficará na dependência da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da CF, à qual cometeu a tarefa de estabelecer os limites do direito de greve e as sanções cabíveis".

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, a exemplo do artigo anterior, *não é a liberdade de trabalho.* Greve e *lockout* não são exercício do direito de trabalhar, mas sua negação, ou seja, o seu não exercício; greve é o não trabalho. O bem jurídico são a regularidade e a moralidade das *relações trabalhistas,* especialmente aquelas *relacionadas a obras públicas ou serviços de interesse coletivo;* são a correção e a moralidade que devem orientar os contratos de trabalho, o que, *venia concessa*, não se confunde com "liberdade de trabalho".

Na verdade, a simples *greve* ou *suspensão de trabalho,* mesmo sem violência, tipificam o crime, desde que provoquem a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo, ao contrário do previsto no artigo anterior, em que somente se configuram quando qualquer das duas for executada *com violência* contra pessoa ou contra coisa.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo deve ser, necessariamente, o *empregado* (greve), o *empregador* (suspensão) que tem sob sua responsabilidade a obra pública ou o serviço de interesse coletivo, pois o tipo penal prescreve a *suspensão* ou o *abandono coletivo de trabalho*. Pode ser, inclusive, o próprio trabalhador, na hipótese, conjugando-se a abrangência do art. 29 do CP, por meio da figura do concurso de pessoas. Em outros termos, sujeito passivo será o participante da greve violenta, ou o empregador que tenha promovido a *suspensão do trabalho (lockout)* mediante violência.

No caso de *lockout, é* desnecessária a multiplicidade de empregadores, não sendo hipótese de concurso necessário; se houver concurso, será eventual (art. *29* do CP). Nesse particular, Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 65) sustentava equivocadamente ser "indispensável que os *patrões* (da mesma empresa), sócios ou empregados de categoria *participem* do *lockout* violento".

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, sem condição especial, incluindo empregado e empregador. *A pessoa jurídica de direito público* pode ser sujeito passivo do crime na modalidade de abandono coletivo de trabalho. Mediatamente, pode ser sujeito passivo a coletividade, beneficiária da obra pública ou serviço do interesse coletivo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *participar* de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, nos mesmos termos do artigo anterior. No entanto, a incriminação, aqui, ocorreria quando provocasse a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo, independentemente do emprego de violência contra coisa ou pessoa. *Suspensão coletiva de trabalho* é a greve patronal *(lockout). Abandono coletivo de trabalho* é a greve dos empregados. Constituirá crime se de qualquer deles — suspensão ou abandono — resultar a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.

É indispensável que haja a participação de um número razoável de empregados. A participação de determinado número, insuficiente para acarretar a interrupção da obra pública ou serviço de interesse coletivo, não tipifica a ação.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de

participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando, assim, a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo. O dolo pode ser direto e eventual, mas sem qualquer exigência de elemento subjetivo especial do injusto. Tampouco há previsão de modalidade culposa. Não sendo exigido elemento subjetivo especial do injusto, é, por isso mesmo, irrelevante o motivo ou a razão pela qual a greve ou o *lockout* se realizam.

5.1 Tipicidade de greve pacífica: excepcionalmente

A greve pacífica e ordeira em *atividades fundamentais* era incriminada. Este dispositivo (art. 201), como referido nas considerações preliminares, foi revogado pela Lei n. 4.330/64, que regula o direito de greve, tornando-a admissível em atividades fundamentais. A Emenda Constitucional de 1969 declarou que não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei (art. 162). Evidentemente que esse texto constitucional não tem o condão de revigorar a incriminação de uma lei revogada. A "nova" Lei de Greve, n. 7.783/89, por sua vez, revogou a Lei n. 4.330/64. A atual Constituição Federal (1988) consagrou o *direito de greve* de forma ampla. Somente os abusos sujeitam os responsáveis às penas da lei (art. 9º, § 2º, da CF). Assim, o art. 201 do CP, em nossa concepção, é inaplicável. Há, no entanto, crime de greve pacífica, nos casos dos arts. 2º, I, e 22 da Lei n. 4.330/64, devendo-se considerar o disposto na Lei de Greve (n. 7.783/89).

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a suspensão ou abandono de obra pública ou serviço de interesse coletivo, isto é, consuma-se o crime no momento em que, instalada a greve ou o *lockout*, se produz a interrupção da obra pública ou serviço referido no tipo. Admite-se, como crime material, a tentativa. Quando, por exemplo, a despeito do início da realização de greve pacífica, por razões estranhas à vontade dos participantes, não ocorrer a paralisação de obra ou serviço de interesse público, caracterizada estará a tentativa.

7 Pena e ação penal

As *penas cominadas*, cumulativamente, são detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência, com as observações

que fizemos relativas a esse tema, nos exames dos arts. 197 e 198; a ação penal é pública incondicionada.

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem

Art. 202. Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Os Códigos Penais de 1830 e 1890 não prescreveram nenhum modelo típico semelhante à "invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola", descrito no art. 202 do atual Código Penal, pois vigiam em períodos em que o direito de greve e a liberdade de trabalho não tinham a mesma expressão sociopolítica.

O Código Penal de 1940, surgindo em período econômica, política e culturalmente distinto daquele do século XIX, necessitava reprimir eventuais excessos que pudessem ser cometidos por organizações, associações profissionais ou sindicatos, visando garantir a ordem e estabilidade sociais. Essa nova realidade sociocultural justificou a adoção, pelo legislador de 1940, do crime em exame, inspirando-se no Código Penal Rocco de 1930 (art. 508).

2 Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos protegidos são, ao mesmo tempo, a liberdade e a organização do trabalho. O patrimônio do proprietário também se inclui na proteção jurídica desse tipo penal. Trata-se, na verdade, de *crime pluriofensivo,* pois viola bens jurídicos individuais que se vinculam ao funcionamento normal de estabelecimento de trabalho e a sua integridade.

A despeito de esse crime situar-se em outro Título do Código Penal, a

verdade é que não se pode ignorar que o patrimônio individual é o centro da tutela penal. Por isso, acreditamos que se trata de uma figura topograficamente mal situada; certamente estaria mais bem localizada no Título que cuida dos crimes contra o patrimônio.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, empregada ou não. Apesar de não ser crime de concurso necessário, por sua natureza dificilmente será executado por uma única pessoa. Assim sendo, como crime de forma livre, pode ser executado por uma ou mais pessoas, indistintamente.

Sujeitos passivos são o proprietário do estabelecimento e a coletividade, conjuntamente. Ninguém pode ser mais interessado na regularidade dos serviços prestados e particularmente na integridade de seu estabelecimento, seja ele industrial, comercial ou agrícola, do que o próprio dono. Vivemos em um país capitalista, gostem ou não. O interesse comum da coletividade, embora, no conjunto, seja superior, não é mais intenso, direto e imediato que o do proprietário do patrimônio atingido. Esse aspecto, aliás, é tão eloquente que podemos demonstrá-lo com um dado definitivo: o consentimento do empregador afasta a tipicidade dos comportamentos descritos no dispositivo em exame.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O objeto material é o estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Há duas figuras distintas: 1ª) *invasão ou ocupação de estabelecimento*; 2ª) *sabotagem.* As condutas, alternativas, tipificadas são *invadir,* que significa entrar à força, arbitrária ou hostil; e *ocupar,* que tem o sentido de apossar-se arbitrariamente de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. A *invasão* ou *ocupação* tem a finalidade de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho. A ausência dessa finalidade desclassifica o crime para simples invasão de domicílio. *Impedir é* obstaculizar, não permitir, tornar inviável o curso normal do trabalho. *Embaraçar* tem o sentido de obstar, criar dificuldades, opor óbices etc.

A *sabotagem* apresenta-se sob três modalidades de ação: a) *danificar o estabelecimento;* b) *danificar as coisas existentes no estabelecimento*; c) *dispor das coisas existentes no estabelecimento*. Danificar significa destruir, inutilizar, deteriorar o objeto da proteção jurídica, no caso, qualquer dos

estabelecimentos mencionados. Em qualquer das três hipóteses a ação deve ser praticada *com o fim de impedir ou perturbar* o trabalho; caso contrário, o crime será simplesmente de dano.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *tipo subjetivo é* constituído pelo *dolo,* representado pela vontade consciente de *invadir* ou *ocupar* estabelecimento industrial, comercial ou agrícola ou *danificar* os próprios estabelecimentos ou as coisas neles existentes ou, ainda, delas *dispor.* O elemento subjetivo especial do tipo, que é indispensável, é constituído pelo *fim especial* de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho. Não há previsão de modalidade culposa.

Agindo o sujeito ativo, por exemplo, para fazer justiça com as próprias mãos, não se caracteriza a conduta em exame, mas exercício arbitrário das próprias razões. Sem o *especial fim de agir* podem caracterizar-se os crimes dos arts. 163 (dano) ou 155 (furto), ou ainda do art. 150 (invasão de domicílio); para qualquer das condutas praticadas com *fins políticos*, *vide* o art. 15 da Lei n. 7.170/83.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a invasão ou ocupação, com danificação ou disposição, nas formas descritas, independentemente da obtenção dos fins pretendidos. A sabotagem, por sua vez, consuma-se no momento em que o sujeito ativo danifica o estabelecimento ou as coisas nele existentes, ou no instante em que delas dispõe. A tentativa é admissível em ambos os crimes, visto que a fase executória de qualquer deles admite fracionamento.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativamente,* são reclusão, de um a três anos, e multa. Não há previsão de violência, nem como elementar típica nem como qualificadora ou majorante da sanção penal.

A ação penal é de natureza pública incondicionada.

8 Questões especiais

Praticado o *dano* contra propriedade particular, sem que a denúncia

demonstre a intenção do agente de *embaraçar* o curso normal do trabalho, competente é a *Justiça Estadual* para o processo e julgamento da infração, mediante queixa. Sem o motivo determinante da ação delituosa não se pode inferir a prática do delito previsto no art. 202 do CP, sob qualquer de suas formas.

A entrada de sócio de empresa comercial em escritório da firma para verificar irregularidades que comprometiam seu patrimônio não constitui crime contra a organização do trabalho, pois o que caracteriza o delito do art. 202 do CP é o intuito de embaraçar o curso normal do trabalho, ou, com o mesmo fim, danificar o estabelecimento.

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista

Art. 203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena — detenção, de 1 (um) ano a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Na mesma pena incorre quem:

I — obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;

II — impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

— §§ 1º e 2º acrescentados pela Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal republicano (1890) não se preocuparam com a necessidade de proteção penal de direitos trabalhistas. Assim, o Código Penal de 1940 foi o primeiro diploma legal

brasileiro a disciplinar essa matéria no âmbito criminal.

O preceito secundário do art. 203 (sanção penal) recebeu nova redação, determinada pela Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998. Os §§ 1º e 2º foram acrescentados pela mesma lei. A expressão "crimes contra a organização do trabalho", utilizada no art. 125, VI, da CF, não abrange o crime praticado pelo empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido abrange todo e qualquer direito que seja protegido pela legislação trabalhista. Como destaca Damásio de Jesus *(Direito Penal*, v. 2, p. 47), "O legislador buscou tutelar a legislação trabalhista, entendendo indispensável ao desenvolvimento harmônico da sociedade o cumprimento dos deveres impostos ao empregado e ao empregador". Trata-se, como se percebe, de *norma penal em branco*, pois à legislação trabalhista compete definir e disciplinar os direitos assegurados aos empregados e aos empregadores.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser o empregador, o empregado ou qualquer pessoa (empregador, preposto ou alguém estranho à relação trabalhista), independentemente da existência de relação empregatícia, embora, naturalmente, haja uma relação de emprego entre o autor do fato e o sujeito passivo.

Sujeito passivo direto é a pessoa cujo direito trabalhista é frustrado, violado ou sonegado. Quem sofre direta e imediatamente o dano consequente da infração penal inegavelmente é o titular do "direito frustrado". Mediatamente, pode-se admitir o próprio Estado como sujeito passivo. Com efeito, a *fraude* pode ser praticada pelo patrão ou pelo operário, ou por ambos, de comum acordo, para, por exemplo, violar direito assegurado pelas leis trabalhistas, que, sendo de ordem pública, são irrenunciáveis. Nessa hipótese, o sujeito passivo direto e imediato é o Estado, e não o empregado ou operário.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação consiste em *frustrar* (impedir, iludir, privar), mediante violência ou fraude, direito assegurado pela legislação do trabalho. Os meios executivos devem ser mediante *violência (vis corporalis)* ou *fraude* (manobra ardilosa, astuciosa, uso de artifício). Sobre o que seja violência, recomendamos que se observem as considerações feitas na análise dos arts. 197 e 198 deste Código.

A ameaça (*vis compulsiva)* não é meio idôneo para praticar o crime, pois o tipo penal adota como meios executivos somente violência (*vis corporalis)* e fraude. A ação do agente frustra *direito assegurado pela legislação do trabalho.* Trata-se de *norma penal em branco,* dependente de definição da legislação trabalhista, pois será nela que identificaremos essa norma complementadora do tipo penal em análise. Embora a lei não distinga, pelo menos expressamente, entre direitos renunciáveis e irrenunciáveis, certamente visa, sobretudo, proteger. Tratando-se, é fácil reconhecer, de *direitos renunciáveis,* o empregado pode legalmente deles abrir mão, sendo desnecessária a adoção, pelo empregador, dos meios fraudulentos, que o legislador pretende coibir.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime é o *dolo,* constituído pela vontade consciente de *frustrar,* mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação trabalhista. É indispensável que o agente tenha consciência e vontade de empregar o meio executivo, seja a fraude, seja a violência. Não há necessidade da presença de qualquer elemento subjetivo especial do injusto, sendo irrelevantes as razões ou motivos que levaram o agente a praticar a ação incriminada.

O preceito primário da norma penal incriminadora é incompleto, tratando-se de caso típico de norma penal em branco. Somente se poderá identificar uma infração penal após investigação preliminar sobre a existência de um direito trabalhista violado, que deverá ser esclarecido pelas leis trabalhistas.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no lugar e no momento em que o titular de direito assegurado pela legislação trabalhista se vê impedido de exercê-lo, ou seja, *com a frustração efetiva do direito.* Admite-se a tentativa, na medida em

que sua execução pode sofrer fracionamento.

7 Novos tipos assemelhados

Os dois incisos do § 1º, acrescentados pela Lei n. 9.777/98, *criam*, na verdade, *dois novos tipos penais.* O inciso I exige o *elemento subjetivo especial do injusto.* Assim, a *coação* (obrigar também é coagir) para usar mercadorias de determinado estabelecimento só constituirá esse tipo penal se objetivar a impossibilidade de desligamento do serviço. No inciso II, mediante coação ou retenção dos documentos da vítima, objetiva-se impedir o desligamento do trabalho.

8 Penas e ação penal

8.1 Sanções cominadas

As sanções penais anteriormente cominadas, cumulativamente, eram detenção, de um mês a um ano, e multa, além da correspondente à violência, alteradas com o advento da Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998. Com efeito, as penas cominadas, cumulativamente, passaram a ser *detenção,* de um a dois anos, e *multa,* além da correspondente à violência, para o tipo básico e *assemelhados* (incisos I e II).

A política criminal *despenalizadora* e *descarcerizadora* das Leis n. 9.099/95 e 9.714/98 trazem em seu ventre, involuntariamente, o embrião da velha *política criminal funcional:* para afastar-se da abrangência desses dois diplomas legais, os *detentores do poder* exasperam as cominações penais daquelas infrações que lhes aprouverem, como tem ocorrido com inúmeras infrações penais. Na previsão do § 2º, a pena deverá, obrigatoriamente, ser *majorada* entre um sexto e um terço. Pela redação, que é taxativa, parece que houve aí uma preocupação com as "minorias". Nesse sentido, esqueceram-se de arrolar, entre outros, homossexuais, prostitutas, negros, amarelos, asiáticos, drogados etc. Convém recordar, no entanto, que é inadmissível analogia.

8.2 Natureza da ação penal

A ação penal é de *natureza pública incondicionada.* Predomina o entendimento jurisprudencial segundo o qual só será da competência da Justiça Federal quando forem ofendidos órgãos e instituições que

preservem, coletivamente, os direitos trabalhistas.

9 Questões especiais

Pagamento de salário inferior ao mínimo legal tipifica esse crime. Pode haver concurso desse delito com o de falsidade ideológica (art. 299). Há decisões jurisprudenciais entendendo que o pagamento dos salários dos empregados com cheque sem fundo não tipifica o crime (TRF, *DJU*, 7-11-1979, p. 8331), mas sim estelionato. Praticam o crime em questão, a nosso juízo, os donos de *postos de gasolina* que descontam do salário dos frentistas os cheques sem fundos recebidos de clientes.

10 Competência para processar e julgar

"Compete à Justiça Comum processar e julgar crime de falsificação e uso de documento particular em reclamação trabalhista, por não importar em prejuízo aos bens, serviços ou interesses da União" (STJ, CComp. 17.428/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, 9-12-1997); "O que estabelece a competência da Justiça Federal são os crimes que afrontam o chamado 'sistema' de órgãos e instituições preservadores, coletivamente, dos direitos e deveres dos trabalhadores, e não o delito cometido por empregador que, em tese, viola, mediante fraude, qualquer direito trabalhista" (TACrimSP, HC, Rel. Des. Roberto de Almeida, *RT*, *587*:327).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Delito previsto no art. 203 do Código Penal praticado em detrimento de alguns ex-empregados. Crime contra a organização do trabalho. Inexistência. Competência da justiça estadual. Não havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, não há que se falar na competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da CF/88. Verificado que o ilícito do art. 203 do Código Penal foi praticado em detrimento de alguns ex-empregados, deve ser declarada competente a Justiça Estadual para instrução e julgamento do feito. Precedentes" (STJ, Conflito de Competência 47.966/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28-2-2007).

"Deu-se, ainda, o crime de frustração dos direitos assegurados pela legislação trabalhista, vez que, além dos trabalhadores não terem sido formalmente registrados, seus direitos trabalhistas não foram quitados, a revelar a configuração desse tipo penal. A fraude da conduta está justamente no não cumprimento da promessa ocorrida durante o ato de aliciamento de pagamento de todos os direitos trabalhistas decorrentes da relação inaugurada. Conquanto o não registro do empregado, quando da contratação ou início da prestação de serviços, seja suficiente para a configuração do delito do art. 203, CP, os recorrentes, mesmo após oito dias de serviço, sequer efetuaram o pagamento

correspondente aos dias laborados, o que está a afastar, assim, o argumento de que não houve tempo hábil para o registro dos empregados, porque o dever do empregador é justamente o de registrar seu empregado antes do início do serviço e efetuar o pagamento do devido nos termos do contrato de trabalho" (TRF-3ª Região, Apelação 2004.03.99.021751-9, Rel. Suzana Camargo, 24-4-2006).

"Frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo. Aplicação analógica da Lei n. 9.249/95. A Lei n. 9.249/95 é clara e expressa ao estabelecer o seu âmbito de eficácia, vale dizer, os crimes definidos na Lei n. 8.137/90 e Lei n. 4.729/65, não podendo, por isso mesmo, ser aplicada a delito previsto no art. 203 do Código Penal. Recurso desprovido" (STJ, RHC 18.010/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-3-2006).

"Frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Recebimento de salário a menor. Pagar salário a menor do que consta na anotação da carteira de trabalho configura, ao menos em tese, o delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, tipificado no art. 203 do Código Penal" (STJ, RHC 15.713/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29-11-2005).

"Sendo certo que somente em 17-7-2000 fora publicada a Lei n. 9.983/2000, que inseriu o art. 337-A no CP, e considerando que as omissões das remunerações pagas aos empregados (fato gerador das contribuições previdenciárias) se deram em 1997, período em que não havia pena cominada àquela conduta, não há como condenar o réu em atenção ao princípio da reserva legal, segundo o qual não pode haver crime nem pena sem lei anterior (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). O crime previsto no art. 203 do Código Penal se constituiu em delito-meio que restou absorvido pelo delito principal, qual seja não anotar as CTPS visando a supressão de contribuição previdenciária. À míngua de prova no tocante à autoria do delito (art. 171 do CP) não há supedâneo legal para um decreto condenatório, impondo-se a manutenção da absolvição" (TRF, 1ª Região, Apelação 2002.34.00.025663-6, Rel. Hilton Queiroz, j. 25-1-2005).

Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho

Art. 204. Frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

— V. arts. 352 a 371 da CLT.

— V. Súmula 115 do TFR.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A Constituição brasileira de 1937 adotou uma política nacionalista, instituindo a nacionalização do trabalho, proibindo que empresas nacionais

contratassem mais estrangeiros do que brasileiros (art. 146). O mesmo princípio nacionalizador foi mantido nas Constituições de 1946 (art. 157, XI) e 1967, com a Emenda n. 1/69 (art. 165, XII). A Constituição Federal de 1988 adotou, nesse particular, outra orientação, determinando que todos — brasileiros e estrangeiros residentes no País — são iguais perante a lei e livres para exercer qualquer atividade profissional (art. 5º, XIII). Na mesma senda da Constituição de 1937, o Código Penal do mesmo ano tipificou como crime a "frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho, desde que fosse praticado mediante fraude ou violência".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o interesse na nacionalização do trabalho, particularmente o interesse do Estado em garantir a reserva de mercado para os brasileiros, em seu próprio território.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser o empregador, o empregado ou qualquer pessoa, independentemente da existência de relação empregatícia. Embora normalmente o sujeito ativo seja o empregador, o crime pode ser praticado por terceiros que, com conhecimento de causa, pratiquem a ação.

Sujeito passivo não é necessariamente uma pessoa física, individual somente. A ofensa, pelo texto legal, produz-se diretamente a interesse coletivo, que é bem representado pelo Estado (Fragoso, *Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 660).

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada consiste em *frustrar* (impedir, iludir, privar), mediante violência ou fraude, direito assegurado pela legislação do trabalho. O meio executivo deve ser *violência (vis corporalis)* ou *fraude* (manobra ardilosa, astuciosa, uso de artifício). A ameaça (*vis compulsiva)* não é meio idôneo para praticar o crime. A ação do agente visa frustrar *obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho,* isto é, as normas legais que determinam o emprego de mão de obra nacional, mais especificamente as leis trabalhistas. Trata-se também de norma penal em branco.

4.1 Meios executórios normativos: mediante fraude ou violência

O Código Penal resolveu determinar as formas de conduta que são tipificadas criminalmente, limitando-as em duas modalidades: aquelas que forem praticadas mediante fraude ou violência. Assim, a *frustração de obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho* que não for cometida mediante fraude ou violência, embora ilegal, não tipificará esse crime, sendo penalmente irrelevante.

a) *Mediante fraude*

Mediante fraude é o primeiro *modus operandi* contemplado expressamente no tipo penal ora em exame. *Fraude é* a utilização de artifício, de estratagema ou ardil para vencer a vigilância da vítima; em outros termos, trata-se de manobra enganosa para ludibriar a confiança existente em uma relação interpessoal, destinada a induzir ou a manter alguém em erro, com a finalidade de atingir o objetivo criminoso. Na verdade, a *fraude* não deixa de ser uma forma especial de *abuso de confiança,* ou, na feliz expressão de Guilherme Nucci, "é uma relação de confiança instantânea, formada a partir de um ardil".

Não há nenhuma restrição quanto à forma, meio ou espécie de *fraude:* basta que seja idônea para desviar a atenção de quem deve vigiar o estrito cumprimento da nacionalização do trabalho. Assim, caracteriza *meio fraudulento* qualquer artimanha utilizada para provocar a desatenção ou distração da vigilância, para facilitar a frustração dessa obrigação legal.

b) *Mediante violência*

A violência requerida pelo tipo penal é somente a *vis corporalis,* estando afastada a violência moral (grave ameaça), que, aliás, foi intencionalmente omitida pelo legislador. Sobre violência praticada contra a pessoa, remetemos o leitor para os capítulos que tratam dos crimes tipificados nos arts. 197 e 198, onde examinamos, com vagar, essa matéria.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo,* constituído pela vontade consciente de frustrar obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho, com emprego de violência ou fraude. O eventual uso de ameaça não tipifica esse crime. Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto. Não há, tampouco, previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva frustração de lei que disponha sobre a nacionalização do trabalho. O momento consumativo será o descumprimento da obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho. Admite-se a tentativa, uma vez que é possível o fracionamento de sua execução. Quando, por exemplo, o agente inicia a execução do crime, não consegue atingir o momento consumativo por circunstâncias alheias a sua vontade.

7 Penas e ação penal

As penas cominadas são, cumulativamente, detenção, de um mês a um ano, e multa, além da correspondente à violência. Sobre a *aplicação cumulativa* da pena correspondente à violência, vejam-se as considerações que fizemos ao analisar os arts. 197 e 198, nesta mesma obra. Heleno Fragoso *(Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 660) destacava que "se frustrando, com violência ou fraude, obrigação relativa à nacionalização do trabalho (art. 204), o agente violar direito individual assegurado pela lei trabalhista, praticará em *concurso formal*, igualmente, o crime previsto no art. 203, CP (art. 70, CP)". A ação penal é de natureza pública incondicionada.

Exercício de atividade com infração de decisão administrativa

Art. 205. Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

— V. arts. 47 e 48 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nossos Códigos Penais do século XIX (1830 e 1890) não cuidaram do crime de exercício de atividade com infração de decisão administrativa. Trata-se de *inovação* acolhida pelo Código Penal de 1940, que a incluiu

entre os *crimes contra a organização do trabalho*. É infração penal que, segundo a Exposição de Motivos, "ou atenta *imediatamente* contra o interesse público, ou *imediatamente* ocasiona uma grave perturbação da ordem econômica" (item 67).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é *a garantia de execução das decisões administrativas*, ou, mais especificamente, o interesse do Estado no cumprimento de suas decisões administrativas. Embora o tipo penal não demonstre essa diretriz, induzindo inclusive a entendimento contrário, a verdade é que a decisão administrativa caracterizadora dessa infração penal será somente aquela relativa a trabalho, ofício ou profissão. Infração a outras decisões administrativas, por certo, não tipifica essa infração penal.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo é a pessoa que está impedida de exercer determinada atividade administrativa. Não deixa de ser uma espécie *sui generis* de crime próprio, embora não exija qualidade ou condição especial; mas somente quem está proibido de exercer pode desobedecer tal proibição. É o óbvio ululante. *Sujeito passivo* é o Estado, titular do interesse violado.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação consiste em *exercer*, isto é, desempenhar, desenvolver, realizar atividade. *Exercer*, ademais, tem o significado de *prática repetitiva de atos próprios* da atividade administrativamente proibida. Requer que o agente aja com *habitualidade*, porquanto o *exercício de atividade implica reiteração*, repetição, constância. Tem, em outros termos, a natureza de *habitualidade*, e somente essa repetitividade é que caracteriza seu exercício, donde se pode concluir que a prática isolada de uma ou outra ação, de um ou outro ato executório por si só, mesmo violando decisão administrativa, isto é, ainda que constitua ilícito administrativo, não tem o condão de caracterizar a infração penal, que é enriquecida, como dissemos, de exigências típico-dogmáticas. Nesse particular, não foi feliz o Supremo Tribunal Federal, em decisão que teve como relator o Ministro Sydney Sanches, ao assumir a seguinte orientação: "A conduta típica prevista no

art. 205, por ser específica, exclui a do art. 282, que trata do exercício ilegal de medicina. Basta um ato de desobediência à decisão administrativa, para que se configure o delito em questão (art. 205)" (STF, HC 74826-1/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 29-8-1997).

Atividade é trabalho, função, ofício, labor; não são, por conseguinte, somente aquelas profissões regulamentadas e aprovadas pelo Ministério do Trabalho, tais como médico, secretária, contador, advogado, doméstica, como entendem alguns. É necessário que haja *decisão administrativa* impedindo seu exercício, e não decisão judicial. Se houver infração à decisão judicial a infração penal será outra (art. 330 — *desobediência* — ou art. 359 — *desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito),* e não esta. Se a desobediência for por exercer função pública, ilegalmente, a figura delitiva será a prevista no art. 324 (exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado).

4.1 Emanação de órgão administrativo competente

Faz-se necessário, ademais, que tal decisão tenha emanado de órgão administrativo legalmente competente para emiti-la. Enfim, o crime consiste em violar a decisão administrativa impeditiva do exercício da atividade. Nesse sentido, pode-se exemplificar com o acerto da seguinte decisão do TACrim de São Paulo: "Configura em tese o delito previsto no art. 205 do CP de 1940 exercer a advocacia em reclamação trabalhista após ter a inscrição cancelada pela OAB, em razão da incompatibilidade prescrita no art. 84, VII, da Lei n. 4.215/63".

Pendendo recurso de eventual decisão administrativa, precisa-se distinguir: havendo *efeito suspensivo,* eventual prática da atividade impedida não configura o crime; contudo, sendo o *efeito meramente devolutivo,* configurada estará a infração penal.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo constitutivo do tipo subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de infringir decisão administrativa, praticando a atividade que lhe fora proibida. Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto, sendo, assim, irrelevante a razão ou motivo pelo qual o sujeito passivo infringe a decisão administrativa que lhe veda tal prática.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a *prática reiterada dos atos próprios da atividade* que o sujeito se encontra impedido de exercer, isto é, consuma-se com o efetivo exercício da atividade que está proibido de realizar.

Trata-se de *crime habitual*, e, por essa razão, é inadmissível a tentativa, pois somente a prática reiterada de conduta proibida é capaz de tipificar essa infração penal. Assim, atos isolados constituem um indiferente penal, por não se adequarem à descrição típica.

7 Pena e ação penal

As *penas cominadas*, alternativamente, são detenção, de três meses a dois anos, ou multa. A natureza da ação penal é *pública incondicionada*. Nessa infração penal, não há previsão do meio executório mediante violência; por conseguinte, tampouco se comina cumulativamente pena correspondente à violência.

Considerando-se que, a despeito de encontrar-se no Título que trata dos Crimes contra a Organização do Trabalho, essa infração penal não envolve *interesse coletivo do trabalho*, a competência não é da Justiça Federal, mas da Justiça Estadual (em sentido contrário, ver Regis Prado, *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 128).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Exercício de atividade com infração de decisão administrativa e falsificação de documento particular. Competência. Hipótese em que o recorrido foi denunciado pelos delitos descritos nos arts. 205 e 298 do Código Penal. Havendo conexão ou continência, a regra geral prevista no Código de Processo Penal é a unidade de processos e julgamento perante o juízo prevalente. A competência dos Juizados Especiais, de previsão constitucional, é absoluta" (STJ, REsp 883.863/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-4-2007).

"A conduta imputada ao paciente e pela qual foi condenado é exatamente a prevista no art. 205 do Código Penal: 'exercer atividade com infração de decisão administrativa'. Era competente a Justiça Federal para o processo e julgamento, por se tratar de crime, senão contra a organização do trabalho propriamente dita (art. 109, inc. VI, da CF), ao menos em detrimento de interesses de autarquia federal, como é o Conselho Regional de Medicina, que impusera ao réu a proibição de exercer a profissão (inc. IV do mesmo art. 109 da CF). A conduta típica prevista no art. 205, por ser específica, exclui a do art. 282, que trata do exercício ilegal de medicina. E, no caso, o que houve foi o exercício da profissão, já obstado, anteriormente, por decisão administrativa, que vem a ser descumprida" (STF, HC 74.826/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11-3-1993).

Aliciamento para o fim de emigração

Art. 206. Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— Redação determinada pela Lei n. 8.683, de 15 de julho de 1993.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Essa infração penal foi disciplinada pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico pelo Código Penal de 1940, sob o *nomen juris* "aliciamento para o fim de emigração". A Lei n. 8.683, de 15 de julho de 1993, deu nova redação ao art. 206, acrescentando-lhe a exigência de fraude como elemento objetivo do tipo, além de substituir o verbo "aliciar" por "recrutar" trabalhadores. O Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial, propõe alterações relevantes que, no entanto, a exemplo dos demais dispositivos, optamos por não analisar, em razão da variedade de projetos e anteprojetos que emperram o Congresso Nacional.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o interesse do Estado em garantir a permanência dos trabalhadores brasileiros no Brasil, ou seja, manter a mão de obra no território nacional. Protege-se o interesse público na não emigração do trabalhador nacional, partindo da presunção de que essa evasão de trabalhadores é danosa à economia nacional. Essa presunção é absoluta, não podendo ser elidida, para afastar sua atipicidade, em nenhuma circunstância.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial, tratando-se, portanto, de crime comum.

Sujeito passivo mediato é o Estado, e imediato, qualquer pessoa na condição de trabalhador que seja recrutada mediante fraude. Não nos parece adequado priorizar sempre o Estado em detrimento de direitos sagrados dos

cidadãos; por isso, sempre que for possível identificar o titular do direito lesado, será ele o sujeito passivo do crime, como normalmente ocorre nesse tipo de infração penal, embora grande parte da doutrina entenda que sujeito passivo seja apenas o Estado. Nesse particular, estamos mudando orientação que adotamos em nosso *Código Penal comentado.*

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação consiste em *recrutar,* que tem o sentido de atrair, *aliciar* (aliás, este era o verbo-núcleo, na redação anterior), seduzir pessoas para levá-las a trabalhar no exterior. *Trabalhadores* significa pluralidade, isto é, no mínimo três pessoas que tenham qualificação profissional. O legislador utilizou o vocábulo no plural exatamente para exigir multiplicidade, que, em nossa concepção, deve ser de no mínimo três, pois, quando se contenta com apenas dois, declara expressamente (arts. 150, § 1º, 155, § 4º, e 157, § 2º, II etc.). O grau de habilidade ou qualificação técnica dos trabalhadores é irrelevante para a tipificação do crime. Por trabalhadores deve ser compreendido todos os prestadores de serviço (estagiários remunerados ou não, empregados, autônomos, trabalhadores domésticos, trabalhadores eventuais etc.), e qualquer deles pode ser aliciado.

É necessário que a ação se dirija a pluralidade de pessoas que reúnam a qualidade exigida pelo tipo, isto é, que sejam efetivamente de trabalhadores.

4.1 Punibilidade da emigração fraudulenta

A lei pune a *emigração fraudulenta,* enganadora do trabalhador, não a espontânea. A exigência da elementar "mediante fraude" foi introduzida pela Lei n. 8.683/93, que não existia na redação anterior. Exemplo típico ocorre com o *aliciamento de mulheres* para trabalhar no exterior, exercendo atividades dignas, com altos salários, quando, na verdade, a finalidade é *exercer a prostituição.*

O *aliciamento* para fim de emigração exige a elementar normativa da *fraude* no recrutamento. Simplesmente recrutar trabalhadores com o fim de levá-los para o exterior em si mesmo não é crime, ainda que possa caracterizar-se como ilícito em outras searas jurídicas.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral é o *dolo*, representado pela vontade consciente de recrutar trabalhadores para o exterior, com o uso de meio fraudulento. Há necessidade de um *elemento subjetivo especial do injusto*, constituído pelo *especial fim* de realizar emigração, ao contrário do que pensava Heleno Fragoso *(Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 662). Se a finalidade for levar trabalhadores, em vez do exterior, para outro lugar do território nacional, o crime será o do art. 207, que a seguir será examinado, e não o deste dispositivo. A ausência de tais finalidades na prática dessas condutas as torna irrelevantes para o direito penal.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o *aliciamento* de trabalhadores, recrutando-os com o emprego de fraude, com a finalidade de levá-los para o exterior, independentemente da efetiva emigração (crime formal). É, teoricamente, admissível a tentativa.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativamente*, são detenção, de um a três anos, e multa. A natureza da ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Crime de aliciamento para o fim de emigração. Comprovação do meio fraudulento empregado pelo acusado. Estelionato. Caracterizado o prejuízo aos trabalhadores e a vantagem indevida auferida pelo réu. Prova acusatória hábil a fundamentar um juízo de condenação. Fixação da pena um pouco acima do mínimo legal, para os crimes de aliciamento para o fim de emigração e estelionato, em concurso material" (TRF-3ª Região, Apelação 2000.61.10.000478-8, Rel. Ramza Tartuce, j. 22-9-2003).

"Crime de aliciamento para o fim de emigração. A lei pune o recrutamento de pessoas mediante fraude, com o fim de causar a emigração de trabalhadores, pouco importando se o ânimo é ou não definitivo" (TRF-3ª Região, HC 2003.03.00.007285-0, Rel. Carlos Loverra, j. 16-9-2003).

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional

Art. 207. Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena — detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

— §§ 1º e 2º com redação determinada pela Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Os Códigos Penais do século XIX (1830 e 1890) não se preocuparam com eventual aliciamento de trabalhadores, especialmente dentro do próprio território nacional. O Código de 1890 criminalizava somente a conduta que aliciasse trabalhador para deixar o emprego sob a promessa de recompensa ou ameaça. Assim, o legislador de 1940 inovou com essa figura; se houve justificativa para sua existência naquele tempo, na atualidade perdeu sua razão de ser. Curiosamente, a Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998, ampliou a sanção penal e acrescentou ao artigo os §§ 1º e 2º, majorando as penas exageradamente.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o interesse do Estado em evitar o êxodo de trabalhadores no território nacional. Procura-se evitar que alguma região fique despovoada, em detrimento de outra. Interessa ao Estado, como destaca Paulo José da Costa Jr. *(Comentários ao Código Penal*, p. 691), evitar o êxodo de mão de obra barata, proveniente de zonas desfavorecidas do País, produzindo concentrações urbanas e desajustes socioeconômicos.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade

ou condição especial, tratando-se, portanto, de crime comum.

Sujeito passivo mediato é o Estado; imediato, qualquer pessoa na condição de trabalhador que seja aliciada (mediante fraude, na hipótese do § 1º). Não nos parece adequado priorizar sempre o Estado em detrimento de direitos sagrados dos cidadãos; por isso, sempre que for possível identificar o titular do direito lesado, será ele o sujeito passivo do crime, como normalmente ocorre nesse tipo de infração penal, embora grande parte da doutrina entenda que sujeito passivo seja apenas o Estado. Nesse particular, estamos mudando a orientação que adotamos neste nosso *Código Penal comentado*.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Essa infração penal é similar àquela do artigo anterior, distinguindo-se somente na finalidade: naquele, o recrutamento tem a finalidade de propiciar a emigração; neste, o aliciamento é feito para deslocar os trabalhadores de um local para outro, dentro do próprio território nacional. A ação consiste em *aliciar,* isto é, atrair, recrutar, seduzir trabalhadores, agora internamente. *Trabalhadores,* a exemplo da previsão do artigo anterior, significa pluralidade, isto é, no mínimo três pessoas que tenham qualificação profissional. A lei pune o *êxodo aliciado*, não o espontâneo, uma vez que este é assegurado pela Constituição (direito de ir, vir e ficar); procura preservar essas pessoas em seus locais de origem, visando o equilíbrio da *geografia humana*, e impedir o desajuste social e econômico que o êxodo das zonas mais desfavorecidas produziria. *Localidade* é qualquer lugarejo, vila, cidade ou povoado.

Como a expressão “trabalhadores” não está no singular, exige-se, no mínimo, mais de dois trabalhadores para que possa configurar-se o tipo penal. Para o êxodo ser penalmente relevante, as localidades precisam ser consideravelmente afastadas. Há entendimento jurisprudencial segundo o qual é necessária a demonstração de prejuízo efetivo para a região onde o aliciamento ocorre. Se o *fim* é levar trabalhadores para fora do País, o crime será o do art. 206.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral é o dolo; e o elemento subjetivo especial do tipo é constituído pelo *especial fim* de propiciar o êxodo.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com o aliciamento de trabalhadores, independentemente do êxodo efetivo (crime formal). O crime de *aliciamento* de trabalhadores definido no art. 207 do Código Penal se *consuma* no momento em que o agente convence o trabalhador a transferir-se para outra localidade do território nacional, acertando com ele as condições e os meios como isso se fará. Por conseguinte, os veículos de qualquer natureza utilizados para deslocar-se ao lugar de destino de nenhuma forma podem ser considerados instrumentos desse ilícito ou prova de sua materialidade. No momento do deslocamento, o crime já estava consumado. É, teoricamente, admissível a tentativa.

7 Novo tipo penal (§ 1º)

A Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998, acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 207; no primeiro, cria nova figura penal; no segundo, uma majorante, elevando a pena de um sexto a um terço. O tipo descrito no § 1º é um *misto das infrações* descritas nos arts. 206 e 207, ao menos em uma de suas modalidades, onde consta como meio executório "mediante fraude". Daquele dispositivo contém a exigência de "fraude", e, deste, o êxodo de trabalhadores limita-se ao território nacional. Apresenta três formas: (a) mediante *fraude*; (b) *cobrança de valores* do trabalhador; e (c) não assegurar condições de retomo ao local de origem.

As duas primeiras modalidades são de fácil comprovação; a terceira apresenta uma dificuldade dogmática: *prática condicional* do crime. A ação típica nuclear será o "recrutamento de trabalhadores" ou "a não facilitação do retorno à origem"? E se o trabalho no local recrutado durar dez anos? Qual será o *iter criminis?* É de difícil configuração. Nesse dispositivo não se pune a transferência de trabalhadores dentro do território nacional; pune-se a transferência mediante aliciamento.

8 Pena e ação penal

As penas anteriormente cominadas, *cumulativamente*, eram detenção, de dois meses a um ano, e multa; atualmente, são detenção, de um a três anos, e multa. Mais uma vez, constata-se uma exasperação absurda, *desproporcional* e injustificada das penas cominadas.

Na previsão do § 2º, a pena deverá, obrigatoriamente, ser *majorada* entre um sexto e um terço. Pela redação, que é taxativa, parece que houve aí uma preocupação com as "minorias": menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. É inadmissível analogia. A ação penal é pública incondicionada.

9 Leis n. 9.099/95 e 9.714/98: "fundamentos" para exasperação penal

Repete-se aqui exatamente o mesmo procedimento adotado no § 2º do art. 203. Não só a redação é a mesma mas também, o que é pior, a orientação *político-criminal* que há tempo estamos denunciando: a política criminal *despenalizadora* e *descarcerizadora* dessas duas leis — 9.099 e 9.714 — traz, em seu ventre, involuntariamente, o embrião da *velha política criminal funcional:* para afastar da abrangência desses dois diplomas legais, os *detentores do poder* exasperam as cominações penais daquelas infrações que lhes aprouverem. Mais detalhes sobre esse tema podem ser encontrados em nossa obra *Novas penas alternativas.*

Trata-se, na verdade, de um tipo penal esdrúxulo, desnecessário, superado e, na atualidade, absolutamente injustificado. Nos primórdios da nossa República, ou, vá lá, na primeira metade do século XX até se pode admitir que houvesse esse tipo de preocupação nacional. Contudo, na atualidade, num país absolutamente povoado, com tanta carência de emprego em todos os recantos, sobrando mão de obra em todos os segmentos sociais, essa criminalização perdeu sua razão de ser, pois, como destacava Magalhães Noronha *(Direito Penal*, v. 2, p. 78), "a lei tem em vista a regularidade, a normalidade do trabalho no país, evitando que regiões mais favorecidas corram o risco do *chômage*, enquanto outros, que não oferecem as mesmas vantagens, se despovoem e lutem com a falta de braços. Tal fato rompe a harmonia e o equilíbrio necessários à ordem econômica e social".

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Trata-se de crimes de aliciamento de trabalhadores, redução a condição análoga à de escravo e atentado contra a liberdade de trabalho, cujo alvo não se limitava a determinado grupo de trabalhadores. Inteligência dos comandos insertos no art. 109, V-A, VI, da Constituição Federal, no art. 10, VII, da Lei n. 5.060/66 e no Título IV da Parte Especial do

Código Penal. Precedentes do STF e deste STJ. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Marabá, suscitado" (STJ, Conflito de Competência 47.455/PA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26-9-2007).

"Trata-se de crime de aliciamento de trabalhadores que eram levados de uma unidade da Federação para outra. Pela denúncia, narra-se um sofisticado esquema de burla à organização do trabalho e à dignidade humana. Inteligência dos comandos insertos no art. 109, V-A, VI, da Constituição Federal, no art. 10, VII, da Lei n. 5.060/66 e no Título IV da Parte Especial do Código Penal. Compete, assim, à Justiça Federal processar e julgar a ação penal em apreço" (STJ, RHC 18.242/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6-3-2007).

"O deslocamento do apelante, juntamente com sua filha, para outros Estados da Federação, para efetuarem a divulgação de trabalho rural com promessa de ganhos bastante elevados, utilizando-se, para tanto, de carro de som, caracteriza o crime de aliciamento de pessoas, previsto no art. 207 do Código Penal. A ofensa à Organização do Trabalho, relativamente ao crime do art. 207 do CP, está na ocupação das vagas de emprego abertas por pessoas de outras localidades. A objetividade jurídica do crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional está no não êxodo dos trabalhadores, sendo que se consuma com o simples recrutamento ou sedução dos interessados, com a finalidade de levá-los para outra localidade (Estado da Federação, Município, vila, lugarejo), prescindível, portanto, o efetivo deslocamento" (TRF-3ª Região, Apelação 2004.03.99.021751-9, Rel. Suzana Camargo, 24-4-2006).

Título V - Dos Crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos

Capítulo I - Dos Crimes contra o Sentimento Religioso

Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo

Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

— V. arts. 40 e 65 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

— V. art. 3º, *d* e *e*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).
— V. art. 59, I, da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O legislador de 1940, ao contrário de outros crimes, optou por classificar em um mesmo Título os crimes contra o sentimento religioso e os crimes contra o respeito aos mortos. Além de o respeito aos antepassados e aos mortos apresentar estreita ligação com as mais antigas formas de religião, a Constituição brasileira de 1988 passou a garantir *a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias* (art. 5º, VI).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o *sentimento religioso*, como interesse ético-social, independentemente da religião professada; secundariamente, protege-se a *liberdade de culto e de crença*, a exemplo do que fazia o primeiro Código Penal republicano de 1890. Essa liberdade constitui atualmente uma das *garantias individuais/coletivas* asseguradas pela atual Constituição Federal (1988, art. 5º, VI). O Estado tem interesse em proteger as religiões, como instituições ético-sociais que lhe são úteis e, ao mesmo tempo, necessárias.

3 Sujeitos ativo e passivo

O *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, independentemente de sua crença religiosa ou qualquer outra qualidade ou condição especial. Podem ser sujeito ativo desse crime inclusive pastores, sacerdotes ou "ministros" de outras religiões, como já tivemos exemplos em programas televisivos, num passado recente.

Alguns o denominam *crime vago*, em razão da indeterminacão do sujeito passivo, pois protegeria interesses coletivos (sentimento religioso e liberdade de culto), sendo o *sujeito passivo imediato* desse crime a *coletividade* e, mediatamente, a pessoa que sofrer a ação diretamente. Nesse

sentido, segundo Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 669-70), "Estes crimes violam diretamente interesses coletivos, motivo pelo qual sujeito passivo deles é, primariamente, o corpo social. Será sujeito passivo particular ou secundário qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer a ação incriminada". Outros, contudo, exigem a presença efetiva de alguma *pessoa determinada* para satisfazer a exigência da elementar *alguém* constante do tipo em exame, o que, decididamente, não quer dizer um *grupo indeterminado* de pessoas.

Embora possa parecer, à primeira vista, uma discussão meramente acadêmica, ela se justifica a partir do atual Texto Constitucional, que elevou a *liberdade de consciência e de crença* ao nível de *garantia constitucional individual.*

3.1 A orientação que adotamos

Pessoalmente, achamos que o sujeito passivo ora pode ser a *pessoa individual* (primeira parte do dispositivo penal), ora pode ser a *coletividade ou corpo social* (segunda e terceira partes), dependendo, *in concreto,* da figura lesiva que é praticada. É incontroverso que a *liberdade de consciência e de crença* constitui uma *garantia fundamental individual,* assegurada pela atual Constituição brasileira; no entanto, "o livre exercício dos cultos religiosos" (individual e, ao mesmo tempo, coletivo) e "a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" são garantias constitucionais coletivas. Na primeira hipótese, o *sujeito passivo* é a pessoa de quem se zomba (sacerdote, ministro, crente, religioso etc.); na segunda, pode ser o indivíduo "impedido" ou "turbado" em sua prática religiosa, se a ação incriminada for contra ele praticada, ou a coletividade, quando aquela for dirigida contra o *exercício coletivo de culto religioso;* e, finalmente, na terceira hipótese, o sujeito passivo imediato somente pode ser a coletividade e apenas mediatamente o indivíduo. Nesse particular, pela clareza e precisão, merece ser transcrita a orientação de Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 695), a qual subscrevemos integralmente: "Sujeito passivo, no caso do ultraje, é a pessoa de quem se zomba (sacerdote, ministro, crente). Ou então, no caso de turbação ou vilipêndio de culto, a ofendida é a coletividade religiosa atingida".

Resumindo, a identificação do provável sujeito passivo está diretamente vinculada à conduta tipificada: na primeira figura, do escarnecimento, sujeito passivo é a pessoa física determinada que sofre o escárnio; essa

ação, dirigida aos crentes em geral, não é adequada a essa descrição típica, ao contrário do apregoado pela *Exposição de Motivos;* na segunda, isto é, no impedimento ou turbação de prática ou culto religioso, o sujeito passivo pode ser aquele que sofre diretamente a ação ou, dependendo das circunstâncias, a coletividade religiosa, quando a ação for contra o *exercício coletivo de culto religioso;* finalmente, no caso de vilipêndio, o sujeito passivo é a coletividade como um todo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Embora o Código Penal dispense somente um artigo para o sentimento religioso, prevê na verdade três crimes, como se constata, nas figuras que tipifica. Com efeito, como dissemos nas considerações preliminares, o Código Penal de 1940 reuniu em um único dispositivo esses crimes; aliás, essa é a causa da dificuldade de apurar com segurança, no plano teórico, quem pode ser sujeito passivo dessas infrações penais. Teria adotado melhor técnica legislativa e teria sido mais preciso e mais sistemático se tivesse, por exemplo, destacado o *ultraje a culto religioso* do *impedimento ou da turbação de culto.*

O tipo prevê três figuras distintas: a) *escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa;* b) *impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso;* c) *vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.*

4.1 Escárnio por motivo de religião

A primeira conduta punível é *escarnecer,* que significa zombar, troçar de alguém. O escárnio deve ser realizado *publicamente,* de sorte que a conduta realizada particularmente, sem que chegue ao conhecimento das pessoas em geral, *não é adequada* ao tipo penal. Não é necessário, porém, que o ofendido esteja presente ou que o escárnio se realize face a face; no entanto, deverá dirigir-se a pessoa determinada e não contra grupos religiosos em geral. Isso justifica a afirmação inicial que fizemos sobre o *sujeito passivo imediato* ser a pessoa em particular, alguém. Por fim, o *escárnio* deve ser praticado *por motivo de crença ou função religiosa* da vítima.

Crença é a fé que alguém tem em determinada religião, cujos postulados são aceitos e respeitados incondicionalmente. *Função,* aqui, não é aquela própria do direito administrativo, mas se refere à atividade exercida por

padres, pastores, freiras ou rabinos no desempenho da missão religiosa que escolheram.

4.2 Impedimento ou perturbação de culto religioso

A segunda conduta criminalizada pela norma é *impedir* ou *perturbar* cerimônia ou prática de culto religioso. *Impedir* significa evitar que comece ou paralisar cerimônia já em andamento. *Perturbar,* por sua vez, é tumultuar, embaraçar ou atrapalhar culto ou cerimônia religiosa. Como se trata de crime de forma livre, o meio pode ser qualquer um, escolhido livremente pelo sujeito ativo, tais como vaias, ruídos, violência etc. Perturba a cerimônia ou prática de culto religioso quem a tumultua, desorganiza e altera seu desenvolvimento regular.

Cerimônia é a realização de culto religioso praticado solenemente, isto é, aquele praticado com certo aparato (missa, procissão, casamento, batizado etc.). Prática de *culto* religioso é o ato religioso não solene (reza, ensino de catecismo etc.). A conduta *impeditiva* ou *turbadora* deve, necessariamente, dirigir-se contra culto ou cerimônia religiosa. É irrelevante o local em que esta ou aquele se realiza, ou seja, se ocorre dentro ou fora do templo, como, por exemplo, numa procissão, na via-sacra, que normalmente os católicos celebram na Quaresma. Convém destacar, ademais, que o culto ou cerimônia religiosa protegidos pela lei não podem atentar contra a moral e os bons costumes, como magia negra, macumba etc.

4.3 Vilipêndio público de ato ou objeto obsceno

Por fim, a terceira modalidade de conduta é *vilipendiar* publicamente ato ou objeto de culto religioso. *Vilipendiar* é aviltar, menosprezar, ultrajar ato ou objeto de culto religioso. Essa figura penal preserva o *sentimento religioso* e ao mesmo tempo também a liberdade de culto, aliás, repetindo, assegurados pela Constituição (art. 5º, VI). Também o vilipêndio pode ocorrer em local fechado, dentro ou fora do templo. *Ato de culto religioso,* referido no texto legal, são exatamente as cerimônias e práticas religiosas a que acabamos de nos referir; *objeto de culto religioso* são todos aqueles que servem para a celebração desses atos, tais como altar, púlpito, paramentos, turíbulos etc.

Estão excluídos da tipifícacão aqueles objetos que não integram a essência do culto propriamente dito, como bancos, instrumentos musicais, luminárias, entre outros. Finalmente, é necessário que os objetos do culto

estejam destinados ao culto, pois, se se encontrarem expostos à venda, não tipificarão o crime.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *tipo subjetivo* é constituído pelo dolo, direto ou eventual, representado pela vontade consciente de escarnecer publicamente de alguém, em razão de sua religião ou função religiosa; de impedir ou perturbar a realização de culto religioso ou vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.

Sintetizando, na primeira figura — *escarnecer* —, o elemento subjetivo geral é o dolo (exigido nas três figuras), e o *elemento subjetivo especial* do tipo representado "por motivo de crença ou função religiosa"; na segunda, o elemento subjetivo resume-se a *impedir* ou *perturbar* cerimônia ou culto religioso, não sendo exigido nenhum elemento subjetivo especial do injusto; por fim, na terceira figura — *vilipendiar* —, além do *dolo*, exige-se também o *elemento subjetivo especial do injusto*, qual seja, o propósito de ofender o sentimento religioso. Nas figuras primeira e terceira, não existindo o elemento subjetivo, estará afastada a adequação típica.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime, na primeira figura, com o *escarnecimento* de pessoa determinada; na forma escrita, é *admissível a tentativa*; na segunda figura, consuma-se com o efetivo impedimento ou perturbação (crime material). Consuma-se, em outros termos, o crime do art. 208 do CP com a perturbação da cerimônia religiosa, bastando, para integrar o elemento subjetivo geral das figuras penais, o *dolo eventual*, sendo irrelevante o fim visado pelo agente. Teoricamente, é admissível a tentativa.

Por fim, na terceira figura, o crime consuma-se com o efetivo vilipêndio, isto é, com o menosprezo de ato ou objeto de culto religioso.

7 Majorante especial: com violência

Quando da *violência* empregada resultarem lesões corporais, haverá a *aplicação cumulativa das penas* correspondentes ao crime contra o sentimento religioso e as decorrentes das lesões corporais (violência).

O art. 208, parágrafo único, não criou uma espécie *sui generis* de concurso material, mas adotou tão somente o *sistema do cúmulo material*

de aplicação de pena, a exemplo do que fez em relação ao *concurso formal impróprio* (art. 70, 2ª parte). Assim, quando a *violência* empregada na prática do crime em exame constituir em si mesma outro crime, havendo unidade de ação e pluralidade de crimes, estaremos diante de concurso formal. Impõe-se, nesse caso, por expressa determinação legal, o *sistema do cúmulo material* de aplicação de pena, independentemente da existência de *desígnios autônomos.* A aplicação de penas, mesmo sem a presença de desígnios autônomos, constitui uma exceção de penas prevista para o *concurso formal* impróprio. Mas aquela é *norma genérica*, prevista na Parte Geral do Código Penal (art. 70, 2ª parte); esta, constante do dispositivo em exame (art. 208, parágrafo único) é *norma específica*, contida na Parte Especial do diploma legal, onde se individualizam as normas genéricas ao destiná-las a cada figura delituosa.

No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material* da presente infração penal com outros crimes violentos, como acontece com quaisquer outras infrações, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de unidade de ação ou omissão, caracterizadora do concurso formal.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, *alternativamente*, são detenção, de um mês a um ano, ou multa. Havendo *violência real*, será majorada em um terço, sem prejuízo da pena correspondente à violência; a ação penal é *pública incondicionada.*

Capítulo II - Dos Crimes contra o Respeito aos Mortos

Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária

Art. 209. Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à

violência.

— V. arts. 40 e 65 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal do Império, de 1830, em nosso ordenamento jurídico, não disciplinava essa modalidade de infração penal. O primeiro Código Penal republicano, de 1980, foi o primeiro a preocupar-se com esse tema ao contemplar a profanação de cadáver, sepulturas ou mausoléus como contravenção. Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro de 1940, os crimes contra o respeito aos mortos têm parentesco próximo com os crimes contra o sentimento religioso, o que justificaria a reunião dessas duas categorias de infrações penais num mesmo Título da Parte Especial do Código Penal.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o sentimento de respeito aos mortos. Protege-se o sentimento, ou, na feliz expressão de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 69), o que a lei penal protege não é a paz dos mortos, mas o sentimento de reverência dos vivos para com eles. Com efeito, o sentimento de reverência e piedade para com os mortos é comum à generalidade dos povos; feri-los é ferir a própria sociedade. Todo ser humano normal tem consciência desse sentimento ético-social.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo é qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial. Toda pessoa natural dotada de capacidade e querer pode figurar como sujeito ativo dessa infração penal.

Sujeito passivo é o corpo social, ou seja, a coletividade. Ao corpo social como um todo interessa a manutenção do respeito aos entes que já passaram. A impossibilidade de o cadáver figurar como sujeito passivo reside em sua natureza de *res*, insuscetível de dispor de algum direito: cadáver é objeto, e não sujeito.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A segunda conduta criminalizada pela norma penal contida no art. 209 é *impedir* ou *perturbar* enterro ou cerimônia fúnebre. Protege-se, na verdade, o sentimento de veneração e de piedade que os mortos suscitam. *Impedir* significa evitar que comece ou paralisar a cerimônia já em andamento. *Perturbar*, por sua vez, é tumultuar, embaraçar ou atrapalhar enterro ou cerimônia funerária. Como se trata de crime de forma livre, o meio pode ser qualquer um, escolhido livremente pelo sujeito ativo, tais como vaias, ruídos, violência etc. *Perturba* o enterro ou a cerimônia funerária quem a tumultua, desorganiza e altera seu desenvolvimento regular.

4.1 Contra enterro ou cerimônia fúnebre

A conduta *impeditiva* ou *turbadora* deve dirigir-se, necessariamente, contra enterro ou cerimônia fúnebre. É irrelevante o local onde esta ou aquele se realiza, ou seja, se ocorre dentro ou fora de templo, de cemitério ou capela mortuária. *Enterro* é o transporte do corpo do falecido até o local de sepultamento ou de cremação; é a transladação do cadáver para sua última morada, com ou sem acompanhamento. *Cerimônia funerária* é o ato religioso ou civil de encomendação e despedida que se realiza em homenagem ao defunto. *Cerimônia funerária* é a realização da atividade de encomendação da alma do defunto praticada solenemente, isto é, realizada com certo aparato (com missa, procissão etc.); em outros termos, consiste nos últimos atos de homenagem e despedida que se presta ao morto.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *tipo subjetivo* é constituído pelo dolo e pelo *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim*, implícito, de violar o sentimento de respeito ao morto. Para a configuração do crime do art. 209 do CP é necessário que o agente tenha vontade e consciência de *perturbar*, com sua conduta, a *cerimônia funerária*. Trata-se, certamente, de crime doloso; o elemento subjetivo, em todo o caso, pode ser *eventual*.

A necessidade do *elemento subjetivo especial do injusto* tem encontrado resistência particularmente na jurisprudência. No entanto, no plano dogmático, é indispensável o propósito do agente de impedir ou perturbar a cerimônia funerária, sob pena de não se configurar essa conduta típica.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o efetivo impedimento ou perturbação de enterro ou cerimônia fúnebre. Admite-se, em princípio, a tentativa, por se tratar de crime material, cujos atos executórios podem ser fracionados contra a vontade do sujeito ativo. Se o resultado pretendido não for atingido, apesar de terem sido utilizados meios idôneos, não se poderá falar em crime consumado, mas tão somente na figura tentada.

7 Figura majorada

Não há previsão de figura qualificada (com novos limites mínimo e máximo), mas somente uma majorante especial, isto é, quando for praticada com *violência*. Na verdade, o emprego de violência (real) majora a pena em um terço (parágrafo único). Se a violência constituir crime em si mesma, haverá soma de penas.

Para não sermos repetitivos, remetemos o leitor ao capítulo anterior, em rubrica semelhante, pois tudo o que lá dissemos a respeito da violência e da aplicação cumulativa de pena aplica-se aqui.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, *alternativamente*, são detenção, de um mês a um ano, ou multa, com a majoração de um terço, se houver violência. Se a violência constituir crime em si mesma haverá aplicação cumulativa de penas. A ação penal, a exemplo dos demais crimes deste capítulo, é publica incondicionada.

Violação de sepultura

Art. 210. Violar ou profanar sepultura ou urna funerária:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— V. art. 67 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Os romanos consideravam seus mortos como divindades, denominando-os deuses *manes*, e concebiam as sepulturas como os templos desses deuses. Primeiramente, a *violação tumular* era abrangida pelos crimes privados; somente no final do Império passou a ser objeto de ação pública, apesar de ser punida com sanção pecuniária.

No direito canônico, os túmulos eram considerados coisa sagrada, e seus profanadores eram punidos como autores de quase sacrilégio, sujeitos à pena de excomunhão. Posteriormente, eram entregues ao chamado "braço secular", para lhes serem aplicadas outras sanções.

A criminalização das condutas de violar ou profanar sepultura ou urna funerária somente veio a ocorrer em nosso ordenamento jurídico com o surgimento do *Código Penal de J940*, uma vez que as próprias *Ordenações do Reino* e o Código Criminal do Império (1830) não se preocuparam com essa infração penal. O Código Penal de 1890, por sua vez, tratou dessa infração penal como contravenção.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é o sentimento de respeito aos mortos, a exemplo do que ocorre no artigo anterior. Protege-se, igualmente, o sentimento de veneração que se tem pelos que já faleceram. Embora, na doutrina alienígena, haja quem sustente ser o bem tutelado "a saúde pública" (Carrara, *Programa Criminal*, § 3.185) ou o sentimento religioso (Eugênio Cuello-Calón, *Derecho Penal*, Madrid, 1936, p. 286), a doutrina brasileira, a nosso juízo, acertadamente sustenta que o bem jurídico protegido é o *sentimento de respeito aos mortos.* A defesa da religião é objeto de disciplina em outro capítulo. Tampouco será a saúde pública, que, por sua vez, encontra proteção em outro Título da Parte Especial deste Código.

Na verdade, o bem jurídico tutelado não é a chamada "paz dos mortos", pois *os mortos não são titulares de direito.* Magalhães Noronha afirmava que *é um direito dos vivos que a lei protege.* Tal como na "calúnia aos mortos" (art. 138, § 2º), o que aqui se tutela é o sentimento dos parentes ou amigos sobrevivos de respeito e reverência aos que partiram desta vida.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhum

predicado ou condição particular. Não ficam afastados nem mesmo familiares do defunto.

Sujeito passivo são os familiares e amigos do morto e, mediatamente, a coletividade, a despeito de o entendimento majoritário da doutrina nacional ser no sentido inverso, isto é, primeiro a coletividade e, secundariamente, os familiares e amigos.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A primeira conduta típica consiste em *violar*, isto é, abrir, devassar, alterar o objeto material, que é *sepultura* (lugar próprio para receber cadáveres) ou *urna funerária* (recipiente onde se guardam partes do cadáver, ossos ou cinzas). A *sepultura comum*, conhecida como vala ou cova, pode ser violada com a remoção da terra que a cobre, expondo os restos mortais; as sepulturas de melhor padrão são conhecidas como túmulos, que podem ser violados com sua abertura, expondo igualmente o cadáver ou seus fragmentos. Tratando-se de urna funerária, a violação dar-se-á, de qualquer forma, desde que exponha os restos mortais às intempéries. *Profanar* significa tratar com desprezo, aviltamento ou irreverência; profanar é ultrajar, vilipendiar ou macular sepultura ou urna funerária. Profana sepultura quem remove suas pedras, danifica ornamentos, apaga inscrições, escreve palavras injuriosas ou pornográficas, coloca objetos grotescos ou obscenos, provocando irrisão, zombaria etc.

Embora pareça que o legislador tratou as duas condutas como sinônimas, na verdade elas não se confundem: a profanação é independente da violação — quem viola profana, mas nem sempre quem profana viola. Não é necessário, para a configuração dessa infração penal, que os restos mortais (cadáver, ossos ou cinzas) sejam removidos da sepultura ou da urna mortuária. O vocábulo “sepultura” deve ser compreendido em sentido amplo, para abranger não apenas o local — cova ou urna — onde se deixam os restos mortais, mas tudo o que integra esses locais, como seus acessórios naturais. À sepultura pertencem, com efeito, todos os objetos e ornamentos que a ela se ligam permanentemente, não estando incluídas, porém, as coroas e flores. Para a configuração do crime é necessário que haja *restos humanos* na sepultura ou urna.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

A violação de sepultura somente é punível a título de dolo, sendo necessário que haja no agente a vontade consciente de violar ou profanar sepultura ou urna funerária. O tipo subjetivo é composto pelo elemento subjetivo geral, o *dolo,* e o elemento subjetivo especial do tipo, na modalidade de profanar, que é representado pelo *especial fim de ultrajar,* de macular sepultura ou urna funerária.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a violação ou profanação efetiva, sendo irrelevante que a sepultura ou urna se encontre em cemitério público ou privado. Consuma-se, enfim, com qualquer ato de vandalismo sobre a sepultura ou alteração chocante, de aviltamento ou de grosseira irreverência. Como crime material, admite a *tentativa,* pois sua execução é passível de fracionamento. Deve-se atentar, no entanto, a que, frequentemente, a tentativa de violação já poderá constituir a figura consumada de profanação.

7 Furto em sepultura: tipificacão

Há duas correntes: a) a subtração dos dentes do cadáver configura o crime do art. 211, ou mesmo o do art. 210, e não o do art. 155, pois cadáver é coisa fora do comércio. Não pertence a ninguém *(RJTJSP, 107*:461). Configurar-se-á o crime de furto, no entanto, se o cadáver pertencer a instituto científico ou peça arqueológica (TJSP, *RT, 619*:291); b) se a finalidade era furtar, a violação da sepultura é absorvida pelo crime de furto (TJSP, *RT, 595*:313). O furto de objetos da sepultura, sem violação ou profanação, tipifica o crime do art. 155.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas são, cumulativamente, reclusão, de um a três anos, e multa. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Violação de sepultura. Laudo pericial. Descumprimento dos preceitos do art. 159 do CPP. Nulidade incorrente. O auto de constatação de danos, equivocadamente nominado, embora não tenha sido realizado por peritos oficiais ou existam informes sobre a qualificação dos mesmos, alcança o seu objetivo, porque o art. 159, § 1º, do CPP não

exclui a possibilidade de qualquer pessoa idônea vir a desempenhar a função de perito. Insurgência que não atinge os elementos intrínsecos da peça pericial. Ao mais, nem mesmo necessário laudo oficial para confirmar as violações, na medida em que outros elementos de prova podem definir sua existência. Nulidade da prova material inocorrente. Irrefutáveis os aspectos concernentes à materialidade do delito, a autoria recai certa sobre o apelante, que foi surpreendido por testemunha, ainda no local do fato e portando a ferramenta utilizada para as depredações levadas a efeito" (TJRS, Apelação 70016957987, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 10-10-2007).

"Violação de sepultura. Vilipêndio de cadáver. Os acusados, com intuito de realizar 'um trabalho', ingressaram, por volta da meia-noite, no cemitério de Passo Fundo. Uma das corrés, com a mãe doente, havia buscado auxílio numa 'casa de umbanda'. Esta, foi apanhada em sua residência, em automóvel dos corréus, e conduzida ao cemitério. Lá chegando, enquanto a beneficiada pelo trabalho segurava uma lanterna e era amparada pela corré, os dois acusados removeram as lajes de uma sepultura, onde havia sido, há poucos dias, enterrado um homem de 87 anos de idade. Após, abriram o caixão, fizeram uma incisão no abdome do cadáver, sacrificaram um cachorro e uma galinha sobre o corpo do enterrado, nele introduzindo vários papéis. Em seguida, despejaram álcool sobre o cadáver, atearam fogo e fecharam a sepultura. Tudo foi acompanhado pelo acendimento de velas, ao lado da sepultura e iluminação de lanterna, à meia-noite. O alegado 'transe mediúnico', eventualmente existente e ainda que presente, em face da dimensão existencial em que se labora nos processos, não é excludente de tipicidade, ilicitude e nem de culpabilidade" (TJRS, Apelação 70014529440, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 22-6-2006).

"Homicídio qualificado, ocultação de cadáver e violação de sepultura (art. 121, § 2º, inc. I, III e IV, do CP, c/c arts. 210 e 211, ambos do mesmo diploma legal). Inconfigurada a continuidade delitiva, restando caracterizado o concurso material, sendo os três crimes de espécies diferentes" (TJRS, Apelação 70010563955, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 7-4-2005).

Destruição, subtração ou ocultação de cadáver

Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— V. arts. 3º a 8º e 14 da Lei n. 9.434/97 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A preocupação e o respeito para com os mortos são sentimentos que as civilizações têm demonstrado ao longo da história da Humanidade, desde a Antiguidade. Os Códigos Criminais brasileiros do século XIX (1830 e 1890) não se ocuparam desse crime. A criminalização das condutas de

destruir, subtrair ou ocultar cadáver somente veio a ocorrer em nosso ordenamento jurídico com o advento do Código Penal de 1940, já que as próprias *Ordenações do Reino,* que vigoraram por longo tempo no Brasil-colônia, tampouco se preocupavam com essa infração penal.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o sentimento de respeito aos mortos, o sentimento de veneração que se tem pelos que já faleceram. Tutela-se, em outros termos, o sentimento dos parentes e amigos do morto e não o próprio *de cujus,* que não é titular de direito.

Quanto à retirada de órgãos para fins de transplante, ver Leis n. 5.479/68 e 8.489/92. A Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, alterada pela Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, fixa normas sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para *fins de tratamento e de transplantes.* Assim, essas atividades médico-cirúrgicas, para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerão de autorização do cônjuge ou parente maior de idade, observando-se a linha sucessória, reta ou colateral até o segundo grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (art. 4º). Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será condignamente recomposto para ser entregue aos familiares ou seus responsáveis legais para encomendação e sepultamento. A violação dos preceitos da Lei n. 9.434/97 constitui crime, nos termos de seus arts. 14 a 20.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive os parentes do morto, não requerendo nenhuma condição particular. Tratando-se, no entanto, de crime comum, é perfeitamente possível a ocorrência do instituto do concurso eventual de pessoas (art. 29).

Sujeito passivo, a exemplo dos tipos anteriores, são os familiares e amigos do morto, e só mediatamente a coletividade. Nesse particular, acreditamos que a maioria da doutrina não tem razão quando sustenta que o sujeito passivo imediato é a coletividade. Na verdade, a definição de quem pode ser *sujeito passivo* desse crime deve estar intimamente vinculada ao bem jurídico tutelado, e, na medida em que se admite que esse *bem jurídico* é “o sentimento dos parentes e amigos do morto e não o próprio *de cujus”*,

sujeito passivo direto só podem ser os *parentes e amigos*, restando a coletividade, secundariamente, como titular passivo. E, por mais que se queira argumentar, nenhuma coletividade, por mais harmônica, integrada e coesa que seja, sentirá mais a perda de um de seus membros que os próprios familiares; logo, não é justo nem sensato que aquela e não estes seja sujeito passivo desse crime contra o respeito aos mortos.

4 Tipo objetivo: adequação típica

São três as condutas tipificadas: *destruir, subtrair* e *ocultar.* Destruir (demolir, destroçar, fazer desaparecer) um cadáver é fazê-lo desaparecer, isto é, levá-lo a deixar de ser considerado como tal; *subtrair* significa retirá-lo do local em que se encontrava, sob a proteção e a vigilância de alguém. É a retirada do cadáver — segundo Damásio de Jesus — da situação em que se encontra sob a guarda da família, de amigos, parentes ou empregados do cemitério, mesmo que tal proteção seja exercida de forma indireta ou a distância; *ocultar* é fazer desaparecer o cadáver de alguém, sem destruí-lo, esconder temporariamente. Damásio de Jesus destaca, com muita propriedade, que esse crime somente pode ser executado antes de o cadáver ser sepultado, pois, após ter sido depositado em seu lugar definitivo, o crime somente poderá ser cometido por destruição ou subtração.

As partes do cadáver, prevê o tipo penal, também podem ser objeto material. No entanto, como objeto material por excelência dessa infração penal é o cadáver, é necessário que as partes sejam retiradas de um cadáver, isto é, um corpo sem vida, não o configurando, por conseguinte, a amputação de membro de uma pessoa, por exemplo, que, evidentemente, não pode ser equiparada a cadáver.

4.1 Objeto material do crime: cadáver

O objeto material é o *cadáver,* que é o corpo humano inanimado, inclusive o natimorto. Não se compreendem na expressão *cadáver* os ossos nem as cinzas. Como *parte dele* devem ser compreendidas não só aquelas que foram sepultadas separadamente, mas também, por exemplo, a subtração de partes, como cabeça, tronco ou membros. *Cadáver,* na definição de Von Liszt, “é o corpo humano inanimado, enquanto a conexão de suas partes não cessou de todo”. *Cadáver,* na definição popular, é o corpo humano sem vida, embora se possa acrescentar que o é enquanto

conserva a aparência humana; os restos *dele* em completa decomposição ou mesmo suas cinzas não são parte de cadáver, como os escombros de uma construção destruída ou demolida podem ser considerados como tais.

Cadáver, por sua destinação natural, não pode ser objeto de furto ou mesmo de dano, por exemplo, ou qualquer outro crime patrimonial, pois se trata de coisa *extra commercium*, não integrando o patrimônio de ninguém, salvo quando é submetido a experiências científicas.

4.2 O corpo do natimorto e o feto como objeto material

O *corpo de natimorto e o feto* podem ser objeto material desse crime, ou seja, podem ser considerados *cadáver* para efeitos do previsto no art. 211 ora em exame? Para uma corrente, o *natimorto* e *o feto* não são cadáveres por lhes faltar o elemento essencial para caracterizá-los como tais: *vida extrauterina autônoma*. Para essa concepção, portanto, *cadáver* refere-se aos "restos exânimes de alguém que tenha vivido; para a segunda, em sentido contrário, é abrangido pela noção *cadáver* não apenas o *natimorto* como também o *feto* de mais de seis meses, que considera desnecessária vida extrauterina autônoma; finalmente, para a terceira concepção, somente o *natimorto* pode ser cadáver, por considerar que o natimorto inspira o mesmo sentimento de respeito de coisa sagrada, sendo tratado na vida social como defunto, o que não ocorre com o feto.

Modernamente, Luiz Regis Prado adota a segunda orientação, afirmando que "cadáver abarca em seu sentido tanto o natimorto quanto o feto, desde que este já tenha atingido a maturidade necessária para sua expulsão". Segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, o *corpo do natimorto*, expulso do ventre materno após ter atingido a capacidade de vida extrauterina, é considerado *cadáver* para efeito de caracterização do crime previsto no art. 211 do CP. Nesse sentido, a jurisprudência, com alguma reiteração, tem entendido que, no caso do feto que não atinge a maturidade necessária para sua expulsão, com probabilidade de vida extrauterina, por não estar a gestação acima de 180 dias, seu corpo não deve ser considerado cadáver para a finalidade penal.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, constituído pela vontade consciente de destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele, independentemente da

finalidade que tenha animado sua conduta. Logicamente, a *vontade consciente* do agente deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo, como exige o princípio da tipicidade taxativa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime do art. 211 com a *destruição* do cadáver; não é necessário que haja destruição total, pois o próprio tipo penal se satisfaz com "parte dele"; com a *subtração*, isto é, a retirada do corpo da esfera de vigilância ou proteção de quem de direito ou com a sua *ocultação*, ou seja, fazendo-o desaparecer, mesmo que temporariamente. Como nas três figuras se trata de crime material, é perfeitamente admissível a forma tentada, bastando que a consumação não ocorra por circunstâncias alheias à vontade do agente.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são, cumulativamente, reclusão, de um a três anos, e multa. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Ocultação de cadáver. Análise da prova produzida que torna imperativo o desate condenatório. Materialidade e autoria incontroversas. Confissão judicial do réu, admitindo ter matado a vítima, em legítima defesa, e, após isso, ocultado seu cadáver; e que restou corroborada pelo restante da prova testemunhal colhida. Circunstâncias a evidenciarem o intuito do acusado de suprimir as consequências do ato, face ao receio de vir a ser responsabilizado criminalmente pelo delito antecedente. Irrelevância do estado emocional e da motivação do agente, para a configuração do crime, bastando apenas a prova do dolo genérico na conduta, consistente na vontade de praticar uma das figuras típicas descritas no art. 211 do CP, o que, no caso, restou devidamente demonstrado. Tese defensiva de ausência de dolo afastada" (TJRS, Apelação 70018674010, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 27-2-2008).

"O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma ocultar, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioridade, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos (Precedentes)" (STJ, REsp 900.509/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 26-6-2007).

Vilipêndio a cadáver

Art. 212. Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— V. art. 14 da Lei n. 9.434/97 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A criminalização das condutas de destruir, subtrair ou ocultar cadáver somente veio a ocorrer em nosso ordenamento jurídico com o advento do Código Penal de 1940. As Ordenações do Reino e o Código Criminal de 1830 não disciplinaram o crime de vilipêndio a cadáver. O Código Penal de 1890, por sua vez, como pioneiro em nosso sistema jurídico, tipificou infração penal semelhante, porém como mera contravenção penal.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o sentimento de respeito aos mortos, a exemplo do que ocorre com o dispositivo anteriormente analisado (art. 211); tutela-se, em outros termos, o sentimento dos parentes e amigos do morto e não o próprio *de cujus,* que não é titular de direito.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive os parentes do morto, não requerendo nenhuma condição particular. Tratando-se, porém, de *crime comum,* nada impede possa configurar-se o instituto do concurso eventual de pessoas (art. 29).

Sujeito passivo, a exemplo dos crimes anteriores deste mesmo Capítulo, são os familiares e amigos do morto, e só mediatamente a coletividade. Nesse particular, discordamos da maioria da doutrina quando sustenta que sujeito passivo imediato é a coletividade (por todos, Damásio de Jesus, *Direito Penal,* v. 3, p. 83; Regis Prado, *Curso de Direito Penal brasileiro,* p. 177). Na realidade, a definição de quem pode ser *sujeito passivo* desse crime deve estar intimamente vinculada ao bem jurídico tutelado, e, na medida em que se admite que esse *bem jurídico* é "o sentimento dos parentes e amigos do morto e não o próprio *de cujus*", o *sujeito passivo*

direto só podem ser os *parentes e amigos*, restando a coletividade, secundariamente, como titular passivo Por mais que se queira argumentar, nenhuma coletividade, por mais harmônica, integrada e coesa que seja, sentirá mais a perda de um de seus membros que os próprios familiares, não sendo, portanto, justo nem sensato que aquela e não estes sejam sujeito passivo desse crime.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é *vilipendiar,* que significa aviltar, ultrajar, e pode ser praticada de diversas formas, v. g., com palavras, gestos, escritos etc. O vilipêndio pode ser por palavras, atos ou escritos. Com efeito, vilipendiar cadáver é ultrajá-lo, aviltá-lo. Trata-se de ato que se pratica junto ao cadáver ou a suas cinzas, e não mediante declarações em público, publicações em jornais etc.

Objeto material é o cadáver, que é o corpo humano inanimado, inclusive do natimorto, como afirmamos ao examinar o crime descrito no artigo anterior. No entanto, ao contrário da previsão deste artigo, o vilipêndio a cadáver não destaca que as partes deste também são protegidas pela norma penal. Tutela-se o cadáver e suas cinzas, isto é, os menores fragmentos possíveis de um cadáver; assim sendo, quer-nos parecer que a omissão quis significar a desnecessidade de sua repetição, além de que cinzas constituem, teoricamente, as menores porções em que se pode fragmentar alguma coisa material, como é o caso de um cadáver. Acreditamos que as partes (tronco, membros, cabeça etc.) de um cadáver também encontram a proteção da norma penal contida no art. 212. Não seria racional sustentar que o menosprezo das cinzas de um cadáver constitui crime, e a mesma conduta praticada contra membros ou órgãos dele não o seja, pois, como destacava Magalhães Noronha, referindo-se a lei às cinzas humanas, não precisava falar sobre a *parte* do cadáver; protegendo aquela, não pode deixar de proteger esta.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade consciente de menosprezar cadáver ou suas cinzas. O *elemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *fim especial* de aviltar, de ultrajar, de vilipendiar. Para a configuração do crime de *vilipêndio de cadáver* é

indispensável a presença do *elemento moral*, do *fim específico*, consistente no desejo consciente de desprezar o corpo sem vida da vítima, com intenção clara de ultrajá-lo.

Assim, por exemplo, o agente que, depois de atirar na vítima, ausenta-se do local dos fatos, retornando logo depois e, com o pé, empurra a vítima, supostamente falecida, para conferir se realmente está morta, não pratica o crime de vilipêndio, por faltar o elemento subjetivo especial, que é a vontade consciente dirigida à prática da ação, *com o objetivo de profanar o cadáver.*

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o ato ultrajante, quando material, ou simplesmente com o vilipêndio verbal junto ou sobre o cadáver ou suas cinzas. Dependendo da forma de execução, é possível, em tese, a tentativa, salvo quando é praticado oralmente.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são, *cumulativamente*, detenção, de um a três anos, e multa. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Homicídio qualificado e vilipêndio de cadáver (art. 121, § 2º, inciso IV, e art. 212, ambos do CP, na forma do art. 29, do CP). A sentença de pronúncia exige apenas prova do crime e indícios de que foram os réus os autores. Manutenção da sentença que pronunciou o réu quanto ao delito de vilipêndio de cadáver, pois nesta etapa processual a dúvida, por mínima que seja, sempre se resolve em favor da sociedade, devendo ser mantido o delito conexo na decisão” (TJRS, RESE 70019775741, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 13-9-2007).

“Concurso material havido entre o crime de homicídio culposo e o vilipêndio de cadáver — vilipendiou o cadáver extirpando-lhe o pênis (art. 121, § 3º, e art. 212, ambos do Código Penal)” (TJRS, Apelação 70017949165, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 3-5-2007).

Título VI - Dos Crimes contra a Dignidade Sexual

D O U T R I N A

1 Crimes contra a liberdade e a dignidade sexual

2 Alterações da Lei n. 11.106/2005

Em 2005, a Lei n. 11.106, de 29 de março, procedeu a profundas alterações nesse Título: em primeiro lugar, além de outras pequenas alterações, que serão examinadas, suprimiu integralmente o Capítulo III, que abordava os *crimes de rapto* (arts. 219 a 222), fazendo-o desaparecer do nosso diploma legal. Referida lei revogou também o art. 217, objeto do Capítulo II, que tipificava o crime de *sedução*, atendendo, no particular, a antiga reivindicação de doutrina e jurisprudência. Alterou, por fim, o Capítulo V, que se denominava "Do lenocínio e do tráfico de mulheres", para "Do lenocínio e do tráfico de pessoas", ampliando consideravelmente a sua abrangência.

3 Impropriedade do título "Dos crimes contra os costumes"

A impropriedade do título "Dos crimes contra os costumes" já era reconhecida nos idos de 1940, pois não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos. A Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84), que se limitou à Parte Geral do Código Penal, poderia ter aproveitado para corrigir essa equivocada terminologia, a exemplo do que fez a reforma penal espanhola de 1989, que substituiu a expressão "Delitos contra la honestidad" na rubrica do Título IX do Código Penal espanhol anterior, que disciplinava os crimes sexuais, pela de "Delitos contra la libertad sexual", que foi mantida pelo atual Código Penal espanhol de 1995. Finalmente, a Lei n. 12.015/2009 veio reparar essa anomalia.

4 Adequação do bem jurídico tutelado

A *liberdade*, além de ser um dos bens jurídicos mais importantes da coletividade social, ao lado da própria vida e da saúde, e ser, certamente, um dos mais desrespeitados, também é frequentemente utilizada como *meio* para atentar contra outros bens jurídicos, como ocorre, por exemplo, em

alguns crimes contra o *patrimônio* (roubo — art. 157; extorsão mediante sequestro — art. 159 etc.), contra a *dignidade sexual* (estupro, violação sexual, assédio sexual, estupro de vulnerável etc.), contra a *administração da justiça* (exercício arbitrário das próprias razões — arts. 345; arrebatamento de preso — art. 353; motim de presos — art. 354 etc.).

4.1 Pluralidade de bens jurídicos tutelados

Junto ao bem jurídico *liberdade* ofendem-se também outros bens jurídicos, que desempenham, no contexto, papel mais importante na ordem sociojurídica, recebendo a proteção penal mais em razão desses outros valores do que pela própria liberdade violada, a qual, nesses tipos penais, desempenha papel secundário. Indiscutivelmente, em alguns crimes sexuais, como nos citados exemplos do *estupro* e da violação sexual, ao lado da *liberdade individual*, lesam-se outros bens jurídicos, e o ataque à liberdade é somente, como destaca Muñoz Conde (Muñoz Conde, *Derecho Penal*, p. 206), "... um meio comissivo que se valora dentro de outro crime, configurando um delito complexo, perdendo sua autonomia típica, embora não perca sua independência substancial como bem jurídico necessitado e capaz de receber a proteção que lhe dá o Direito Penal".

4.2 Liberdade sexual: faculdade de escolha

Não temos dúvida, na mesma linha de raciocínio, que a *liberdade sexual*, entendida como a *faculdade* individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também, quando, onde e como exercitá-la, constitui um *bem jurídico autônomo*, distinto da liberdade genérica, com dignidade para receber, autonomamente, a proteção penal. Reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura, de liberdade de hábitos, como uma espécie de *cultura comportamental*, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos livremente.

5 Moral sexual: não é o bem jurídico tutelado

Contudo, impõe que se destaque que não é essa dita "moral sexual" o bem jurídico tutelado pela norma penal, mas sim os específicos bens

jurídicos identificados em cada tipo penal, sob pena de converter-se o Direito Penal em instrumento ideológico próprio da *Inquisição*. Na verdade, quando do exame, *in concreto*, dos específicos bens jurídicos de cada tipo penal, dever-se-ão adotar como parâmetro exatamente os limites contextuais desse elemento normativo-cultural, situando no contexto de um Estado Democrático de Direito, com a pluralidade que o caracteriza. Na verdade, esses conceitos prévios dominantes em determinado contexto social são considerados pelo legislador no momento legislativo, como também pelo próprio julgador, no momento de concretizar seus preceitos na hora de decidir.

6 Abrangência do Título VI

Além dos *crimes contra a liberdade sexual*, o título correspondente aos "Crimes contra a dignidade sexual" abrange outras modalidades de crimes, tais como, *crimes sexuais contra vulnerável* (Cap. II), *lenocínio e o tráfico de pessoa* (Cap. V) e, por fim, o *ultraje público ao pudor* (Cap. VI). Mas o exame do *bem jurídico*, especificamente, será procedido quando tratarmos, individualmente, cada tipo penal. Menos mal que a Lei n. 11.106/2005 revogou integralmente o capítulo do crime de *rapto*, o crime de *sedução*, além de outras infrações penais do mesmo Título VI do Código Penal.

Capítulo I - Dos Crimes contra a Liberdade Sexual

Estupro

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.

— Caput *com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.*

§ 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.

— §§ 1º e 2º acrescentados *pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.*

1 Considerações preliminares

A Lei n. 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a *dignidade sexual*, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprimindo, de uma vez por todas, a superada terminologia "crimes contra os costumes". Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano.

2 Rigores dos povos antigos

Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais destacava-se o de estupro. Após a *Lex Julia de adulteris* (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir *adulterius* de *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se *estupro* toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a *conjunção carnal violenta*, que ora se denomina estupro, os romanos incluíam no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte.

3 Unificação dos crimes sexuais violentos

O legislador *unificou* os crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor*. Poderia ter aproveitado para substituir as expressões que identificam as figuras anteriores — conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso de conjunção carnal — por "relações sexuais", que é uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos anteriores. O vocábulo *relações sexuais*, além da dita *cópula vagínica*, abrange também, na linguagem clássica, as relações sexuais anormais, tais como o coito anal ou oral, o uso de instrumentos roliços ou dos dedos para a penetração no órgão sexual feminino, ou a cópula vestibular, em que não há penetração.

4 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido*, a partir da redação determinada pela Lei n.

12.015/2009, é a *liberdade sexual* da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados sem o consenso da vítima, o *bem jurídico* protegido continua sendo a *liberdade individual*, na sua expressão mais elementar: a *intimidade* e a *privacidade*, que são aspectos da *liberdade individual*; estas últimas assumem dimensão superior quando se trata da *liberdade sexual*, atingindo sua plenitude quando se cuida da *inviolabilidade carnal*, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge, que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.

4.1 Liberdade sexual feminina

Liberdade sexual da mulher significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnais, sexuais, lascivas e eróticas, governada somente por sua *vontade consciente*, tanto sobre a relação em si como relativamente à escolha de parceiros. Esse realce é importante porque para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito. Em outros termos, homem e mulher têm o direito de negarem-se a submeter-se à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro (a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhes interesse compartilhar seus desejos e necessidades sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha.

4.2 Limitações eticamente toleráveis

Admitimos, como limitações possíveis, somente no plano ético-moral, o respeito mútuo e a fidelidade que os parceiros estabelecem nas suas relações próprias de vida em comum. Enfim, o presente tipo penal, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e

vontade consciente; pretende-se, em outros termos, assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos.

5 Sujeitos ativo e passivo

5.1 Sujeito ativo de estupro

Sujeito ativo, individualmente considerado, sob a ótica da redação anterior, somente podia ser o homem. Nesse período, já sustentávamos não haver impedimento que uma mulher pudesse ser coautora de *estupro*, diante das previsões dos arts. 22, 29 e 30, *in fine*, do CP. Embora o crime de estupro fosse catalogado como *crime próprio*, pressupondo no autor uma particular condição ou qualidade pessoal (ser do sexo masculino), nada havia que impedisse a mulher de ser *partícipe* desse delito contra a liberdade sexual. Sustentávamos, ainda, que a mulher podia ser, excepcionalmente, a própria autora, nesse caso, *mediato*, quando, por exemplo, o *autor imediato* (executor) sofresse *coação irresistível* de uma mulher para praticar conjunção carnal violenta. Como nessa hipótese somente o *coator* responde pelo crime (art. 22 do CP), o *sujeito ativo* do crime de estupro seria uma *mulher*.

5.1.1 Prostituta vítima e autora de estupro

Sempre defendemos, por outro lado, que *prostituta* podia ser vítima do crime de estupro (ver edições anteriores de nosso *Tratado de direito penal*) e que o marido também podia ser *sujeito ativo* de estupro contra a própria mulher (parceira). Nessa linha, evidentemente, a mulher, a partir de agora, também pode ser autora do crime de estupro contra o próprio marido (quando obrigá-lo, por exemplo, à prática de *atos de libidinagem* contra a vontade daquele).

5.1.2 Qualquer dos cônjuges pode ser autor

Dito de outra forma, qualquer dos cônjuges, a nosso juízo, pode *constranger*, criminosamente, o outro à prática de qualquer ato libidinoso, incorrendo nas sanções cominadas nesse dispositivo legal. Nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a vontade, à prática sexual, seja de que natureza for. O chamado “débito conjugal” não assegurava ao marido o direito de “estuprar sua mulher”, e,

agora, vice-versa, ou seja, tampouco assegura a esta o direito de *estuprar* aquele, forçando-o à relação sexual contra sua vontade. Garante-lhes, tão somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal, ante eventual recusa dos "préstimos conjugais". Em outros termos, os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais (art. 5º, I, da CF), inclusive no plano das relações sexuais matrimoniais.

5.2 Sujeito passivo de estupro

Sujeito passivo, antes do advento da Lei n. 12.015/2009, era somente a mulher, virgem ou não, recatada ou não, inclusive cônjuge ou companheira. O *constrangimento ilegal* empregado pelo marido para realizar a conjunção carnal à força, já sustentávamos, não constituía exercício regular de direito. A liberdade sexual já era um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar, a despeito de respeitável orientação doutrinário-jurisprudencial em sentido contrário. No crime de estupro não se pode perquirir sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa etc., sempre que for obrigada a prática sexual contra sua vontade.

5.2.1 Homem sujeito passivo de estupro

Mudou apenas no aspecto de que o homem, em qualquer circunstância, quando violentado, também é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro pode ocorrer em relação hétero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher).

6 Tipo objetivo: adequação típica

Estupro, na linguagem do Código Penal de 1940, era o *constrangimento de mulher à conjunção carnal*, mediante violência ou grave ameaça. Nesse sentido, era o magistério de Magalhães Noronha, *in verbis*: "Mas na lei, como dissemos, o estupro só é constituído pelo coito normal, e, dessarte, é ele a conjunção sexual contra a vontade da mulher" (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 113). *Conjunção carnal*,

por sua vez, é a *cópula vagínica*, representada pela introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal. Por essa razão, não abrange o coito anal e a *fellatio in ore*, pois, como destacava Hungria, o ânus e a boca não são órgãos genitais. *Conjunção* significa *união*, e *carnal* é o adjetivo que a qualifica, consequentemente, *conjunção carnal* representa a união da carne. O vocábulo *conjunção carnal*, por outro lado, foi usado em vários artigos (215, 217, e, negativamente, nos arts. 214 e 216). O revogado art. 215, que criminalizava a *conjunção carnal* com mulher, mediante fraude, no parágrafo único a qualificava se fosse mantida com "mulher virgem", que seria o *defloramento* mediante fraude. O art. 217 também, já revogado, criminalizava o crime de *sedução*, protegendo a virgindade da mulher que fosse deflorada mediante conjunção carnal. Em outros termos, nesses dispositivos todos o legislador usou a expressão *conjunção carnal* com o significado de *cópula vagínica*; por isso, não se pode pretender dar outro significado à mesma expressão empregada na primeira parte do art. 213.

6.1 Um conceito abrangente de estupro

Portanto, as mudanças contempladas pela Lei n. 12.015/2009, reunindo os antigos crimes de *estupro* (art. 213) e *atentado violento ao pudor* (art. 214), para unificá-los em um conceito mais abrangente de *estupro*, não têm o condão de alterar o significado do vocábulo *conjunção carnal*, que continua sendo a *cópula vagínica*, diversa de *outros atos de libidinagem*. Na realidade, a partir desse diploma legal passamos a ter duas espécies distintas de *estupro*, quais sejam: a) *constranger à conjunção carnal*; b) *constranger à prática de outro ato libidinoso.* Essa reunião, contudo, de conceitos distintos — *conjunção carnal* e *atos libidinosos diversos* — não tem força suficiente para fundi-los em uma entidade unitária superior, com significado único. Assim, essa *diversidade de sentido* recomenda que se faça a análise individualizada de cada uma dessas figuras.

6.2 Primeira modalidade: constranger à conjunção carnal

A ação tipificada é *constranger* (forçar, compelir, obrigar) *alguém* (pessoa do sexo feminino), virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, *mediante violência* (*vis corporalis*) ou *grave ameaça* (*vis compulsiva*), à *conjunção carnal* (cópula vagínica). É questionável, na nossa ótica, pelo menos, que o homem não possa ser coagido ou forçado à conjunção carnal (introdução do órgão genital masculino na cavidade

vaginal), no mínimo, por razões psicológicas! Esse aspecto, contudo, não impede que o homem possa ser vítima de *constrangimento sexual* praticado por mulher, apenas, quer-nos parecer, essa violência feminina caracterizaria a segunda figura, qual seja *praticar* ou *permitir* que com ele se pratique *outro ato libidinoso*. A primeira figura — *constranger à conjunção carnal* —, era a única e a totalidade da definição do crime de *estupro* antes do advento da Lei n. 12.015/2009. Qualquer outra forma de coito, dito *anormal*, que antes constituiria *atentado violento ao pudor*, agora configurará somente a outra espécie de estupro (a 2ª figura).

6.2.1 Introdução de dedos na vagina

A introdução de dedos na vagina da ofendida, por exemplo, não caracteriza *conjunção carnal*, pois, como afirmamos, esta pressupõe a introdução do membro genital masculino na cavidade vaginal, e dedos não são órgãos genitais. Portanto, essa prática, desde que forçada, pode caracterizar a segunda figura do estupro, qual seja a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

6.2.2 Atos preliminares são absorvidos pela ação principal

Há, deve-se destacar, as denominadas *preliminares*, antes da *conjunção carnal*, pelo menos na relação sexual consensual, espontânea, voluntária. Assim, os *atos de libidinagem* preliminares, ainda que sejam diversos da conjunção carnal, são por esta absorvidos, integrando todos a primeira modalidade de estupro, devendo-se interpretá-los como objeto dos mesmos desígnios. Podem resultar, nesse contexto, manchas hematosas no seio, na face, nas coxas ou no pescoço, pois são abrangidos pelo conceito geral de *praeludia coiti*, ou seja, fazem parte da ação física do próprio crime de estupro *stricto sensu*; por isso, esses atos libidinosos não configuram crime autônomo, distinto da primeira modalidade de estupro.

6.3 Segunda modalidade: constranger à prática de outro ato libidinoso

Constranger tem o mesmo sentido do analisado em relação à conjunção carnal. A finalidade, no entanto, nesta segunda figura, é a prática de *ato libidinoso diverso da conjunção carnal*, ou, como refere o atual texto legal, *"ou outro ato libidinoso"* (para diferenciá-lo da *conjunção carnal*). Esta

segunda modalidade pode ser praticada de duas formas (*praticar* ou *permitir*). Na forma *praticar* é a própria vítima obrigada a realizar o ato, isto é, deve adotar uma posição ativa; na forma *permitir*, aquela é submetida à violência de forma passiva. Em outros termos, constata-se que, nesta segunda figura, incrimina-se não só o fato de o *autor constranger sua vítima a praticar outro ato libidinoso* (há a efetiva participação da vítima, ainda que forçada), mas também a conduta que *faz a vítima permitir que com ela se pratique* tal ato (nesse caso, a vítima tem uma participação, forçada, exclusivamente passiva).

6.3.1 Lacuna: na forma de permitir

No entanto, pode-se apontar uma pequena lacuna, nesta segunda figura: com efeito, na forma de "permitir" só foi tipificada a modalidade de "outro lado libidinoso", consequentemente, *permitir* a "conjunção carnal", *a priori*, seria atípica. Certamente, haverá alguma dificuldade em sua interpretação, que o tempo ajudará a resolver.

6.3.2 Atos de libidinagem "in genere"

Libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero *atos de libidinagem* que envolve também a *conjunção carnal*. Embora a *cópula vagínica* também seja *ato libidinoso*, não é, juridicamente, concebida como *ato libidinoso diverso*, sendo abrangida pela primeira figura antes examinada. Aliás, as duas figuras — *conjunção carnal* e *ato libidinoso diverso* — são espécies do gênero *atos de libidinagem*.

O *constrangimento ilegal* objetiva a prática de *atos de libidinagem* (qualquer das duas modalidades, ou ambas, isoladas, conjunta ou simultaneamente). A *violência*, aliada ao *dissenso* da vítima — duas elementares típicas, uma expressa (violência), e outra implícita (dissenso) —, deve ser longamente demonstrada, nas duas figuras típicas. Por outro lado, tratando-se de *crime de ação múltida* (ou de conteúdo variado), não há que falar em *concurso de crimes*, material ou formal, quando praticados no mesmo contexto. Supera-se, assim, aquela enorme dificuldade da jurisprudência majoritária que insistia em interpretar, no mesmo contexto, a configuração de concurso material de crimes.

6.4 "Modus operandi": violência ou grave ameaça

O termo *violência* empregado no texto legal significa a *força física*, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a *resistência* da vítima. Essa *violência* pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A *violência* poderá ser *imediata*, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e *mediata*, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada. Não é necessário que a força empregada seja *irresistível*: basta que seja idônea para *coagir* a vítima a permitir que o sujeito ativo realize seu intento.

Grave ameaça constitui forma típica da "violência moral"; é a *vis compulsiva*, que exerce uma *força* intimidativa, inibitória, anulando ou minando a *vontade* e o *querer* da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a *ameaça* também pode perturbar, escravizar ou *violentar a vontade* da pessoa como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Caracteriza o tipo somente a *ameaça grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se à sua liberdade de querer e de agir.

6.4.1 Grave ameaça: violência moral

Grave ameaça deve consistir em intimidação, na ameaça de um mal grave e sério, capaz de impor medo à vítima. O *desvalor da ação*, nesses casos, é "juridicamente" superior, tanto que a violência é presumida. Ademais, o *desvalor do resultado* é o mesmo do crime praticado com violência real. O *mal* prometido, a título de ameaça, além de *futuro* e *imediato*, deve ser *determinado*, sabendo o agente o que quer impor. O mal deve ser: a) *determinado*, pois, sendo indefinível e vago, não terá grandes efeitos coativos; b) *verossímil*, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; c) *iminente*, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em *passado*, nem em *futuro* longínquo, quando, respectivamente, não teria *força coatora*, ou esta seria destituída do vigor necessário; d) *inevitável*, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; e) *dependente*, via de regra, da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua *inevitabilidade*. Enfim, esses são os requisitos que, em tese, a *ameaça* de mal ou dano graves deve

apresentar.

6.4.2 Irrelevância da injustiça do mal prometido

Ao contrário do que ocorre com o *crime de ameaça*, no crime de *estupro* não é necessário que o *mal prometido* seja *injusto*, sendo suficiente que *injusta* seja a pretensão ou a forma de obtê-la. A *injustiça do mal* não se encerra em si mesma, mas deverá relacionar-se ao *fim pretendido* e à forma de consegui-lo. O *mal pode ser justo*, mas o fundamento que leva o agente a prometê-lo ou o método utilizado podem não sê-lo. É irrelevante, enfim, que a *ameaça* para obter os "favores sexuais" seja *justa* ou legal. Sua *finalidade especial* — constranger à conjunção carnal — é que determina sua natureza ilícita, transformando-a não apenas em *ilegal*, mas também em *penalmente típica*. Segundo Hungria, o agente não pode prevalecer-se dessa condição para obter a posse sexual da vítima contra a sua vontade (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. 8, p. 122).

6.4.3 Dissenso da vítima: nível de resistência do ofendido

A *conjunção carnal* praticada mediante *violência ou grave ameaça* tipifica o crime capitulado no art. 213 do Código Penal, primeira parte, sendo irrelevante a virgindade da vítima, ou mesmo tratar-se de mulher casada, solteira ou viúva, ou até mesmo prostituta. A configuração do crime repousa na *supressão do poder* (força ou capacidade de resistência) da mulher de defender-se ou de opor-se à prática do ato sexual. A ordem jurídica não pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heróicos. Também aqui vigem os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a *capacidade de resistência da vítima*, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça.

7 Importunação ofensiva ao pudor e o princípio da proporcionalidade

A partir da Lei dos Crimes Hediondos — que elevou a pena de estupro e atentado violento ao pudor para seis a dez anos de reclusão —, em que pese alguma divergência, passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da

vítima ou mesmo um abraço forçado configuram, a nosso juízo, a *contravenção penal* do art. 61 da lei especial, quando praticados em lugar público ou acessível ao público. Atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não podem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), adequando à tipificação dessa contravenção.

7.1 Desproporcionalidade dos respectivos desvalores

Com efeito, a diferença do *desvalor da ação* que há no *sexo anal e oral (e suas variáveis), praticados com violência,* e nos demais *atos libidinosos, menos graves,* é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais atos, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da *insignificância*. Nesses casos, quando ocorrem em lugar público ou acessível ao público, devem ser desclassificados para a *contravenção penal* do art. 61 (LCP).

8 Beijo lascivo e regiões pudendas

Beijo lascivo (que nunca soubemos exatamente o que é), os tradicionais "amassos", toques nas regiões pudendas, "apalpadelas" sempre integraram, segundo superada orientação jurisprudencial, os chamados "atos libidinosos diversos de conjunção carnal". No entanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, repetindo, que elevou a pena mínima para seis anos de reclusão, falta-lhes a *danosidade proporcional*, que se encontra no sexo anal ou oral violentos, sendo impossível equipará-los. Em outros termos, diante da gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão), e a *desproporcional* gravidade dos "demais atos libidinosos" supramencionados, resta evidente que não lesam o bem jurídico protegido pela norma penal constante do art. 213 ora *sub examen*. Devem, quando praticados em público, ser desclassificados para a contravenção penal da *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61).

9 Estupro qualificado pelo resultado: lesão grave ou morte da vítima

Os parágrafos do art. 213 dispõem: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave *ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos*, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos (§ 1º); se

da conduta resulta morte, a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (§ 2º).

Nas duas qualificadoras decorrentes da violência, o *maior desvalor do resultado* (lesão grave ou morte da vítima) é real, e não presumido. O *desvalor da ação* já está *valorado* na cominação do *caput* do artigo *sub examen*, abrangendo inclusive as modalidades qualificadas. As duas hipóteses (relativas à violência) elencadas no dispositivo em exame caracterizam condições de exasperação da punibilidade em decorrência da efetiva maior gravidade do resultado. Comparando o texto legal com outras previsões semelhantes do Código Penal (v. g., arts. 157, § 3º, e 158, §§ 2º e 3º) — "se da violência resulta lesão corporal grave" ou "se resulta morte" —, constata-se que, pela técnica legislativa empregada, pretendeu o legislador criar duas figuras de *crimes qualificados pelo resultado*, para alguns, *crimes preterdolosos*, para outros.

9.1 Tratamento semelhante à lesão seguida de morte

A exemplo do que ocorre com a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º), esta, a *morte*, em princípio, deve decorrer de culpa. Com efeito, normalmente, o resultado mais grave — *lesão* ou *morte* — é produto de *culpa* (e não meio de execução do crime), que complementaria a conhecida figura do *crime preterdoloso* — *dolo* no antecedente e *culpa* no consequente, como a doutrina gosta de definir. Ter-se-ia, assim, o crime sexual (estupro) praticado, dolosamente, com violência (elementar típica), acrescido de um resultado mais grave — decorrente de culpa —, a lesão grave ou a morte da vítima. Essa, pelo menos, é a estrutura clássica do *crime preterdoloso*. A regra, repetindo, é que, nesses crimes, o resultado agravador seja sempre produto de *culpa*. Contudo, nas hipóteses em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas (máximos de doze e trinta anos, respectivamente) leva-nos a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador (lesão grave ou morte) poder decorrer tanto de *culpa* quanto de *dolo*, para evitarmos uma situação paradoxal.

Sintetizando, é indiferente que o resultado mais grave seja voluntário ou involuntário, segundo o texto legal, justificando-se a agravação da punibilidade desde que esse resultado não seja produto de caso fortuito ou força maior, ou seja, desde que decorra, pelo menos, de culpa.

9.2 Resultado doloso: não há concurso de crimes

Com efeito, se o agente houver *querido* (dolo direto) ou *assumido (dolo*

eventual) o risco da produção do resultado mais grave, as previsões desses parágrafos não deveriam, teoricamente, ser aplicadas. Haveria, nessa hipótese, *concurso material de crimes* (ou *formal impróprio*, dependendo das circunstâncias): o de natureza sexual (*caput*) e o resultante da violência (lesão grave ou morte). Curiosamente, no entanto, se houver esse *concurso de crimes dolosos*, a soma das penas poderá resultar menor do que as das figuras qualificadas, decorrente da desarmonia do sistema criada pelas reformas penais *ad hoc*. Por essas razões, isto é, para evitar esse provável paradoxo, sugerimos que as qualificadoras constantes dos §§ 1º e 2º devem ser aplicadas mesmo que o resultado mais grave decorra de dolo do agente. Parece-nos que essa é a interpretação mais recomendada, nas circunstâncias, observando-se o *princípio da razoabilidade*.

9.3 Abrangência da lesão corporal grave

A locução "lesão corporal de natureza grave" deve ser interpretada em sentido amplo, para abranger tanto as lesões graves (art. 129, § 1º) quanto as gravíssimas (art. 129, § 2º). É indispensável, evidentemente, que a *gravidade da lesão* seja comprovada mediante perícia. No entanto, a lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*) é absorvida pela previsão do *caput* do art. 213, subsumindo-se na elementar normativa "violência ou grave ameaça".

9.4 Estupro e morte da vítima: equiparação equivocada

Como já referimos, a severidade das penas cominadas não se harmoniza com crime preterdoloso. Procurando minimizar a inocuidade congênita da estrutura tipológica em apreço, sustentamos a possibilidade de o resultado *morte* ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente. Tudo o que dissemos sobre o estupro qualificado pelas lesões corporais graves aplica-se ao estupro com morte da vítima.

Toda sanção agravada em razão de determinada consequência do fato somente pode ser aplicada ao agente se este houver dado *causa* pelo menos culposamente. Com o estupro não é diferente, aplicando-se integralmente o consagrado princípio *nulla poena sine culpa* e rechaçando-se completamente a responsabilidade penal objetiva. No entanto, não se pode silenciar diante de um *erro crasso* do legislador, que *equiparou dolo* e *culpa*, pelo menos quanto às consequências, nesse caso específico. Na verdade, o evento morte, no crime de estupro, tanto pode decorrer de *dolo*,

de *culpa* ou de *preterdolo*, e atribuir-se-lhe a mesma sanção com a gravidade que lhe é cominada (doze a trinta anos de reclusão) agride o bom senso e fere a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Este, nos *crimes culposos*, releva o *desvalor do resultado*, destacando, fundamentalmente, o *desvalor da ação*, v. g., no homicídio doloso (6 a 20 anos) e no culposo (1 a 3 anos).

10 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de estupro é o *dolo* constituído, na primeira modalidade, pela *vontade consciente* de constranger a vítima, contra a sua vontade, à *conjunção carnal*; na segunda modalidade, pela mesma *vontade consciente* de constrangê-la à *prática de outro ato libidinoso* (diverso da conjunção carnal), ou de permitir que com ela se pratique. Em outros termos, o *dolo*, como *elemento subjetivo geral*, requer sempre a presença de dois elementos constitutivos, quais sejam um cognitivo — *consciência* — e outro volitivo — *vontade*. A *consciência*, como elemento do dolo, deve ser *atual*, isto é, deve existir no momento da ação, quando ela está acontecendo, ao contrário da *consciência da ilicitude* (elemento da culpabilidade), que pode ser *potencial*. Além desse elemento intelectual, é indispensável ainda o *elemento volitivo*, sem o qual não se pode falar em dolo, direto ou eventual. Dito de outra forma, a *vontade* deve abranger, igualmente, a *ação* (constranger), o *resultado (execução efetiva)*, os *meios* (violência ou grave ameaça) e o *nexo causal* (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo *intelectual-volitivo* não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se completa.

10.1 Fim de satisfazer a própria lascívia: desnecessidade

Enfim, é possível que o *dolo* — que, como vimos, esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de constranger alguém à prática de ato de libidinagem — esteja presente e, ainda assim, não se complete o *tipo subjetivo*, que, no crime de estupro, exige um *elemento subjetivo especial como fim da ação*. Com efeito, a despeito da divergência doutrinário-jurisprudencial, é necessário o *elemento subjetivo especial do injusto*, ou seja, o especial fim de constranger a vítima (homem ou mulher) à prática de ato de libidinagem, sob pena de não se configurar esse crime. Contudo, é

desnecessária a *finalidade de satisfazer a própria lascívia* para caracterizar o crime, que existe, por exemplo, no crime descrito no art. 218-A.

11 Consumação do crime de estupro

O crime de *estupro*, na modalidade *constranger à conjunção carnal*, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, *mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal*, quando existente*; consuma-se, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação.* Na modalidade *praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso*, consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso de conjunção carnal; o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.

12 Admissibilidade da tentativa

Doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se o crime de estupro na forma tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No *estupro*, como crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui *início de execução*, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da *tentativa* basta que o agente tenha *ameaçado gravemente* a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal.

13 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo, que agora tanto pode ser homem como também mulher, indistintamente); *material* (crime que causa transformação no mundo exterior, deixando vestígios); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (o verbo nuclear implica a prática de uma ação); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente* (a conduta pode ser

desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

14 Pena e ação penal

A pena cominada para o *caput* do art. 213 é, *isoladamente*, reclusão, de seis a dez anos. Decorrendo da conduta, lesão corporal de natureza grave, a pena será reclusão de oito a doze anos (§ 1º). Tratando-se de vítima menor de dezoito e maior de quatorze anos, a pena será igualmente de oito a doze anos (§ 1º, *in fine*); decorrendo da conduta do agente, a morte da vítima, a reclusão será de doze a trinta anos (§ 2º). Nessa hipótese, o limite máximo foi elevado em cinco anos, em relação à lei anterior. No particular, por ser mais grave, essa cominação é irretroativa.

14.1 Aplicação de majorantes especiais

Há, ainda, as majorantes especiais contidas no art. 226: de quarta parte, na hipótese do inciso I, pelo concurso de pessoas; e de metade, se o agente enquadra-se em umas das hipóteses relacionadas no inciso II. Por outro lado, em razão da revogação expressa dos arts. 223 e 224, resulta inaplicável a majoração de metade da pena aplicada determinada pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, além da previsão especial do estupro de vulnerável (art. 217-A), que comina pena mais grave, tutelando as mesmas vítimas relacionadas no art. 224. Ademais, elimina-se a fastidiosa discussão sobre um possível *bis in idem*, que consumiu algumas resmas de papel.

14.2 Natureza da ação penal

A natureza da ação penal, por fim, relativa aos crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI é tratada quando analisamos o disposto no art. 225, cujo conteúdo tem a finalidade de disciplinar exatamente esse tema. Pela complexidade que assumiu, a partir da Lei n. 12.015/2009, concentramos seu exame nesse dispositivo, para onde remetemos o leitor.

Art. 214 (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009.*)

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.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

— *Caput* e parágrafo único com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Com as alterações introduzidas, a Lei n. 12.015/2009, a exemplo da nova definição do crime de *estupro* (que unificou estupro e atentado violento ao pudor), reúne *posse sexual mediante fraude* (art. 215) e *atentado ao pudor mediante fraude* (art. 216) em uma única figura delituosa, sob o *nomen juris* de "violação sexual mediante fraude", com duas modalidades de condutas, quais sejam *ter conjunção carnal* ou *praticar outro ato libidinoso* com alguém. Essa nova definição consagra um *crime de ação múltipla* ou de conteúdo variado, isto é, ainda que o agente pratique as duas condutas, comete apenas um crime, não se podendo falar em concurso de crimes, num mesmo contexto fático.

O conceito de *mulher honesta* evolui na mesma proporção que evoluem os padrões ético-morais adotados pela comunidade social, no entanto, ao longo de mais de seis décadas, causou muitos constrangimentos à mulher brasileira. Com efeito, antes do advento da Lei n. 11.106/2005, exigia-se que a vítima fosse *mulher honesta* para a configuração da figura típica, o que implicava um *juízo de valor* — elemento normativo do tipo —, que deveria obedecer aos padrões ético-sociais vigentes na comunidade e revelados pelos costumes. Em boa hora essa excrescência rançosamente discriminatória foi extirpada do nosso ordenamento jurídico-penal pelo referido diploma legal. Tal evolução, enfim, completa-se com a Lei n. 12.015/2009, transformando a *posse sexual mediante fraude* em crime comum, cujos sujeitos ativos e passivos não exigem nenhuma qualidade ou condição especial, podendo figurar qualquer pessoa tanto no polo ativo como no polo passivo. Em outros termos, elimina-se a tutela penal específica à mulher e à virgindade, dando-se tratamento igualitário a

homens e mulheres, como recomenda o Estado Democrático de Direito.

2 Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico* protegido é a *liberdade sexual* de homem e mulher, que têm sua *vontade viciada* em decorrência do emprego de *fraude* pelo sujeito ativo, ou seja, é a inviolabilidade carnal da pessoa humana, homem ou mulher, protegendo-a dos atos fraudulentos com os quais se vicia o consentimento, para praticar ato de libidinagem, em qualquer de suas modalidades (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). Essa fraude ou outro meio similar induz a vítima a erro quanto à(ao) parceira(o) da relação sexual.

A partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, o bem jurídico considerado como a *liberdade sexual da mulher e do homem* ficou muito mais patente, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados *sem o consenso* da vítima, o *bem jurídico* protegido continua sendo a *liberdade individual*, na sua expressão mais elementar: a *intimidade e a privacidade*, que são aspectos da *liberdade individual*; a intimidade e a privacidade assumem dimensão superior quando se trata da *liberdade sexual*, atingindo sua plenitude quando se trata da *inviolabilidade carnal*. Protege-se, genericamente, a *dignidade sexual individual*, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha. Em outros termos, o presente tipo penal insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente.

3 Sujeito ativo

Sujeito ativo, a partir de sua definição como crime comum, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, independentemente de qualidade ou condição especial, inclusive os denominados transexuais, como sempre reconheceu a velha doutrina, desde a entrada em vigor do Código Penal, em 1942, a exemplo do que ocorria com o crime de *atentado violento ao pudor* (art. 214, revogado). Contrariando aquela música celebrizada por Tim Maia, segundo a qual só não era permitido homem com homem e mulher com mulher, agora, em tese, “vale tudo”, isto é, a *violação sexual mediante*

fraude pode ocorrer entre pessoas do mesmo sexo, ou, em outros termos, podem figurar nos polos ativos e passivos, homens e mulheres, em *relações homo e heterossexuais*.

No particular, contudo, essa concepção não pode retroagir para atingir fatos praticados por *mulher*, antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, como também fatos tendo como sujeito passivo pessoa do sexo masculino (eram condutas atípicas). Com efeito, a utilização, pela redação anterior, dos termos "conjunção carnal" e "mulher", como sujeito passivo, limitava a admissão somente do homem como sujeito ativo (ressalvada a hipótese de *participação*, nos termos do art. 29).

4 Sujeito passivo

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa, independentemente de gênero, qualidade ou condição especial, logicamente, a partir da vigência da Lei n. 12.015/2009. Fatos anteriores somente podem ter como sujeito passivo a mulher, sendo inadmissível questionar-se sua "honestidade" moral, sexual, ética etc.

Tratando-se, no entanto, de vítima com idade inferior a quatorze anos (menor de quatorze) o crime será o de *estupro de vulnerável* (art. 217-A). Essa menoridade, com pequena diferença (não maior de quatorze anos), antes da vigência desse diploma legal, configurava *estupro* com *violência presumida* (art. 213 c/c o art. 224, *a*).

5 Tipo objetivo: adequação típica

Tratando-se de *crime de ação múltipla*, com dois verbos (*ter* e *praticar*), com seus respectivos complementos, impõe-se que se faça análise individualizada de cada modalidade possível dessa infração penal, particularizando as peculiaridades de cada conduta, para melhor compreensão do significado e da abrangência pretendidos pelo novo diploma legal.

5.1 Ter conjunção carnal com alguém

A nova redação substituiu a locução "ter conjunção carnal com mulher", que era específica (admitia somente a mulher como sujeito passivo), por uma redação genérica, mais abrangente, possibilitando com o pronome indefinido "alguém" que homem também possa ser sujeito passivo desse

crime. C*onjunção carnal*, repetindo, é a *cópula vagínica*, que exige a figuração de homem e mulher na relação sexual, fraudulenta ou não, agora podendo figurar, indistintamente, um e outra, tanto no polo passivo como no ativo; embora afigure-se-nos impossível a prática de conjunção carnal entre mulheres, resultando da relação lésbica, a nosso juízo, a configuração da prática de *outro ato libidinoso*, diverso de conjunção carnal. Com efeito, *ter* (manter, praticar) *conjunção carnal* — que é a introdução, repetindo, do órgão genital masculino na cavidade vaginal — exige a participação de homem e mulher, embora o texto legal refira-se a *alguém*; as relações de outra natureza são identificadas, em nosso sistema jurídico, como "ato libidinoso diverso de conjunção carnal".

5.1.1 Necessidade típica: vítima ludibriada

É indispensável que a vítima tenha sido ludibriada, iludida, e não que se tenha entregue à prática libidinosa por rogos, carícias ou na expectativa de obter alguma vantagem do agente. Assim, não há como considerar ludibriada, fraudada ou enganada a mulher que "empresta" seu corpo para satisfazer desejos sexuais de alguém na expectativa de receber, em troca, bens materiais, ou simplesmente para a própria satisfação dos mesmos instintos que impulsionam o suposto ofensor. Na mesma linha, pode configurar violação sexual *mediante fraude* a prática de atos libidinosos com paciente durante o atendimento médico, desde que sua motivação subjetiva desvie-se da finalidade médica. Com efeito, a prática, por médico ginecologista, de *toques desnecessários*, com o objetivo de satisfazer sua lascívia, caracteriza a presente infração penal.

5.1.2 Mulher honesta: discriminação superada

Antes do advento da Lei n. 11.106/2005, exigia-se que a vítima fosse *mulher honesta* para a configuração da figura típica, o que implicava um juízo de valor — elemento normativo do tipo —, que deveria obedecer aos padrões ético-sociais vigentes na comunidade e revelados pelos costumes. Em boa hora essa excrescência rançosamente discriminatória foi extirpada do nosso ordenamento jurídico-penal pelo referido diploma legal. O elemento normativo "honesta", adjetivador do sujeito passivo "mulher" nos crimes sexuais, finalmente suprimido do Código Penal, representa, acreditamos, um problema superado em nosso direito positivo. A "honestidade" da mulher passou a ser irrelevante nesses crimes sexuais.

Com efeito, esse elemento normativo, ante a evolução dos costumes, caracterizava uma boa demonstração da violação da reserva legal, por meio do uso exagerado de fórmulas genéricas ou, de qualquer forma, que dependam, exclusivamente, de juízos de valor. Por razões semelhantes, é irrelevante que se trate de *mulher virgem* ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, ao contrário do que previa originalmente o mesmo dispositivo, na versão do legislador de 1940, embora sob outra rubrica.

5.2 Praticar outro ato libidinoso com alguém

Na linguagem do legislador de 1940 (CP em sua redação original), nas definições de *atentado ao pudor* (v. g. arts. 214, 216), utilizava-se "*ato libidinoso diverso da conjunção carnal*", para distingui-lo desta última. Em realidade não se pode ignorar que *ato libidinoso* é gênero do qual *conjunção carnal* é uma de suas espécies, ou seja, a *conjunção carnal* também é ato libidinoso, embora distinto dos demais. Razão pela qual preferíamos a terminologia anterior, que deixava clara essa distinção, embora nos curvemos à preferência do texto legal, para facilitarmos a compreensão do leitor.

Essa segunda conduta tipificada pela redação da Lei n. 12.015/2009, consiste em o agente (homem ou mulher) *praticar outro ato libidinoso* com *alguém* (homem ou mulher), *mediante fraude*. Nessa hipótese, o sujeito ativo *pratica* (executa, realiza, mantém) com a vítima (masculina ou feminina) *ato libidinoso diverso de conjunção carnal*, fraudulentamente. Essa modalidade de conduta, ao contrário da primeira (ter conjunção carnal), admite homem com homem e mulher com mulher, sem nenhuma dificuldade linguístico-dogmática. Em outros termos, a *mulher* pode ser sujeito ativo do crime de *violação sexual mediante fraude*, tendo como vítima tanto homem quanto mulher, que, convenhamos, trata-se de grande inovação na seara dos direitos e liberdade sexuais. Embora possa parecer excessiva liberalidade do legislador com a homossexualidade, representa, em verdade, a constatação de uma realidade, que, quando consentida, insere-se no contexto da normalidade da moral contemporânea, mas, quando forçada ou fraudada, constitui uma das formas mais graves de violação da liberdade sexual individual.

5.2.1 Semelhança: atentado ao pudor mediante fraude

A descrição da segunda conduta apresenta redação semelhante à prevista

no art. 216, ora revogado, que disciplinava o crime de *atentado ao pudor mediante fraude*. Nesse dispositivo revogado, no entanto, o agente *induzia* o ofendido a agir, *praticando* ou *submetendo-se* à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Constata-se que pela redação revogada a vítima tinha uma atitude eminentemente ativa e participativa na execução da conduta incriminada; o sujeito ativo limitava-se a "induzir", mediante fraude, o ofendido a *praticar* ou *submeter-se* à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Em outros termos, o sujeito ativo não praticava *atos de libidinagem* com a vítima, apenas a induzia a praticá-lo ou submeter-se à sua prática (com quem quer que seja).

5.2.2 Desígnios autônomos

Perdeu importância o *animus* do sujeito ativo, uma vez que, se visava a *conjunção carnal*, apenas tipificaria a primeira conduta do mesmo tipo penal, e não outra infração penal como ocorria anteriormente (posse sexual mediante fraude). Na verdade, a *fraude* constitui vício do consentimento da vítima; seria, *mutatis mutandis*, o "dolo" sob o ângulo dos vícios de consentimento no campo do direito civil. O *emprego de violência* afasta a fraude. Não se pode falar em violação sexual mediante fraude quando há violência, ainda que presumida pela idade da(o) ofendida(o).

5.3 Meios ou formas de execução das modalidades de violação sexual

5.3.1 Mediante fraude

Mediante fraude é o meio ou forma de execução das duas espécies de condutas — *ter conjunção carnal* ou *praticar outro ato libidinoso* —, ou seja, manter *cópula vagínica* ou praticar *outro ato libidinoso*, fraudulentamente, o que não deixa de ser um tanto *surrealista.* A *fraude* é o engodo, o ardil, o artifício que leva ao engano. A fraude deve constituir meio idôneo para enganar o ofendido (*homem* ou *mulher,* dependendo das demais circunstâncias) sobre a *identidade pessoal* do agente ou sobre a *legitimidade da conjunção carnal* ou do *ato libidinoso diverso* (preferíamos essa expressão, que identificava com maior clareza sua distinção com a conjunção carnal). Contudo, a fraude não pode anular a capacidade de entendimento ou mesmo de resistência da vítima. Nessa linha, exemplifica Rogério Sanches Cunha, *in verbis*: "A fraude utilizada na execução do

crime não pode anular a capacidade de resistência da vítima, caso em que estará configurado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP)" (Rogério Sanches Cunha, *Comentários à Reforma Criminal de 2009*, p. 43).

5.3.1.1 Idoneidade da fraude: indispensabilidade

Contudo, a fraude deve constituir meio idôneo para enganar o *ofendido* — que se encontra de *boa-fé* — sobre a *identidade pessoal* do agente ou sobre a *legitimidade da relação carnal*. Em outros termos, a vítima precisa ser *enganada* pelo agente, sob pena de não se configurar a *fraude*; havendo dúvida, a menor que seja, há previsão, e quem prevê e consente *assume*, no mínimo, os riscos das consequências, descaracterizando a "entrega" mediante ardil. É irrelevante, repetindo, a "honestidade da vítima" — ao contrário do que prescrevia o Código Penal em sua redação original.

A *fraude*, nessa infração penal, não se confunde com as *branda verba*, os *allectamenta*, as *dolosae promissiones* da sedução, mas exige mais que isso, vale dizer, o engano do ofendido (homem ou mulher) sobre a identidade pessoal do agente ou sobre a legitimidade da conjunção carnal a que se presta. Já afirmávamos ante a redação anterior que a relação sexual obtida com promessa de casamento ou como prova de virgindade não tipifica esse crime. A doutrina refere como exemplos possíveis do crime o fato de o agente *simular celebração de casamento*, a substituição de uma pessoa por outra, hipóteses de casamento por procuração etc.

5.3.1.2 Estelionato sexual: difícil caracterização

A *violação sexual* mediante fraude, também conhecida na terminologia anterior (posse sexual) como *estelionato sexual*, é de difícil caracterização, pois não é qualquer *meio* enganoso que serve de suporte a essa entidade criminal. Necessita, para se configurar, que a vítima seja levada a situação de *erro*, ou nela seja mantida, quanto à identidade do sujeito ativo ou mesmo quanto à legitimidade do ato sexual. É preciso o emprego de artifícios e estratagemas, criando uma situação de fato ou uma disposição de circunstâncias que torne insuperável o erro do ofendido.

5.3.2 Outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima

Por fim, o tipo penal prevê uma forma genérica, *analógica* de as

condutas serem praticadas, além da *fraude* que acabamos de examinar: *outro meio que impeça* ou *dificulte a livre manifestação da vontade* da vítima. Incluiríamos aqui um exemplo de Nucci, para quem haveria *estupro sem contato físico*, na segunda modalidade prevista. Exemplifica Nucci: "A modificação trazida no tipo penal do estupro elimina a exigência do contato físico para a sua configuração. Afinal, menciona-se a conjunção carnal (esta sim, física) *ou outro* ato libidinoso. Ora, ato de satisfação da libido ou desejo sexual pode ser variado. Exemplificando, se alguém, mediante ameaça com arma de fogo, obriga a vítima a se despir em sua frente, o que lhe confere prazer sexual, naturalmente está cometendo estupro consumado" (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 22).

Venia concessa, não se pode ir tão longe, com penas cominadas de seis a dez anos de reclusão, admitindo a simples contemplação lasciva como configuradora do crime de estupro, de qualquer espécie. Com efeito, nesse *constrangimento*, exemplificado por Nucci, *não há a prática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal*, não passando de *contemplação lasciva*, pessoal, mediante grave ameaça. Na realidade, essa *contemplação*, ainda que forçada, não podia ser admitida como hipótese de *atentado violento ao pudor* (como era definida essa segunda modalidade de estupro). O máximo que poderíamos conceber seria examinar, *in concreto*, a possibilidade de adequar-se à parte alternativa do disposto no art. 215. Embora nos pareça mais adequado — ante a ausência de previsão legal específica, e na impossibilidade de adequar-se ao contemplado no art. 227 —, que o agente respondesse pelo crime de *constrangimento ilegal*, com penas majoradas (art. 146 e §§ 1º e 2º). Convenhamos, parece-nos insustentável defender a possibilidade da prática do crime de estupro, sem haver sequer qualquer contato físico com a vítima. Certamente, não é essa a *mens legis* contida no referido dispositivo legal.

5.3.2.1 Previsão analógica: similitude ao paradigma

Por outro lado, não se deve descuidar do aspecto de que essa previsão *genérica ou analógica — ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima* — deve assemelhar-se à *fraude*, isto é, deve ser *meio* que tenha a mesma capacidade de ludibriar a vítima, desde que não chegue ao extremo de inviabilizar a sua livre manifestação de vontade. Nesse sentido, a lúcida manifestação de Rogério Sanches, *in*

verbis: “a fraude utilizada na execução do crime não pode anular a capacidade de resistência da vítima, caso em que estará configurado o delito de estupro de vulnerável (art. 217–A do CP)” (Rogério Sanches Cunha, in *Comentários à Reforma Criminal* de 2009, p. 43). Estamos de pleno acordo com esse entendimento, no entanto, não é isso que reza o texto legal, ou seja, admite “outro meio que **impeça** ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. Ora, *meio que impeça a livre manifestação de vontade* significa *vontade inexistente*, e esta não se confunde com *vontade viciada* ou fraudada. Alguém *sem vontade livre*, com vontade suprimida ou inexistente não reage, não pode “oferecer resistência”, e ser possuído(a) “sem poder oferecer resistência”, configura *estupro*, e sendo menor de quatorze anos é *vulnerável* (art. 217-A, § 1º*)*. Por isso, recomenda-se muita cautela no exame dessa elementar, que não pode chegar ao ponto de *impedir* a livre manifestação da vítima.

5.3.2.2 Mulher “desonesta”: erro de tipo e erro de proibição

Se o agente, conhecedor da “má fama” de determinada mulher, estiver convencido de que, em razão disso, não é proibido “pregar-lhe uma peça” para, assim, possuí-la sexualmente, incorrerá em duplo erro penal: de tipo e de proibição. Seria erro de tipo por imaginar que a existência de determinada característica pessoal — “desonestidade” da mulher — afasta a tipicidade penal; e erro de proibição por acreditar que, com tais características, não lhe era proibido tal conduta. Pode-se discutir tão somente a escusabilidade ou inescusabilidade do erro. Teoricamente, somente para argumentar, poder-se-á sustentar, ao menos por algum tempo, essa possibilidade dogmática de erro penal, restando tão somente, como mencionamos, o questionamento de sua escusabilidade ou inescusabilidade de tal erro.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de *violação sexual mediante fraude* é o *dolo* constituído pela *vontade consciente* de ter conjunção carnal com a vítima, ou praticar outro ato libidinoso (diverso da conjunção carnal), ou de permitir que com ela se pratique, fraudulentamente, ou seja, com o *emprego de fraude* ou *outro meio* que impeça ou dificulte a sua livre manifestação de vontade.

6.1 Elemento intelectual do dolo

A *consciência*, como elemento do dolo, deve ser *atual*, isto é, deve existir no momento em que a ação está acontecendo, ao contrário da *consciência da ilicitude* (elemento da culpabilidade), que pode ser apenas *potencial*. Na verdade, não basta que a "consciência", elemento intelectual do dolo, seja meramente *potencial*, como ocorre na *culpabilidade*. Essa distinção justifica-se porque o agente deve ter *plena consciência*, no momento da ação, daquilo que quer praticar — conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude. Assim, o agente deve ter não apenas *consciência* de que pratica uma relação sexual fraudulenta, mas, além disso, deve estar *consciente* também que ludibria a vontade da vítima (mediante engodo), bem como das consequências de sua ação e dos meios que utiliza para executá-la.

6.2 Elemento volitivo

Além do elemento intelectual, é indispensável ainda o *elemento volitivo*, sem o qual não se pode falar em dolo, direto ou eventual. Em outras palavras, a *vontade* deve abranger, igualmente, a *ação* (a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o *resultado* (execução efetiva da ação proibida), os *meios* (fraude ou *outro meio* que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o *nexo causal* (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo *intelectual-volitivo* não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se completa.

Na realidade, o *dolo* somente se configura com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo *intelectual-volitivo* não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, o *dolo* não se completa, e sem dolo não há crime, pois não há previsão da modalidade culposa.

6.3 Elemento subjetivo especial do injusto: crime de tendência

É possível que o *dolo* esteja presente e, ainda assim, não se complete o *tipo subjetivo*, posto que o crime de *violação sexual mediante fraude* exige um elemento subjetivo *especial, implícito, como finalidade da ação*. Na realidade, o *especial fim* ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez

que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo. O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a *ilicitude* do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo especial do tipo* de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injusto*, que se equivalem, porque pertencem, simultaneamente, à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde. A ausência desses *elementos subjetivos especiais* descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo. Por outro lado, enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.

6.3.1 Crimes de tendência

Com efeito, na *violação sexual mediante fraude* é necessário o *elemento subjetivo especial do injusto*, ou seja, o especial fim de *possuir sexualmente* a vítima (homem ou mulher), ludibriando-a, sob pena de não se configurar essa infração penal. Esse crime insere-se naquela tipologia que Welzel denominava "crimes de tendência". Nos *delitos de tendência* a ação encontra-se envolvida por determinado *ânimo* cuja ausência impossibilita a sua concepção; não é a *vontade* do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes. Neles, "não se exige a persecução de um resultado ulterior ao previsto no tipo, senão que o autor confira à ação típica um sentido (ou tendência) subjetivo não expresso no tipo, mas deduzível da natureza do delito (ex.: *o propósito de ofender* — arts. 138, 139, 140, CP; *propósito de ultrajar* — art. 212, CP)" (Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, *Elementos de Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, v. 1, p. 88).

A ação, em tais crimes, deve expressar uma *tendência subjetiva* do agente, indispensável para compreender os crimes sexuais. No magistério de Welzel, "*a tendência especial de ação*, sobretudo se trata aqui da *tendência voluptuosa* nos delitos de lascívia. Ação lasciva é exclusivamente a lesão objetiva do pudor levada a efeito com tendência subjetiva voluptuosa" (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 115). Referidos crimes são chamados também de crimes de *tendência intensificada*, nos quais o tipo

requer o ânimo ou tendência de realizar a própria conduta típica, sem transcendê-la, como ocorre nos delitos de intenção.

7 Consumação da violação fraudulenta

Consuma-se a violação sexual mediante fraude, na sua primeira figura, *ter conjunção carnal*, com a introdução do pênis na vagina da vítima, ainda que parcialmente, independentemente de ejaculação; a consumação do crime não necessita que a conjunção carnal seja completada; basta, como se percebe, que seja iniciada. Consuma-se, por sua vez, a segunda figura, com a *prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal*. O momento consumativo coincide com a prática do ato libidinoso.

7.1 Admissibilidade da tentativa

Admite-se a *tentativa* quando, por qualquer razão estranha à vontade do agente, não consegue consumar seu intento, como, por exemplo, induz a vítima em erro, em razão da fraude, mas não consegue ou é impedido de consumar o crime, ou seja, de praticar propriamente o ato de libidinagem. Em outros termos, o ato executório é fracionável e pode ocorrer a sua interrupção, quando, por exemplo, a vítima apercebe-se do engano antes que o ato seja praticado.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não se exige do sujeito ativo qualquer qualidade ou condição); *material* (crime que produz resultado através da prática de conjunção carnal); *de forma vinculada* (somente pode ser praticado por meio fraudulento ou similar); *comissivo* (induzir implica necessariamente ação ativa); *instantâneo* (cujo resultado se dá de forma instantânea, não se alongando no tempo); *de dano* (consuma-se somente com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um só agente); *plurissubsistente* (a conduta, em tese, é composta de uma pluralidade de atos).

9 Pena e ação penal

A pena cominada é, *isoladamente*, de *reclusão*, de dois a seis anos. Na linha exasperadora das sanções penais adotada pelo legislador

contemporâneo, a pena cominada teve duplicado seus limites mínimo e máximo, injustificadamente. Como novidade, foi prevista a pena de multa, *se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica*, a despeito de ser bastante improvável essa finalidade, nesse tipo de infração penal. Na nossa ótica, essa previsão é absolutamente equivocada e inócua, além de deslocada, pois dificilmente esse tipo de infração penal terá motivação econômica. Na realidade, tal previsão deveria constar da nova redação do art. 218, que contempla o *uso de menor de quatorze anos para satisfazer a lascívia de outrem*. Nesse tipo penal, a motivação do agente, invariavelmente, é a obtenção de lucro. Desafortunadamente, o parágrafo único que consagrava essa possibilidade foi equivocadamente vetado. Com efeito, vetado deveria ter sido o parágrafo único deste art. 215.

Para compensar, as qualificadoras da *virgindade* e *menoridade* (entre 18 e 14 anos) foram suprimidas desse tipo penal. Essas antigas qualificadoras, quais sejam tratar-se de *vítima virgem* ou *menor de dezoito anos e maior de quatorze*, que foram abolidas pelo atual diploma legal, não devem ser consideradas na dosagem de pena, pois, por determinação legal, foram excluídas do ordenamento jurídico (em sentido contrário, manifesta-se Rogério Sanches Cunha, in Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valério de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à Reforma Criminal de 2009*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 43). Essa revogação expressa desautoriza sua valoração na dosimetria penal, pois agravaria a situação do infrator, *sine legis*. Na hipótese de o sujeito ativo ser ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge etc., a pena aplicada será majorada de metade (art. 226, II). A natureza da ação penal será estudada quando examinarmos o disposto no art. 225.

A natureza da ação penal, por fim, relativa aos crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI, é tratada quando analisamos o disposto no art. 225, cujo conteúdo tem a finalidade de disciplinar exatamente esse tema. Pela complexidade que assumiu, a partir da Lei n. 12.015/2009, concentramos seu exame nesse dispositivo, para onde remetemos o leitor.

Art. 216. (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009.*)

Assédio sexual

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.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001.

Parágrafo único. (*Vetado.*)

§ 2º A pena é aumentada em até 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

— § 2º acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Com a edição da Lei n. 12.015/2009 perde-se uma grande oportunidade para corrigir a construção tipológica do *moderno* crime de assédio sexual, conforme acerba crítica que fizemos desde sua entrada em vigor. É indispensável que se defina o *objeto da conduta nuclear* representada pelo verbo *constranger*, conforme análise que faremos adiante. Preocupou-se o legislador, como sempre, exclusivamente com a elevação da punição ao infrator, criando uma *majorante especial*, com o *aumento de até um terço da pena*, se a vítima for menor de dezoito anos. No mais, mantemos nossa análise crítica, nos termos a seguir.

Não questionamos a relevância dos bens jurídicos tutelados — *liberdade sexual*, *indiscriminação nas relações trabalhistas*, *honra e dignidade pessoais* —, merecedores, sob todos os aspectos, de proteção jurídica. Discutimos, na verdade, a necessidade, pertinência e utilidade da *criminalização* desse tipo de comportamento, que, jurídica e eticamente censurável, já encontra suficiente proteção em nosso ordenamento jurídico (nos setores civil, trabalhista, administrativo), inclusive na área criminal, por meio de algumas figuras delitivas, tais como constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), violação sexual mediante fraude (art. 215), importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP); *de lege ferenda*, ainda poderia receber melhor tratamento na seara do direito trabalhista — para a iniciativa privada — e do direito administrativo, para o âmbito do setor público.

1.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se, para o restabelecimento da ordem jurídica violada, forem suficientes medidas civis ou administrativas, são

estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, "Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica".

Resumindo, enfim, antes de recorrer ao direito penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social. No entanto, os legisladores contemporâneos — tanto de primeiro como de terceiro mundo — têm abusado da *criminalização* e da *penalização*, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o direito penal mas também a sanção criminal, que acaba perdendo a força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos. A criminalização do "assédio sexual" insere-se nesse contexto, além de, provavelmente, vir a fundamentar muitas *denunciações caluniosas*, especialmente nas demissões *sem justa causa*.

1.2 Assédio sexual: significado jurídico

A popularização do famigerado assédio sexual, que passou a ter um sentido técnico-jurídico específico e bem delimitado — *constrangimento (indevido) de subordinado com o intuito de obter favores sexuais* —, traz em seu bojo um grande desserviço à sociedade brasileira, vulgarizando a violência sexual: popularmente, os crimes sexuais graves — *estupro* e *atentado violento ao pudor* — já estão sendo noticiados pela grande mídia como simples "assédios sexuais"! Essa confusão ocorre porque os "donos da verdade" — formadores de opinião —, que têm a convicção de saber e conhecer tudo, confundem todos os crimes sexuais com a novel infração, que está descrita assim: "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" (art. 216-A do CP, com redação determinada pela Lei n. 10.224, de 15-5-2001).

2 Bem jurídico tutelado

Na tipificação do crime de assédio sexual, a proteção penal estende-se

para além da liberdade sexual, abrangendo, com efeito, *outros bens jurídicos* que, embora não tenham a mesma relevância, elevam no contexto a importância e, de certa forma, fundamentam, na ótica do legislador, a necessidade da proteção penal desse aspecto da liberdade sexual. Assim, bens jurídicos protegidos são (1) a *liberdade sexual* de homem e mulher, indiferentemente, ao contrário do que ocorre com o crime de estupro, por exemplo, que protege exclusivamente esse direito de pessoa do sexo feminino; (2) a *honra* e a *dignidade sexuais* são igualmente protegidas por esse dispositivo; e, por fim, (3) a *dignidade das relações trabalhista-funcionais* também assumem a condição de bem jurídico penalmente protegido por esse novo dispositivo legal.

A importância da liberdade sexual justifica sua proteção penal, pois integra a própria honra pessoal, "que é valor imaterial, insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza". O respeito à liberdade sexual é um corolário da dignidade e personalidade humanas e tem caráter absoluto. É irrelevante o eventual desvalor que o próprio indivíduo ou a sociedade lhe possam atribuir em determinadas circunstâncias ou que possa parecer inútil, nociva ou renunciada porque, por exemplo, optou-se por uma vida devassa e libertina, por se ter entregue à prostituição, por exemplo, representando para a sociedade elemento negativo ou perturbador.

Não se pode esquecer, aliás, que a prostituta também pode ser vítima do crime de estupro (art. 213), na medida em que sua opção pela prostituição não a obriga submeter-se, contra a sua vontade, à prática de todo e qualquer ato libidinoso com todo e qualquer indivíduo e em quaisquer circunstâncias. Por *honra* e *dignidade sexuais* entendemos o respeito que cada indivíduo, homem e mulher, merece da coletividade como ente social em geral, concebendo-o digno e honrado quanto a esse aspecto de sua personalidade; de outro lado, em particular, é o direito que o indivíduo tem de conceber, definir, desenvolver e exercer, respeitados os limites da moralidade pública, sua atividade sexual, honradamente.

3 Sujeito ativo do assédio sexual

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, em relações *hetero* ou *homossexuais*. Com a expressão "alguém" o tipo penal admite que o *constrangimento* possa ser praticado por sujeito ativo do mesmo sexo

da vítima, desde que apresente a *elementar* relativa à hierarquia funcional ou ascendência. O inverso não é verdadeiro, isto é, o subordinado ou subalterno não pode ser sujeito ativo do crime de assédio sexual; falta-lhe a *condição especial* exigida pelo tipo, que emoldura um *crime próprio*. A ausência do vínculo laboral ou funcional entre assediante e assediado torna a conduta atípica, pelo menos em relação a essa novel infração penal.

4 Sujeito passivo do assédio sexual

Igualmente, à evidência, *sujeito passivo* também pode ser do mesmo sexo do sujeito ativo, desde que se encontre na condição subalterna exigida pelo tipo penal. A inexistência de "vínculo de subordinação" entre vítima e sujeito ativo afasta a tipicidade da conduta. Na hipótese de a vítima desfrutar de posição semelhante ou superior ao sujeito ativo, a mesma conduta de "constranger" não configura assédio sexual; em outros termos, não há crime de assédio sexual entre colegas de trabalho, estudo ou lazer.

Coautoria e *participação em sentido estrito* são perfeitamente possíveis, inclusive entre homens e mulheres em qualquer dos polos (ativo ou passivo). A própria *autoria mediata* não pode ser afastada quando, por exemplo, o sujeito ativo (que tem o domínio do fato) utiliza-se de terceiro para obter, por meio do constrangimento, vantagem ou favorecimento sexual. Nessa hipótese, devem-se observar, evidentemente, os postulados do *domínio final do fato* e da *autoria mediata*, conforme demonstramos em nosso *Manual de direito penal*. Assim, a *condição especial* exigida pelo tipo penal deve residir no autor mediato e não no autor direto, que é mero executor. É, enfim, irrelevante o gênero a que pertence a vítima, masculino ou feminino, como também o é em relação ao sujeito ativo.

5 Tipo objetivo: adequação típica

Tratando-se do crime de "assédio sexual", seria natural esperar que a conduta de eventual agente desse crime fosse representada pelo verbo "assediar", que, no idioma pátrio, tem o significado de "perseguir com insistência". No entanto, o legislador preferiu, como fez no passado, nas hipóteses dos crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor* (arts. 213 e 214), utilizar como verbo nuclear "constranger" (na verdade, "constranger alguém", exatamente a mesma locução utilizada no crime de atentado violento ao pudor). Diferentemente, no entanto, nas tipificações anteriores,

o verbo nuclear recebe os respectivos complementos verbais: “constranger mulher à conjunção carnal” (estupro) e “constranger alguém... a praticar... ato libidinoso” (ambas, agora, na nova modalidade de estupro).

O núcleo do tipo, com efeito, é *constranger*, que, nos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), é utilizado com o significado de *obrigar, forçar, compelir, coagir* alguém a fazer ou não fazer alguma coisa. Mas, nessas duas hipóteses, estamos diante de um *verbo duplamente transitivo*, exigindo *complemento* (objeto direto e indireto), que a redação do novel artigo não apresenta.

5.1 Dificuldade interpretativa: equivocada construção frasal

A construção frasal do novo tipo penal, com efeito, causa certa perplexidade, uma vez que nos obriga a identificar a *desinência* desse verbo e qual ou quais os complementos que está a exigir. Se tiver o mesmo sentido daquele empregado nos outros dois crimes a que acabamos de nos referir, onde estaria a dupla complementação verbal (*objeto direto e objeto indireto*)? Constranger quem a quê?! A primeira pergunta encontra resposta no texto proposto, “alguém”, mas resta a segunda pergunta: constranger a quê? Essa indagação não tem resposta gramatical no texto legislado, pois, “com o intuito de obter *vantagem* ou *favorecimento* sexual”, constitui o *especial fim de agir* e não o *complemento verbal* exigido pelo verbo duplamente transitivo. A afirmação de que “*no crime de assédio sexual não há que se tipificar nenhuma conduta da vítima e ela não precisa fazer nada depois do constrangimento para a configuração do delito*” não responde a essas indagações. A desnecessidade de a vítima fazer ou deixar de fazer qualquer coisa — com o que acordamos — para configurar o assédio sexual não elimina a imperatividade de o verbo transitivo “constranger” receber, adequadamente, seus complementos verbais. Na verdade, a exigência dos complementos verbais e a desnecessidade de a vítima praticar qualquer ato são coisas absolutamente diversas, e uma não afasta a outra, na medida em que não são excludentes.

5.2 Solução da dificuldade linguística

Com efeito, a solução dessa dificuldade “linguística” deve ser encontrada na interpretação do verdadeiro sentido emprestado ao verbo “constranger” na definição dessa nova infração penal. Para começar, deve-se reconhecer que seu sentido ou significado não é o mesmo daquele

utilizado nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (*obrigar, forçar, compelir, coagir*); caso contrário, a oração estaria incompleta: faltar-lhe-ia um complemento verbal. Essa nossa concepção é favorecida pela própria estrutura do texto, que não coloca entre vírgulas o elemento subjetivo especial do tipo (*com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual)*, como normalmente ocorre nessas construções tipológicas. Na verdade, essa construção gramatical nos obriga a interpretar o verbo "constranger" com o sentido de *embaraçar, acanhar, criar uma situação ou posição constrangedora para a vítima*, que lhe dá, segundo a definição clássica, a conceituação de crime formal.

Por fim, como o "intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual" não precisa realizar-se para a consumação do crime, é suficiente a *ação de constranger*, que, nesse tipo penal, não exige a efetiva prática de atos voluptuosos, bastando que sejam o móvel da ação.

5.3 Crime de ação livre

Não foi previsto qualquer *meio* ou *modo* para a execução do tipo penal, que, por isso mesmo, tem forma livre, isto é, pode ser praticado por qualquer *meio* ou *forma*, desde que sejam suficientes para criar *um estado de constrangimento* à vítima, não se afastando, inclusive, o uso (não obrigatório) da violência ou grave ameaça à pessoa. Essa referência ao emprego de violência no assédio sexual rendeu-nos a velada crítica de Rogério Sanches Cunha, nos seguintes termos: "Apesar de Cezar Bitencourt admitir a violência ou grave ameaça como meios de execução do crime... prevalece que não pode o agente valer-se de tais comportamentos executivos, hipóteses configuradoras de delito de estupro (art. 213)" (Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valério de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à Reforma Criminal de 2009*, p. 46). Na realidade, apenas para aclarar, *não defendemos o emprego de violência* como um dos meios de execução do assédio sexual; admitimos, apenas, a possibilidade de uma conduta mais contundente do assediador, sustentando adiante (item 5.7) que a *grave ameaça*, que é uma espécie de violência (crime do art. 147), é absorvida pelo crime de assédio sexual. *Vias de fato*, que é outra espécie de violência, não constitui crime (mera contravenção, salvo na injúria aviltante — art. 140, § 2º). Aliás, falando de violência na injúria real, tivemos oportunidade de afirmar: "Na verdade, a *violência*, como elementar da *injúria real*, não se confunde com lesão corporal, caso contrário o legislador

tê-lo-ia dito, como o fez em relação às *vias de fato*.

É possível empregar violência, isto é, força física, gestos abruptos, exercendo-os injuriosamente, isto é, desrespeitosamente, sem, contudo, tipificar *lesões corporais*" (Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – crimes contra a pessoa*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, v. 2, p. 332).

Ademais, o definitivo, na definição da conduta incriminada, centra-se no *elemento subjetivo* orientador do comportamento do agente. No *estupro*, seu elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de constranger a vítima, contra a sua vontade, *à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso* (na nova concepção); no *assédio sexual*, por sua vez, o elemento subjetivo é o dolo, *constituído pela vontade livre e consciente de assediar sexualmente a vítima*, simplesmente, e *não de possuí-la à força*, isto é, não de *constrangê-la à prática de atos de libidinagem*, que seria o estupro na versão atual.

5.4 Taxatividade da tipicidade

Contudo, não se pode perder de vista o *princípio da tipicidade taxativa*, ou seja, estrita, que não admite, em nenhuma norma incriminadora, interpretação aberta, abrangente, ampla ou mesmo extensiva. Por isso, não admitimos que o simples *causar embaraço* seja suficiente para tipificar o crime de *assédio sexual*, pois o mero desconforto ou embaraço não tem a força necessária para atingir a intensidade da gravidade requerida pelo verbo "constranger", que, no entanto, repetindo, nesse novo tipo penal, não tem o sentido de *obrigar, forçar, coagir*.

Assediar sexualmente, ou melhor, *constranger*, implica importunação séria, grave, ofensiva, chantagista ou ameaçadora a alguém subordinado, na medida em que o dispositivo legal não dispensa a existência e infringência de uma *relação de hierarquia* ou *ascendência*. Simples gracejos, meros galanteios ou paqueras não têm idoneidade para caracterizar a ação de *constranger*. Nesse sentido, contamos com a companhia de Luiz Flávio Gomes, que, lucidamente, afirma: "É preciso bom senso para distinguir o constrangimento criminoso do simples *flert*, do gracejo, da 'paquera'. Nem toda 'abordagem' é assédio" (Luiz Flávio Gomes et al., *Comentários à Reforma Criminal de 2009*). Em outros termos, para ser erigido à condição de crime é necessário que o assédio sexual crie uma situação embaraçosa, constrangedora ou de chantagem para a vítima, que, mesmo não o

aceitando, isto é, não correspondendo às investidas de seu algoz, sinta-se efetivamente em risco, na iminência ou probabilidade de sofrer grave dano ou prejuízo de natureza funcional ou trabalhista.

5.5 Dano ou prejuízo à vítima

Esse *dano* ou *prejuízo* que a vítima, assediada ou constrangida, tem medo ou receio de sofrer não se limita à possibilidade de desemprego, demissão ou redução de sua remuneração; eventuais empecilhos, discriminações ou dificuldades de qualquer natureza para a progressão na carreira, no emprego, cargo ou função também podem configurar *meio, forma* ou *modo* do constrangimento sofrido pela vítima. Convém destacar que o assédio criminoso aperfeiçoa-se independentemente de a vítima — *assediada, constrangida* e *assustada* — praticar qualquer conduta exigida, querida ou esperada pelo sujeito ativo. A ocorrência de eventual contato físico (ato libidinoso), absolutamente desnecessário, pode configurar crime mais grave, dependendo da natureza do ato e do meio utilizado, ou representar, simplesmente, o exaurimento do crime de assédio.

5.6 Desnecessidade da prática de atos libidinosos

Já afirmamos que, para a configuração do crime de *assédio sexual*, é absolutamente desnecessária a prática de qualquer *ato libidinoso* entre autor e vítima, e, se ocorrer, representará, em tese, somente o exaurimento da infração penal. Tipifica-se o crime de assédio sexual com a simples *ação de constranger*, que, ante a omissão legislativa, pode ser praticada de forma livre, desde que seja orientada pelo *objetivo especial* de obter vantagem ou qualquer tipo de proveito de natureza sexual, que *exista o vínculo hierárquico ou de ascendência e que o agente se prevaleça dessa relação*.

A tipificação, ademais, não exige o emprego de *violência* ou *grave ameaça*, ao contrário do que ocorre nos crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor*. Bastam o "temor reverencial" e a *insistência constrangedora* do sujeito ativo, deixando subliminarmente demonstrado que eventual recusa poderá produzir "prejuízo" profissional ou funcional à(ao) recusante. Contudo, deve-se acautelar-se com as sensibilidades exageradas daquelas pessoas fantasiadoras ou excessivamente inventivas, que podem criar, mentalmente, situações inexistentes.

5.7 Prática de ameaça grave: excesso retórico

Se o constrangimento, nos termos previstos no art. 216-A, ocorrer por meio de *ameaça de mal injusto e grave*, poderá, segundo Luiz Flávio Gomes, configurar *concurso material de crimes*. Temos dificuldade, dogmaticamente falando, em aceitar essa concepção, a despeito da autoridade de seu autor. Com efeito, não se pode perder de vista que o assédio sexual, por definição legal, é *crime de forma livre*, como já demonstramos. Essa liberdade de ação permite, embora não seja necessário, que o "constrangimento" contido no tipo penal em exame apresente-se sob a forma de *ameaça*, inclusive *de mal injusto e grave*. Por outro lado, não se pode ignorar o *caráter subsidiário* do crime de *ameaça*. Aliás, referindo-nos à natureza subsidiária desse crime, tivemos oportunidade de afirmar: "Trata-se efetivamente de um crime *tipicamente subsidiário;* se a *ameaça* deixa de ser um fim em si mesmo, já não se configura um crime autônomo, passando a constituir elemento, essencial ou acidental, de outro crime; a *ameaça*, nesses casos, é absorvida por esse outro crime. A ameaça é absorvida quando for elemento ou meio de outro crime".

Embora a finalidade de incutir medo na vítima, de fazer-lhe mal injusto e grave caracterizem o crime de ameaça, "a existência de determinado fim específico do agente pode, com a mesma ação, configurar outro crime", como, por exemplo, o próprio assédio sexual. Por tudo isso, a nosso juízo, eventual ameaça, grave ou não, é absorvida pelo crime de assédio sexual, que é consideravelmente mais grave.

5.8 Condição especial: relação de hierarquia ou ascendência

A tipificação do assédio sexual exige a *condição especial* (crime próprio) de *superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*, da qual o sujeito ativo *deve prevalecer-se* (elemento normativo). A simples existência dessa relação entre os sujeitos é insuficiente para caracterizar o crime, sendo necessário que o sujeito ativo se *prevaleça* dessa *condição* para subjugar a vontade da vítima. Como sintetiza, com muita propriedade, Luiz Flávio Gomes: "Como veremos, esse constrangimento, de outro lado, além de ter finalidade sexual, ainda requer determinadas condições: só é típico (para os fins do art. 216-A) se ocorrer dentro de uma relação de subordinação empregatícia. O assédio tem que ter relação com o emprego ou cargo público".

5.8.1 Relação superior-subalterno

A relação *superior-subalterno* pode existir na seara pública e na seara privada. Na *relação hierárquica* há uma escala demarcando posições, graus ou postos ordenados configuradores de uma carreira funcional. Na *ascendência*, contrariamente, não existe essa *organização funcional*, mas tão somente uma situação de influência ou respeitoso domínio, podendo atingir, inclusive, o nível de temor reverencial. Nesse sentido, discordamos do entendimento esposado por Guilherme Nucci, segundo o qual, a *superioridade hierárquica* retrata uma relação laboral no âmbito público, enquanto a *ascendência* reflete a mesma relação, porém no âmbito privado, ambas *inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função* (Guilherme Nucci, *Código Penal Comentado*). Na verdade, a *ascendência* não se vincula a qualquer relação laboral, funcional ou trabalhista, no âmbito público ou privado, como destacamos acima. *Cargo* e *função* referem-se ao setor público, disciplinado pelo direito administrativo; *emprego* expressa a relação empregatícia no setor privado. O Código Penal brasileiro disciplina a *obediência hierárquica* (art. 22, segunda parte), "que requer *uma relação de direito público*, e somente de direito público. A *hierarquia privada*, própria das relações da iniciativa privada, não é abrangida por esse dispositivo".

5.8.2 Vantagem ou favorecimento sexual

O "constrangimento" deve ter como *fim especial* a obtenção de "favores sexuais", que, como *elemento subjetivo especial do injusto*, não precisa ser atingido para o crime consumar-se. Como *vantagem ou favorecimento sexual* deve-se entender qualquer benefício ou "aproveitamento" libidinoso ou voluptuoso que mova, inequivocamente, a ação do agente. Não os configuram, em princípio, manifestações elogiosas, meros reconhecimentos de competência ou aplicação etc. "Vantagem", na verdade, não é das expressões mais adequadas para ser utilizada em *crimes sexuais*, na medida em que sugere lucro, ganho, superávit, enfim, resultado mais de cunho patrimonial que de natureza sexual.

A finalidade especial de obter "vantagem ou favorecimento sexual", por outro lado, está afastada quando o sujeito ativo objetiva uma *relação duradoura*, um namoro efetivo, por exemplo. Na verdade, esse crime somente pode ocorrer quando o superior *constranger* o subalterno a prestar-lhe, contrariadamente, "favores sexuais", mesmo que não os consiga. A eventual ocorrência de atos libidinosos constituirá, em princípio, simples

exaurimento do crime. Acreditamos piamente, nesse caso, que não tipificarão estupro ou atentado violento ao pudor, a menos que se caracterize a impossibilidade de a vítima resistir à prática da libidinagem propriamente dita, além do emprego de violência ou grave ameaça.

6 Patrão e empregado doméstico: abrangência da tipificação brasileira

É possível que o patrão ou patroa assedie sexualmente seu empregado ou empregada doméstica, caracterizando o crime, ante a existência da *condição especial* representada pela relação empregatícia. Acreditamos, inclusive, que a própria *diarista* também pode ser vítima desse crime, uma vez que, ainda que passageiramente, encontra-se inferiorizada na relação laboral. A "*chantagem sexual*", agora criminalizada, quando realizada *com prevalecimento de relação de superioridade* decorrente do exercício de emprego, cargo ou função, não abrange *ministério* ou *ofício*; tampouco alcança aquelas condutas executadas com prevalecimento *de relações domésticas, de coabitação* ou *de hospitalidade*, fruto do desastrado e paradoxal veto presidencial, como veremos em tópico próprio. Mas é preciso ter presente que "relações domésticas" — expressão vetada no parágrafo único — não se confundem com a *relação empregatícia* entre patrões e trabalhadores domésticos, cujo assédio, se ocorrer, estará adequado ao descrito no art. 216-A, desde que os demais requisitos legais também se façam presentes.

6.1 Professores e alunos: atipicidade de eventual assédio

Nessa linha, acreditamos que tampouco o eventual assédio sexual entre *professores* e *alunos* encontra-se recepcionado no art. 216-A, na medida em que a *relação docente-discente* não implica *relação de superioridade ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*, nem mesmo em se tratando de instituições de ensino público. Com efeito, ainda que o professor de instituição pública exerça cargo ou função, sua relação com o aluno é inerente à docência, não prevista no limitado tipo penal em exame. Nesse particular, a previsão do Código Penal espanhol não sofreria essa restrição, pois contém expressamente em seu texto legal que o *abuso* deve ocorrer em uma "situação de superioridade laboral, *docente* ou hierárquica". Por essas razões, equivocam-se aqueles que admitem que

eventual *assédio sexual* entre alunos e professores esteja recepcionado pelo art. 216-A do CP. Pensar diferente seria dar interpretação extensiva à norma penal incriminadora, inadmissível na seara penal, por violar a função taxativa da tipicidade penal. Contudo, o(a) professor(a) também pode ser sujeito do crime de assédio sexual, *ativo*, no caso de praticá-lo contra sua(seu) secretária(o) ou assessora(assessor), ou *passivo*, quando sofrê-lo por parte de seu superior ou empregador.

6.2 Atipicidade da relação incestuosa

Finalmente, a *relação incestuosa*, por sua vez, continua a ser somente uma questão de *moralidade*, independentemente do grau de parentesco dos envolvidos, condenada exclusivamente pela consciência ética e pela moral, que repudiam — com acerto, diga-se de passagem — a promiscuidade intrafamiliar. Quando, no entanto, satisfizer outros requisitos legais, como, por exemplo, a violência ou a menoridade, poderá caracterizar estupro ou atentado violento ao pudor, mas, nesses casos, os crimes ocorrerão independentemente da eventual relação de parentesco existente.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* geral é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de *constranger* a vítima com o fim inequívoco de obter-lhe favores sexuais (vantagem ou favorecimento). Esse elemento subjetivo deve abranger, como em qualquer crime doloso, todos os elementos constitutivos do tipo penal. Como a lei não diz a que o agente constrange alguém, a definição do *dolo* fica altamente prejudicada, sendo salva apenas pela exigência legal do elemento *subjetivo especial* do injusto, que não se confunde com o dolo. Mas como se poderá falar em elemento *subjetivo especial* se não podemos identificar, com a precisão devida, o *elemento subjetivo geral*, isto é, o *dolo*?! Enfim, precisamos trabalhar com os dados que a norma jurídica nos oferece.

O *constrangimento ilegal*, especificado no dispositivo em exame, tem o *fim especial*, repetindo, de “obter vantagem ou favorecimento sexual”. Como elemento subjetivo especial — vantagem ou favorecimento sexual —, não precisa realizar-se, basta que seja, *subjetivamente*, o móvel da ação do agente. Não há previsão de modalidade culposa (negligência, imprudência ou imperícia).

8 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *assédio sexual* com a prática de atos concretos, efetivos, suficientemente idôneos para demonstrar a existência de constrangimento, sendo desnecessárias, digamos, "as vias de fato". De forma semelhante ao que ocorre no crime de *ameaça*, no *assédio sexual* a ação constrangedora tem de ser grave, suficientemente idônea para duas coisas: incutir medo, receio ou insegurança na vítima e, ao mesmo tempo, ferir-lhe o sentimento de honra sexual, de liberdade de escolha de parceiros, enfim, o sentimento de amor próprio. Caso contrário, não se poderá falar em crime. Consuma-se o assédio sexual, na verdade, independentemente de a vítima submeter-se à chantagem sexual constrangedora.

Doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática da sua constatação. Assim, por exemplo, quando, hipótese muito pouco provável, o constrangimento for feito por escrito, vídeo ou qualquer outro meio do gênero, é interceptado por terceiro, antes de a vítima tomar conhecimento.

9 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *próprio*, somente podendo ser cometido por quem ostenta a *condição especial* de superior hierárquico ou ascendência sobre a vítima, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função; *comissivo* — por sua própria natureza, seria muito difícil assediar por meio de omissão (a menos que essa "patologia" seja portada pela "vítima"); *formal* (que, em tese, não causa transformação no mundo exterior) — não é exigível um resultado efetivo; *doloso* — não há previsão de modalidade culposa; *instantâneo* — a consumação não se alonga no tempo; *unissubjetivo* — pode ser cometido por uma única pessoa; *plurissubsistente* — a conduta pode ser desdobrada em vários atos.

10 "Onus probandi": extensão e limites

A *ação de constranger*, aliada ao *dissenso da vítima*, deve ser longamente demonstrada. Não bastam meras alegações, acusações levianas, infundadas ou sem provas concretas. É inadmissível, como normalmente ocorre em determinados crimes sexuais, aceitar somente a palavra da vítima como fundamento de uma decisão condenatória, que não venha corroborada

com outros convincentes elementos probatórios. Concordamos, pelo menos em parte, com a afirmação de Rômulo Andrade Moreira, quando sustenta: “Atente-se, porém, para o fato de que acima da palavra da vítima há o princípio da presunção de inocência do acusado, de forma que aquela deverá ser corroborada por um mínimo de lastro probatório, ainda que apenas por indícios”.

11 Absoluta insuficiência de indícios

Discordamos de qualquer orientação que possa satisfazer-se com *simples indícios* para corroborar a palavra da vítima. Não ignoramos que, em regra, os crimes sexuais são praticados na clandestinidade, sendo praticamente impossível a existência de prova testemunhal. Contudo, no assédio sexual, a regra será outra: ambiente de trabalho, funcionários, empregados, colegas, jantares, restaurantes, convites, presentes, flores, bilhetinhos, enfim, é possível deixar um rastro de dados, indícios e provas denunciadores, pelo menos, da existência de uma relação extraprofissional. Ainda assim, não será suficiente, por si só, para demonstrar a ocorrência do crime. Necessária se faz, também, a demonstração do “prevalecimento da condição de superior” e a “finalidade de obter favores sexuais”. É possível, afinal, que o superior esteja efetivamente apaixonado, isto é, realmente interessado em uma relação sentimental e afetiva séria com alguém com quem, eventualmente, mantém relação de superioridade ou ascendência.

Enfim, não só os *tarados* mas também os *apaixonados* podem “assediar” seus “eleitos”. A questão fundamental será definir quando esse assédio ultrapassa o limite do permitido, do “politicamente correto”, e invade a seara do proibido, do moralmente censurável e, agora, do legalmente criminalizado. Ao que consta, o Direito Penal, mesmo na linha do movimento de “lei e ordem”, não proibiu as pessoas de se apaixonar, mesmo aquelas entre as quais exista uma relação de hierarquia ou ascendência relativa a emprego, cargo ou função. A proibição, na verdade, reside em *abusar* ou *prevalecer-se* dessa relação para tentar obter favores sexuais, constrangendo seu subordinado.

12 Importunação ofensiva ao pudor e assédio sexual

A *contravenção* (art. 61) somente pode ocorrer *em lugar público ou acessível ao público*; o *assédio sexual*, por sua vez, pode ocorrer em

qualquer lugar, embora o mais frequente seja no próprio ambiente de trabalho ou, pelo menos, a partir daí. A contravenção não se corporifica por meio de ação praticada entre quatro paredes, ao contrário do assédio que, em princípio, ocorre em espaços mais restritos. Uma das características dessa contravenção é a publicidade do ato, ao contrário do assédio sexual, que não tem como elementar esse aspecto, embora, eventualmente, até possa ocorrer em lugar público ou acessível ao público. Distinção mais séria reside na relação de hierarquia ou ascendência sobre a vítima, elementar completamente estranha à figura contravencional. Mas o traço fundamental para marcar a grande distinção entre as duas figuras reside no bem jurídico tutelado, que, na contravenção, não é a liberdade sexual ou relação laboral, mas os "bons costumes".

13 Constrangimento ilegal e assédio sexual

Afora as elementares distintas, nas duas figuras típicas, os bens jurídicos protegidos são igualmente diversos. No *constrangimento ilegal*, é a liberdade individual de autodeterminação, ou seja, a liberdade de o indivíduo fazer o que lhe aprouver, dentro dos limites da ordem jurídica; no assédio sexual, é a liberdade de escolha de parceiros, a honra sexual e a dignidade nas relações de trabalho. O crime de assédio sexual, pode-se afirmar, constitui modalidade de especificação do crime de constrangimento ilegal, mais restrito, específico e, até por isso, punido com maior severidade que o tipo geral, abrangente e subsidiário, contido no art. 146 do CP.

O *constrangimento ilegal* exige, para sua tipificação, o emprego de violência, grave ameaça ou, por qualquer meio, a redução da capacidade de resistência da vítima, algo que até pode ocorrer no assédio sexual, mas é absolutamente desnecessário. Aliás, se for empregado esse *modus operandi* para obter "favores sexuais", o crime deixará de ser assédio para configurar estupro ou atentado violento ao pudor, tentado ou consumado, dependendo das circunstâncias. Enfim, eventual emprego de violência, em qualquer de suas formas, para obter "vantagem ou favorecimento sexual" pode desnaturar por completo a figura do crime de assédio sexual, que só persistirá residualmente, isto é, se, por alguma razão, faltar um elemento constitutivo dos crimes sexuais violentos, por exemplo, a resistência da vítima (estupro ou atentado violento ao pudor).

14 Assédio sexual e assédio moral

É uma impropriedade falar em *assédio moral*, especialmente quando se procuram na legislação alienígena determinadas figuras típicas, como ocorre no caso da França. Eventuais comportamentos *moralmente constrangedores* encontrarão apoio em outras searas do direito (trabalhista, administrativo, disciplinar), ou mesmo no Direito Penal, em outros tipos, por exemplo, nos arts. 146 ou 147 ou nos crimes contra a honra. Contudo, se se quiser distinguir, no impropriamente denominado "assédio moral" *a finalidade da ação criminalizada* não é obter "vantagem ou favorecimento moral" (como ocorre no assédio sexual), mas *humilhar*, *constranger moralmente* a vítima, colocá-la em situação vexatória etc. Mas isso, repetindo, encontra proteção em outros setores do ordenamento jurídico. Quanto menos se falar sobre isso melhor, para não estimular mais uma esdrúxula figura típica.

15 Causas de aumento de pena

Das majorantes constantes do art. 226, apenas duas não podem ser aplicadas no crime de assédio sexual, ante a proibição do *bis in idem*, uma vez que se confundem com elementares típicas contidas no art. 216-A: *se o agente é preceptor ou empregador* da vítima, pois nessas hipóteses existe, em tese, relação de hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função (art. 226, II, do CP).

Nas demais hipóteses, elencadas no mesmo dispositivo, ou seja, "se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador... da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela", a nosso juízo, não se faz presente *aquele vínculo* referido no dispositivo em exame, que só pode decorrer do *exercício de emprego, cargo* ou *função*. Com efeito, nem mesmo a respeito de *tutor* ou *curador* pode-se falar em "emprego, cargo ou função", nos quais o agente poderia prevalecer-se da relação de superioridade. A mesma exigência de tipicidade taxativa afasta a possibilidade dessa exclusão. Portanto, são *causas de aumento* perfeitamente aplicáveis ao crime de assédio sexual. Quanto à causa relacionada no inciso I (concurso de pessoas) do art. 226, não há qualquer dúvida relativa a sua incidência.

16 Veto do parágrafo único

Constava do parágrafo único, que recebeu o veto presidencial, o seguinte: "*Incorre na mesma pena quem cometer o crime: I — prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; II — com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério*". Constata-se, pelo texto vetado, que se criminalizava a conduta daquele que, nas mesmas circunstâncias, se prevalecesse *de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade* (I) ou abusasse ou violasse *dever inerente a ofício ou ministério*. Esse veto impede a punição por assédio sexual das condutas praticadas nas circunstâncias descritas no parágrafo vetado. Assim, por exemplo, eventuais "assédios" praticados por padres, freiras e pastores a seus subordinados, do mesmo sexo ou não, não tipificam o crime de assédio sexual, podendo, logicamente, dependendo das circunstâncias, constituir outro crime. Embora não tenha sido essa a intenção do veto, pelo menos minimizou a abrangência dessa "nova mania nacional": todas as condutas que se amoldarem às descrições do veto (assédio *prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério)* serão atípicas. Digamos que o veto presidencial produziu aquilo que popularmente se diz: *o tiro saiu pela culatra!* Ou seja, pretendendo ampliar a abrangência e intensidade da norma criminalizadora, o veto a restringiu.

16.1 Fundamentos do veto presidencial

As razões do veto, pasmem, foram as seguintes: "No tocante ao parágrafo único projetado para o art. 216-A, cumpre observar que a norma que dele consta, ao sancionar com a mesma pena do *caput* o crime de assédio sexual cometido nas situações que descreve, implica inegável quebra do sistema punitivo adotado pelo Código Penal, e indevido benefício que se institui em favor do agente ativo daquele delito. É que o art. 226 do Código Penal institui, de forma expressa, causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A. Assim, no caso de o parágrafo único projetado vir a integrar o ordenamento jurídico, o assédio sexual praticado nas situações nele previstas não poderia receber o aumento de pena do art. 226, hipótese que evidentemente contraria o interesse público, em face da maior gravidade daquele delito, quando praticado por agente

que se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade".

17 Pena e natureza da ação penal

17.1 Pena cominada

A pena cominada é a detenção de seis meses a dois anos. O Código Penal espanhol de 1995 (LO n. 10/1995) previu, pioneiramente, o crime de assédio sexual, denominado "acoso sexual" (art. 184,1), cominando-lhe somente a pena de "arresto de fin de semana". A reforma penal espanhola de 2003 (LO n. 15/2003) alterou a previsão anterior, cominando pena de prisão de três a seis meses ou multa de seis a dez meses.

Em nosso sistema penal, como única novidade da Lei n. 12.015/2009, foi previsto o *aumento de até um terço da pena aplicada*, se a vítima for menor de dezoito anos (§ 2º). Para Nucci, "resolveu o legislador conferir maior proteção ao adolescente com idade variável entre 16 e 17 anos, levando-se em consideração a relação de trabalho regular, prevista pelo art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal. Ou, ainda, o aprendiz, com idade superior a 14 anos". Teria razão o legislador se houvesse limitado essa "maior proteção" aos menores de quatorze ou dezesseis anos, cuja idade reclama efetivamente maior proteção penal, considerando-se o atual estágio de maturidade atingido pela juventude na era da globalização informatizada.

17.2 Correção na previsão da majorante: até um terço

Não acompanhamos Nucci, por outro lado, na crítica que faz à fórmula escolhida para fixar a majorante, qual seja o aumento em até um terço. Sustenta Nucci: "Ora, não havendo a cominação do mínimo, pode o magistrado, querendo, fixar apenas um dia. Tal medida é incompatível com o cenário das causas de aumento, diversas que são das agravantes. Quando opta pela inserção de causas de aumento, deve o legislador estipular exatamente o mínimo e o máximo (ex.: de um terço a dois terços) ou somente um valor estanque (ex.: um terço). Não tem sentido estabelecer um valor máximo, sabendo-se que o mínimo possível para qualquer elevação consiste em um singelo dia" (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual — comentários à Lei 12.015*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 32). Não se pode esquecer que as majorantes e

minorantes, como simples *causas modificadoras da pena*, somente estabelecem sua variação, sendo recomendável maior flexibilidade facilitando a melhor individualização da pena. Somos contrários ao engessamento do juiz, especialmente quanto à dosimetria penal, em que o julgador precisa de algum espaço para usar sua sensibilidade e ajustar a pena abstrata ao caso concreto. Na verdade, não é recomendável a *absoluta determinação*, nem indeterminação absoluta. Em outros termos, se a indeterminação absoluta não é conveniente, também a absoluta determinação não é menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixa demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada (pena tarifária) impede o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

17.3 Engessamento do julgador: desrecomendável

Deve-se destacar, ademais, que a majoração em um terço, estabelecido de forma fixa, representa um aumento brutal na dosimetria da pena, especialmente quando se trata de majoração obrigatória, assegurando um grande salto em sua dosagem. Por isso, é importante que se estabeleça o limite máximo, até um terço, por exemplo, como foi previsto, permitindo ao julgador, com seu senso de justiça e com a responsabilidade que o cargo lhe atribui, eleger o *quantum* de elevação que lhe parecer adequado, segundo as circunstâncias judiciais. Por outro lado, ainda que admita, *in extremis*, a majoração em um dia, como exemplifica Nucci, ainda assim pode ser significativo: imagine-se a pena de dois anos, recebendo um dia de majoração, alterará a prescrição de quatro para oito anos. Essa “pequena alteração” acarreta enorme consequência punitiva ao infrator.

17.4 Natureza da ação penal

Quanto a natureza da ação penal, nos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI da Parte Especial, remetemos o leitor para os comentários que realizamos no art. 225, o qual define a ação penal das respectivas infrações penais.

Capítulo II - Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável

— Título do Capítulo II com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Art. 217. (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005.*)

Estupro de vulnerável

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.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da *condição de vulnerabilidade*, concluiremos, sem maiores dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam *menor de quatorze anos* ou 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.

Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a *idade vulnerável*; ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (arts. 216, § 2º, 218-B, 230, § 1º, 231, § 2º, I, 231-A, § 2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não

tenha sido expresso, trabalhou com *duas espécies de vulnerabilidade*, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito), conforme destacou, desde logo, Guilherme Nucci.

2 Menor vulnerável e o tratamento do ECA

Menor de quatorze anos (14) é exatamente o infantojuvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei, e que agora, finalmente, o legislador penal reconhece sua *vulnerabilidade*. Essa é uma oportunidade rara, para abordarmos algo que sempre nos preocupou, qual seja a *vitimização secundária* dos menores que sofrem de abuso sexual (no plano familiar e extrafamiliar), historicamente tratados pelas autoridades repressoras (Polícia, Ministério Público e Judiciário) como simples *objeto de investigação* e *meio de prova*.

3 A verdade real e a vitimização secundária

Destacamos, em especial, o *abuso sexual infantojuvenil intrafamiliar* como uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, apresentando contornos de durabilidade e habitualidade; trata-se, portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria alma das pequenas vítimas. Consiste na utilização de uma criança ou adolescente para satisfação dos desejos sexuais de um adulto que sobre ela tem uma relação de autoridade ou responsabilidade socioafetiva. A origem do abuso sexual intrafamiliar transcende as fronteiras das culturas, e tem seus precedentes nos primórdios da civilização humana.

4 Vitimização primária e vitimização secundária

O processo de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes pode ser entendido por *vitimização primária*, na medida em que no âmbito procedimental-investigatório constata-se outro tipo de *vitimização*, em que a violência é causada pelo *sistema de justiça* que viola outros direitos, *vitimizando* novamente a criança ou adolescente. Essa *revitimização* denomina-se *vitimização secundária*, que outra coisa não é senão a *violência institucional do sistema processual penal*, fazendo das

vítimas infantojuvenis novas vítimas, agora do *estigma processual-investigatório*; pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal.

5 Abuso sexual intrafamiliar

O abuso sexual intrafamiliar é um dos temas mais sensíveis da realidade social e criminal nos tempos atuais, principalmente porque se sabe que as consequências para as crianças e adolescentes abusadas sexualmente são perenes, colocando em risco o equilíbrio biopsicossocial para o resto de suas vidas. Um dos aspectos mais complexos tanto do ponto de vista jurídico como criminológico é relativo à posição dessa vítima criança/adolescente como testemunha no processo penal. É comum, tanto no Brasil como no exterior, que crianças e adolescentes sejam chamadas a depor em processos judiciais criminais *para falarem sobre situações de violência* que sofreram. Essa *fala* das crianças e dos adolescentes no momento da audiência integra o acervo probatório processual. Ocorre, porém, que em razão da forma tradicional de *inquirição* das vítimas e testemunhas de crime sexual, quando crianças e adolescentes, pode ampliar a violência por aquelas experimentadas. Esse aspecto levou à elaboração do projeto de Lei n. 4.126/2004, que propõe a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, recomendando o *modelo alternativo* de inquirição conforme o *Projeto depoimento sem dano*, criado por operadores do direito de Porto Alegre e utilizado no 2º Juizado da Infância e Juventude dessa capital.

6 Menor sujeito de direitos e não apenas objeto

O debate sobre o tema está estabelecido. Deve refletir e discutir o tema de *redução de danos às vítimas e testemunhas no processo judicial*, gerando novas perspectivas de conhecimento teórico e prático; deve-se buscar uma discussão interdisciplinar através da abordagem jurídica, psicológica e da assistência social, entrecruzando os amplos domínios do social, da ciência, do jurídico, da ética e do psicológico, oferecendo uma linguagem comum/especial indispensável para se trabalhar no campo da violência familiar. Na realidade, propõem-se diferentes olhares sobre o mesmo tema,

mas todos preocupados em preservar a *dignidade humana como um direito fundamental* também e especialmente aos infantojuvenis, aos quais, ao longo da vigência do atual diploma legal (ECA), *tem-lhes sido sonegados os direitos e garantias processuais-criminais que a Constituição Federal assegura a todos, inclusive aos piores delinquentes adultos*.

O fundamental é que se perceba de uma vez por todas que crianças e adolescentes, vítimas de violência sexual, intrafamiliar ou não, antes de *objeto de investigação* e de *meio de prova*, são, acima de tudo, *sujeitos de direitos*, e que a sociedade, em nenhuma hipótese, tem o direito de *revitimizá-los*, seja a pretexto da busca da mitológica *verdade real*, seja para assegurar a mais ampla defesa do eventual acusado.

7 Produção de prova sem revitimizar

A *prova*, de culpa ou de inocência, deve ser buscada por todo e qualquer outro meio moralmente legítimo e não vedado em lei, *desde que não se queira arrancá-la de quem já foi vitimizado pela violência sexual sofrida*.

Não se pode esquecer de sua *vulnerabilidade* natural, que é somatizada pela peculiar circunstância do trauma sofrido pela violência sexual de que fora vítima. A ausência de outras provas ou a impossibilidade de produzi-las com a idoneidade que exige uma decisão acusatória tampouco justificam que se *revitimizem* os infantojuvenis, que não podem ser duplamente punidos pela incompetência ou ineficiência do sistema repressivo penal. Em outros termos, que o Estado cure suas chagas buscando aprimorar seu sistema investigativo penal, sem, contudo, punir duplamente os infantojuvenis a quem a Constituição Federal assegura proteção especial.

8 Proteção do menor sem revitimizá-lo

Em outros termos, que a proteção de *menores vulneráveis*, nesse art. 217-A, não sirva para que as autoridades repressivas (Ministério Público, Polícia e Poder Judiciário) ampliem a *revitimização secundária* sobre os menores vítimas da violência sexual, que ora se pretende reprimir. Espera-se que o Estado aprimore seus meios investigativos/repressivos, com técnicas mais avançadas e material humano mais bem preparado, oferecendo as condições necessárias a um combate mais eficaz a esse tipo de criminalidade, sem *revitimizar* quem já sofrera a primeira violência que a *função preventiva* não foi capaz de evitar.

9 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, no crime de *estupro de vulnerável*, é a dignidade sexual do *menor de quatorze anos* e do *enfermo ou deficiente mental*, que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual, a exemplo do que ocorre com a previsão contida nos arts. 218 e 218-A e B, todos constantes do Capítulo II do Título VI. Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável*, não se pode falar em *liberdade sexual*, como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua *vulnerabilidade*. Na realidade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

9.1 Não há autonomia suficiente para falar-se em liberdade

Nessa linha é o magistério de Muñoz Conde, para quem, "mais que a liberdade do menor ou incapaz, que obviamente não existe nesses casos, pretende-se, na hipótese do menor, proteger sua liberdade futura, ou melhor dito, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que quando seja adulto decida livremente seu comportamento sexual" (Francisco Muñoz Conde, *Direito Penal* — Parte Especial, 12. ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1999, p. 196). No mesmo sentido, para a pesquisadora Luciane Potter, em trabalho realizado antes da reforma penal de 2009, "nos crimes sexuais que envolvem crianças e adolescentes, mais do que a liberdade sexual, são violadas também a integridade física, psíquica e a dignidade da pessoa humana, pois a sexualidade em crianças e adolescentes, jovens cujas personalidades ainda se encontram em desenvolvimento, não se pode, consequentemente, falar em "liberdade sexual" ou autonomia para determinar seu comportamento no âmbito sexual" (Luciane Potter Bitencourt, *Vitimização Secundária Infantojuvenil*, p. 71-2).

10 Sujeito ativo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de *estupro de vulnerável*, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. Como destacamos no capítulo que examinamos, o estupro de

adultos, coautoria e *participação* em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes.

11 Sujeito passivo

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou *condição especial* de *vulnerabilidade* exigida pelo tipo penal, seja pela *menoridade* de quatorze anos, seja em razão de tratar-se de 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. Aqui no *estupro de vulnerável* a vítima (vulnerável) do sexo masculino também, em qualquer circunstância, quando violentada, é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro de *vulnerável* também pode ocorrer em relação a hetero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher).

12 Vulnerabilidade e a violência presumida

O legislador atribui, num primeiro momento, a condição de *vulnerável* ao *menor de quatorze anos* ou a quem, por *enfermidade ou deficiência mental*, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Logo adiante, no entanto, já no art. 218-B, depara-se, novamente, com a adjetivação de *vulnerável* para outra faixa etária, qual seja *menor de dezoito anos*, aparentemente, sem qualquer justificativa razoável. Com efeito, é situação completamente diferente a condição de *menor de quatorze anos* comparada à condição do *menor de dezoito anos* e *maior de quatorze*. Inegavelmente, o legislador ampliou o conceito de *vulnerabilidade* — que define satisfatoriamente a condição do menor de quatorze anos — para alcançar, incompreensivelmente, o menor de dezoito anos (art. 218-B).

12.1 Concepções distintas de vulnerabilidade

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de *vulnerabilidade* para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que *há concepções distintas de vulnerabilidade*. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de *vulnerabilidade*,

ou seja, uma *vulnerabilidade absoluta* e outra *relativa*; aquela se refere ao menor de 14 anos, configuradora da hipótese de *estupro de vulnerável (art. 217-A)*; esta se refere ao menor de 18 anos, empregada ao contemplar a figura do *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B)*. Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a *equiparação de vulnerabilidade*, nas respectivas menoridades (14 e 18 anos), qual seja "ou a 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". Nos dois dispositivos, o legislador cria hipóteses de *interpretação analógica* (ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência) que deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas.

12.2 Dissimulação da violência presumida

De notar-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constata-se que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), destacando expressamente as causas que levavam à *presunção de violência*; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei. "A proteção conferida — profetiza Nucci — aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência" (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 37).

12.3 Tentativa de impedir orientação do STF

Trata-se, inequivocamente, de uma tentativa, dissimulada, de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal, sobre a *relatividade da presunção de violência* contida no dispositivo revogado (art. 224). Nessa linha, merece destaque parte do antológico acórdão do Ministro Marco Aurélio, que pontificou: "A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou

seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público" (HC, STF 73.662/MG, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21-5-2005).

Reconhecendo a relatividade da presunção de violência contida no revogado art. 224, no mesmo acórdão, prosseguiu o Ministro Marco Aurélio: "Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir" (HC, STF 73.662/MG, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21-5-2005).

13 Tipo objetivo: adequação típica

O preceito primário do crime de *estupro de vulnerável* é, basicamente, o mesmo do crime de "violação sexual mediante fraude" — *ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém* —, ressalvado o *meio* que deve ser fraudulento, na violação sexual, e a *vulnerabilidade* da vítima no estupro especial. Em outros termos, as condutas incriminadas são exatamente as mesmas, distinguindo-se no tocante ao sujeito passivo que no estupro de vulnerável é somente qualquer pessoa vulnerável (menor de quatorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato), ao passo que na *violação sexual fraudulenta* pode ser qualquer pessoa maior de 14 anos, mas com emprego de meio fraudulento.

13.1 Fundamento da punição: presumida incapacidade

O *fundamento* da incriminação do estupro de vulnerável reside na *presumida incapacidade* do ofendido de autodeterminar-se (e, consequentemente, de consentir) relativamente ao exercício da sexualidade, enquanto a violação sexual (art. 215) fundamenta-se no concreto uso de meio fraudulento para possuir sexualmente a vítima.

13.2 Misto de estupro (antigo) e atentado violento ao pudor

Pode-se afirmar, guardadas as proporções, que há um misto do crime de estupro (art. 213) e da posse sexual mediante fraude (art. 215),

distinguindo-se de ambos, contudo, pela ausência de violência ou grave ameaça, em relação ao primeiro, e pela inexistência de meio fraudulento, em relação ao segundo. Resta-lhe, no entanto, a prática sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) com *alguém vulnerável*, nos termos definidos no *caput* do art. 217. Esse fundamento é mais que suficiente para justificar a tutela penal, exatamente pela *vulnerabilidade* que referidos sujeitos passivos apresentam; a gravidade da sanção cominada, que não deixa de ser proporcional à gravidade do *desvalor da ação* praticada, no entanto, recomenda que se avalie criteriosamente a real existência (relatividade) de suas condições de vulneráveis.

13.3 Prática de conjunção carnal com menor de 14 anos

Ter (isto é, manter, praticar, copular) *conjunção carnal* com menor é uma redação abrangente (a exemplo de "com alguém"), isto é, mais aberta que possibilita, em tese, que menor do sexo masculino também possa ser sujeito passivo desse crime. Contudo, embora tenhamos dificuldade em admitir no *crime de estupro*, que se caracteriza pela posse sexual violenta, que o homem possa ser sujeito passivo do constrangimento à conjunção carnal, por mulher, admitimos essa possibilidade, nessa infração penal, exatamente pela ausência de violência real. No *estupro de vulnerável*, em outros termos, nada impede que mulher constranja menor de quatorze anos mantendo com ele conjunção carnal, configurando-se a primeira conduta dessa infração penal.

13.4 Prática de outro ato libidinoso com alguém

A segunda conduta tipificada consiste em o agente (homem ou mulher) *praticar outro ato libidinoso* com *menor de quatorze anos* (sexo masculino ou feminino), indistintamente. Nessa hipótese, o sujeito ativo *pratica* (executa, realiza, exercita) com a vítima (masculina ou feminina), incapaz de consentir, na ótica estrita do texto legal, *ato libidinoso diverso de conjunção carnal*. Essa modalidade de conduta, a exemplo da primeira (ter conjunção carnal), admite, homem com homem e mulher com mulher, sem nenhuma dificuldade linguístico-dogmática. Em outros termos, a mulher pode ser sujeito ativo do crime de *estupro de vulnerável*, tendo como vítima *menor*, tanto do sexo masculino quanto feminino.

13.5 Dissenso da vítima: nível de resistência do ofendido

A *conjunção carnal* ou a prática de outro ato libinoso, mediante violência ou *grave ameaça,* tipifica o crime capitulado no art. 213 do Código Penal, primeira parte. A configuração desse crime, é fácil constatar, repousa na *supressão do poder* (força ou capacidade de resistência) do ofendido de defender-se ou de opor-se à prática do ato sexual, embora não se exija uma resistência heroica, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a *capacidade de resistência da vítima*, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça.

13.6 Inexistência de grau de resistência

Esse aspecto, no entanto — *dissenso a vítima* ou *grau de resistência* — basicamente, não existe no *estupro de vulnerável*. Dizemos basicamente porque, assim como a *violência* é *presumida,* a *incapacidade de resistir* igualmente o é nessa infração penal. No entanto, tal qual a violência, essa *presunção implícita* também em relação à *capacidade* de consentir ou, *mutatis mutandis*, de *resistir* é igualmente submetida à necessidade de ser comprovada, *in concreto*, relativizando-se tais presunções, conforme explanamos acima.

14 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de *estupro de vulnerável* é o *dolo* constituído pela *vontade consciente* de ter conjunção carnal, com a vítima vulnerável, ou praticar outro ato libidinoso (diverso da conjunção carnal). Equipara-se a prática das mesmas condutas 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. No particular, o sujeito ativo deve ter conhecimento (ou consciência) de que se trata de menor de quatorze anos ou de alguém que, em razão de sua deficiência mental, não tem o necessário entendimento para a prática do ato.

14.1 Elementos do dolo: consciência e vontade

A *consciência* de todas as elementares do tipo, como elemento do dolo, deve ser *atual*, isto é, deve existir no momento em que a ação está

acontecendo, ao contrário da *consciência da ilicitude* (elemento da culpabilidade), que pode ser apenas *potencial*. Assim, o agente deve ter não apenas *consciência* de que pratica uma relação sexual com alguém, mas também que o faz com *menor de quatorze anos* ou com alguém portador de deficiência mental, e, além disso, deve ter *consciência* também das consequências de sua ação e dos *meios* que utiliza para executá-la.

Além desse elemento intelectual, é indispensável ainda o *elemento volitivo*, sem o qual não se pode falar em *dolo*, direto ou eventual. Em outras palavras, a *vontade* deve abranger, igualmente, a *ação* (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o *resultado* (execução efetiva da ação proibida), os *meios* (de forma livre ou algum *meio* que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o *nexo causal* (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo *intelectual-volitivo* não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o *dolo* somente se completa com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal.

14.2 Elemento subjetivo especial do injusto: crime de tendência

Nesse crime — *estupro de vulnerável* — é necessário o *elemento subjetivo especial do injusto*, ou seja, o especial fim de *possuir sexualmente* a vítima (homem ou mulher), sabendo o agente que é considerada vulnerável, sob pena de não se configurar essa infração penal. Esse crime insere-se naquela tipologia que Welzel denominava "crimes de tendência". Nesses *crimes de tendência* a ação encontra-se envolvida por determinado *ânimo*, cuja ausência impossibilita a sua concepção. Em tais crimes não é a *vontade* do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes. Com efeito, "não se exige a persecução de um resultado ulterior ao previsto no tipo, senão que o autor confira à ação típica um sentido (ou tendência) subjetivo não expresso no tipo, mas deduzível da natureza do delito (ex.: *o propósito de ofender* — arts. 138, 139, 140, CP; *propósito de ultrajar* — art. 212, CP)".

14.3 Crimes de tendência

A ação deve expressar uma *tendência subjetiva* do agente, indispensável para se compreender os crimes sexuais, especialmente. No magistério de Welzel, "*a tendência especial de ação*, sobretudo se se trata aqui da

tendência voluptuosa nos delitos de lascívia. Ação lasciva é exclusivamente a lesão objetiva do pudor levada a efeito com tendência subjetiva voluptuosa". Esses crimes são chamados também de crimes de *tendência intensificada*, nos quais o tipo requer o ânimo ou tendência de realizar a própria conduta típica, sem transcendê-la, como ocorre nos delitos de intenção.

É possível que o *dolo* esteja presente e, ainda assim, não se complete o *tipo subjetivo*, visto que o crime de *estupro de vulnerável*, *a exemplo do estupro de adulto*, exige um elemento subjetivo *especial*, *implícito, como finalidade da ação*. Na realidade, o *especial fim* ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo.

14.4 Especial fim: fundamenta a ilicitude

O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a *ilicitude* do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo especial do tipo* de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A ausência desses *elementos subjetivos especiais* descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo. Por outro lado, enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.

14.5 Resultado: lesão grave ou morte da vítima

Os parágrafos do art. 217-A dispõem: se da conduta *resulta lesão corporal de natureza grave*, a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos (§ 3º); se da conduta *resulta morte*, a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (§ 4º). Nesse tópico, examinaremos as qualificadoras que *resultam da violência* (Aliás, o legislador preferiu o vocábulo "se da *conduta* resulta" em lugar de "se da *violência* resulta", sem maiores consequências dogmáticas) na execução do crime propriamente. Nessas qualificadoras (que só podem decorrer de violência empregada, embora o legislador tenha preferido a locução "da conduta"), o *maior desvalor do resultado* (lesão grave ou morte da vítima) é real, e não presumido. O *desvalor da ação* já está *valorado* no preceito primário do *caput* do artigo

sub examen.

15 Consumação do estupro de vulnerável

O crime de *estupro de vulnerável*, na modalidade *constranger à conjunção carnal*, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, *mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal*, quando existente*; consuma-se, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação.* Na modalidade *praticar ou permitir a prática de outro lado libidinoso* consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso de conjunção carnal; o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.

16 Admissibilidade da tentativa

É admissível, doutrinariamente, a tentativa, a despeito da dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se a figura tentada do crime de *estupro de vulnerável* quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela *reação eficaz da vítima*, ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No *estupro*, ante sua natureza de crime complexo, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui *início de execução*, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da *tentativa* basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constrangê-la à prática de relação sexual, em qualquer de suas modalidades.

17 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo; o fato de somente alguém vulnerável poder ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio); *material* (crime que causa transformação no mundo exterior, isto é, deixa vestígios); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (o verbo nuclear implica a prática de uma ação); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente*

(a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

18 Pena e ação penal

A pena cominada para o *caput* do art. 217-A é, *isoladamente*, reclusão, de oito a quinze anos. Decorrendo da conduta, lesão corporal de natureza grave, a pena será de reclusão de dez a vinte anos (§ 3º); decorrendo da conduta do agente a morte da vítima, a reclusão será de doze a trinta anos (§ 4º). Há, ainda, as majorantes especiais contidas no art. 226: de quarta parte, na hipótese do inciso I, pelo concurso de pessoas; e de metade, se o agente enquadra-se em umas das hipóteses relacionadas no inciso II. Por outro lado, a nosso juízo, é inaplicável a majoração de metade da pena determinada pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, por falta de previsão legal.

A natureza da ação penal, por fim, relativa aos crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI é tratada quando analisamos o disposto no art. 225, cujo conteúdo tem a finalidade de disciplinar exatamente esse tema. Pela complexidade que assumiu, a partir da Lei n. 12.015/2009, concentramos seu exame nesse dispositivo, para onde remetemos o leitor.

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. (*Vetado.*)

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Lenocínio é a atividade de prestar assistência à libidinagem de outrem, ou dela tirar proveito. O lenocínio, em sentido lato, pode abranger não apenas a atividade criminosa dos *mediadores* como também daqueles que se aproveitam, de um modo geral, da *prostituição* ou degradação moral. No lenocínio, por certo, estão compreendidos o *tráfico de mulheres* (recrutamento e transporte de mulheres destinadas à prostituição), o

proxenetismo (mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento à prostituição, manutenção de casa de prostituição) e o *rufianismo* (aproveitamento parasitário do ganho das prostitutas). Nosso Código Penal de 1940, em seus arts. 227 a 230, contempla hipóteses de *lenocínio* (mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição, manutenção de casa de prostituição e sua exploração lucrativa). A *mediação para servir a lascívia de outrem* é a primeira modalidade do crime de lenocínio disciplinada no Código Penal de 1940, como atividade dos proxenetas. Claro está, contudo, que tem como destinatário somente vítimas maiores, isto é, adultas. A *mediação para servir a lascívia de outrem*, usando menores como vítima, constitui novidade, como crime autônomo, disciplinada pela Lei n. 12.015 de 2009, que ora comentamos.

A Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, já havia incluído, como *qualificadora* do art. 227, a prática desta mesma conduta tendo como vítima *menor de dezoito anos e maior de quatorze* (§ 1º), cominando a mesma pena de dois a cinco anos de reclusão. Não deixam de ser contraditórias as duas previsões: (*i*) *o induzimento de alguém* menor de quatorze anos *a satisfazer a lascívia de outrem é cominado com dois a cinco anos de reclusão* (art. 218); (*ii*) *o induzimento de alguém* maior de quatorze *anos e menor de dezoito a satisfazer a lascívia de outrem é cominado com dois a cinco anos de reclusão* (art. 227, § 1º). Em outros termos, se a vítima for menor de quatorze anos incidirá o art. 218; se, no entanto, for maior, incidirá o art. 227, § 1º (primeira figura). A rigor, *mediação para servir a lascívia de outrem* envolvendo somente adultos não tem razão de existir; o dispositivo deveria ser revogado, ante a evolução liberal do comportamento sexual da sociedade contemporânea. Nessa linha, incensurável a conclusão de Guilherme Nucci, *in verbis*: "não tem o menor sentido buscar a punição de quem dá a ideia (indução) para que alguém (maior de 18 anos) satisfaça a lascívia (prazer sexual) de outra pessoa. E daí? Sem ter havido qualquer forma de violência, nenhum prejuízo adveio para qualquer dos envolvidos" (*Crimes contra a Dignidade Sexual...*, p. 45). Aliás, punição como essa prevista no art. 227 do Código Penal (redação de 1940), além de ignorar o *princípio da intervenção mínima*, caracteriza a violação indevida, pelo Estado, da *liberdade sexual do cidadão*, exatamente direito que o próprio Estado deveria proteger.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, no crime de *uso de menor para servir a lascívia de outrem*, é, genericamente, a *dignidade sexual desse menor*. Igualmente, neste crime, não se trata da *liberdade sexual* atual do menor de quatorze anos, como bem jurídico protegido, que, na nossa ótica, não existe nessa faixa etária, pois, como criança, ainda não tem sua *personalidade* formada, e, por extensão, além de não se tratar de liberdade sexual, tampouco se pode falar no exercício de dita liberdade. Em outros termos, a criminalização da conduta descrita no art. 218 visa proteger o desenvolvimento e a evolução saudável da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Enfim, o bem juridicamente protegido, numa visão mais abrangente, é a dignidade sexual, por excelência, do menor absolutamente vulnerável. Procura-se, em outros termos, *tutelar* a formação sexual dos menores, protegendo-os especialmente contra a depravação e a luxúria, os quais não podem e não devem ser expostos, desde cedo, a essa espécie de degradação moral. Também para Rogério Greco, o bem jurídico tutelado, pela previsão do art. 218, "é a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, bem como o direito a um desenvolvimento sexual condizente com a sua idade". No mais, tudo do que dissemos sobre o bem jurídico tutelado, quando examinamos o artigo anterior, aplica-se a este dispositivo, e ambos e distinguem somente pelos tipos de condutas que cada um proíbe.

3 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, sem nenhuma condição especial. Eventual qualidade especial do agente em relação à vítima (ascendente, descendente, tutor etc.) qualifica o crime. O *outrem*, aquele que se serve da ação criminosa, isto é, que se aproveita da vítima para satisfazer sua lascívia, não é coautor deste crime, pois a finalidade exigida pelo tipo é *satisfazer a lascívia de outrem*, e não a própria; poderá, dependendo das circunstâncias, responder pelo crime de *estupro de vulnerável* (art. 217-A), se praticar algum ato sexual que constitua conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso. Essa tipificação é, no mínimo, extravagante: criminaliza a conduta de quem *induz* a prática da conduta, mas não incrimina quem se beneficia da conduta da vítima menor, isto é, quem a executa!

4 Sujeito passivo

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa, desde que menor de quatorze anos. Tratando-se de vítima adulta, o crime será o capitulado no art. 227; na hipótese de menor de dezoito e maior de quatorze, será a figura qualificada prevista no § 1º desse mesmo dispositivo. Trata-se de crime que, necessariamente, exige a participação efetiva de outrem, que, no entanto, não é punido. Pode ser tanto do sexo masculino quanto do feminino, pois a lei não os distingue; em outros termos, pessoas de ambos os sexos podem ser induzidas a satisfazer a lascívia alheia.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada, a exemplo da previsão constante do art. 227, consiste em *induzir alguém* (menor de 14 anos), isto é, persuadir, aliciar, levar alguém a satisfazer a lascívia de outrem. Em outros termos, *induzir* significa suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do autor uma ideia até então inexistente, que não deixa de ser uma forma ou espécie de *instigação* (esta mais abrangente) que os autores tradicionais têm denominado "determinação", e a qual nós preferimos chamar de *induzimento*. Realmente, para que haja *induzimento* de alguém a satisfazer a lascívia de *outrem* é necessário que tenha havido promessas, dádivas ou súplicas, como forma de cativar a confiança e a vulnerabilidade da vítima.

5.1 Fim do induzimento: satisfazer a lascívia de outrem

A finalidade do *induzimento* é satisfazer a lascívia de outrem, mediante a prática de conduta lasciva. Trata-se, em outros termos, de práticas sexuais contemplativas, exibicionistas, expositivas (v. g., *streep tease*), como, por exemplo, vestir-se com determinadas fantasias para satisfazer certas taras etc. A *lascívia* a ser satisfeita, repetindo, deve ser a de *outrem*, e não a própria. *Outrem* deve ser pessoa certa, determinada, isto é, identificada, de qualquer sexo, caso contrário constituiria o crime do art. 228 (favorecimento da prostituição). A proibição contida no texto legal, no entanto, não exige que se trate de determinado indivíduo. Podem ser até vários, a cuja lascívia o sujeito passivo se prestará na mesma ação. O que se exige é que as pessoas sejam certas, pois, se o *induzimento* se referir a número indeterminado, vago e impreciso, de indivíduos, o crime passa a ser

o de favorecimento da prostituição (art. 228).

Aquele que se serve da ação criminosa, isto é, que se aproveita da vítima para satisfazer sua lascívia, não é coautor do crime, pois a finalidade exigida pelo tipo é satisfazer a lascívia de *outrem*, e não a própria; poderá, dependendo das circunstâncias, caracterizar o crime de *estupro de vulnerável* (art. 217-A), se praticar algum ato sexual que *constitua conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso*. Não se exige, ademais, para a tipificação deste crime nem *habitualidade* nem *venalidade*, por falta de previsão legal.

5.2 Tipificação: necessidade de contato físico

Para a tipificação do crime similar, contemplado no art. 227, *mediação para servir a lascívia de outrem*, a doutrina tradicional entendia que era indispensável uma relação direta do terceiro com a vítima. Nesse sentido, era o magistério de Hungria, que professava: "Perante o nosso Código, porém, é iniludível a necessidade de uma relação direta entre a vítima e o terceiro, de modo que tal fato não configura o lenocínio *mediador*, podendo, dadas as circunstâncias, constituir o crime de corrupção de menores ou atentado violento ao pudor".

5.3 Distingue-se da nova previsão do art. 218

Nesse particular, basicamente, distingue-se a nova previsão do art. 218, que, além da menoridade da vítima (menor de quatorze anos), *dispensa a necessidade de contato físico dela* com o terceiro. O fundamento dessa conclusão é bem simples: *a prática de qualquer ato libidinoso* (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), com menor de quatorze anos, caracteriza o crime de *estupro de vulnerável*, nos ternos do art. 217-A. Não é outro o entendimento de Rogério Greco quando afirma: "Por *satisfazer a lascívia* somente podemos entender aquele comportamento que não imponha à vítima, menor de 14 (catorze) anos, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, uma vez que, nesses casos, teria o agente que responder pelo delito de estupro de vulnerável, em virtude da regra constante do art. 29 do Código Penal, que seria aplicada ao art. 217-A do mesmo diploma repressivo" (*Código Penal comentado*, p. 622-623). Nessa linha, e observando nossa função de intérprete, obrigamo-nos a evitar o *conflito de normas penais*, que, sabemos todos, é apenas *aparente*. Nesse sentido, aqueles contatos superficiais, como simples toques, que, em tese, poderiam

caracterizar *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61 da LCP), poderiam integrar a novel infração penal, desde que se trate de vítima menor de quatorze anos, de qualquer sexo.

5.4 Punição do partícipe em crime de estupro de vulnerável

Nesse sentido, falece razão para a inconformidade manifestada por Guilherme de Souza Nucci que, entendendo estar impedida a punição do *partícipe de estupro de vulnerável*, conclui: "Ocorre que o legislador, possivelmente por falta de orientação, criou a figura do art. 218, excepcionando o indutor e concedendo-lhe a pena de reclusão, de dois a cinco anos. Cuida-se de uma exceção pluralística à teoria monística. Concedeu pena menor ao indutor. Entretanto, aquele que instigar ou auxiliar um menor de 14 anos a praticar ato sexual com outrem seria considerado partícipe do crime de estupro de vulnerável" (*Crimes contra a Dignidade Penal*, p. 46). E, logo adiante, reforçando sua premissa, Nucci exemplifica: "Portanto, se 'A' induz (dar a ideia) a menor de 14 anos 'B' a ter conjunção carnal com 'C', responderá pelo delito, enquanto 'C' deve ser processado como incurso no art. 217-A (estupro de vulnerável). O partícipe moral tem pena mínima de dois anos, enquanto o autor tem pena mínima de oito anos. Sob outro prisma, caso 'A' instigue (fomentar ideia preexistente) a menor de 14 anos 'B' a ter conjunção carnal com 'C', ambos ('A' e 'C') responderão por estupro de vulnerável, com pena mínima de oito anos".

Venia concessa, discordamos da premissa e da sua conclusão. Em primeiro lugar, a previsão do art. 218 não é de *induzir menor à prática de qualquer ato sexual* (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), como parece ter interpretado Nucci, mas tão somente *induzir menor a satisfazer a lascívia de outrem*, que não se confunde com a interpretação referida.

5.5 Limites da abrangência do art. 218

Em segundo lugar, o exemplo dado pelo autor é igualmente equivocado e não se adapta à previsão constante do art. 218. Ora, o exemplo sugerido pelo penalista é induzir à prática de conduta tipificada como *estupro de vulnerável*, consequentemente, tanto *indutor* quanto *instigador* responderão, indistintamente, como partícipes dessa modalidade de estupro. Agora, exemplificativamente, se "A" induz (dá a ideia) menor de 14 anos "B" *a satisfazer a lascívia de* "C", responderá pelo delito, enquanto "C" não, por faltar-lhe a elementar "satisfazer a lascívia de outrem" (satisfez a

própria lascívia). De notar-se, ademais, que, ao contrário dos argumentos do autor, o texto do art. 218 não contém os vocábulos “praticar ato sexual” ou “ter conjunção carnal”, que altera, substancialmente, o conteúdo, o sentido e a abrangência do dispositivo. Nessa linha, é incensurável a conclusão de Rogério Sanches Cunha, *in verbis*: “no lenocínio comum (art. 227) não importa a espécie de lascívia que a vítima é induzida a satisfazer. Já no art. 218, tratando-se de vítima **menor de 14 anos**, não pode consistir em conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da cópula normal, pois, nesses casos, haverá o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas, como, por exemplo, induzir alguém **menor de 14 anos** a vestir-se com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém” (*Comentários à Reforma Criminal de 2009*, p. 53).

5.6 A previsão do art. 218 não exige contato físico

Por todos esses fundamentos sustentamos que a atual previsão do art. 218 não exige, sequer, contato físico da vítima com terceiro, podendo, inclusive, configurar o crime a simples *contemplação lúdica* da vítima em circunstâncias suficientes para excitar a lascívia de alguém. Nesse sentido, lembrava Hungria que “A jurisprudência italiana já reconheceu o proxenetismo até mesmo no caso em que o agente se limita a tirar fotografias da vítima em atitude impudica, para com elas excitar a lascívia alheia” (*Comentários ao Código Penal*, p. 276). E isso, é bom destacar, porque o Código Rocco (1930) não dispunha de previsão similar ao *estupro de vulnerável* (art. 217–A).

5.7 Induzimento e instigação

Por fim, cabe uma palavra a respeito da “instigação”, na medida em que o tipo penal contém somente o verbo *induzir*. Afinal, o *instigador* incidiria nesse tipo penal? Embora possa parecer uma certa preciosidade técnica, na realidade são expressões que têm significados muito próximos, por vezes utilizada uma pela outra, sem maior dificuldade. No entanto, ambas têm sentidos distintos, embora muito parecidos. Com efeito, há *instigação* quando o *partícipe* atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. *Instigar*, repetindo, significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente (o induzimento, ao contrário, cria uma ideia que até então não existia). O *instigador* limita-se a provocar a resolução criminosa do autor, não

tomando parte nem na execução nem no domínio do fato. É indiferente o meio utilizado para a instigação: persuasão, conselho, dissuasão etc. Para que haja *instigação* é necessária uma influência no processo de formação da vontade, abrangendo os aspectos volitivo e intelectivo. Não é suficiente *criar* uma situação tentadora para o autor, o que poderia configurar cumplicidade. A instigação deve dirigir-se a um fato determinado, assim como a um autor ou autores determinados (Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 166).

5.8 Instigação e princípio da taxatividade

A instigação é, resumindo, uma espécie de *participação moral* em que o *partícipe* age sobre a vontade do autor, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a ideia existente (instigar), que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, *contribuindo moralmente* para a prática do crime. Enfim, em respeito à *função taxativa do princípio da tipicidade*, não se pode admitir o instigador como autor dessa infração penal. Contudo, havendo *autor principal* induzindo menor de quatorze anos a satisfazer a lascívia de outrem, certamente o *instigador* (e igualmente o cúmplice) responderá como partícipe dessa infração penal.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é composto pelo dolo, que consiste na vontade consciente de praticar a conduta incriminada (induzir) no dispositivo, ou seja, o dolo é constituído pela vontade consciente de levar a vítima a praticar ação que objetive a satisfazer a lascívia de outrem. Se o agente for movido pelo fim de lucro, a pena de prisão será acrescida da pena de multa. A existência de qualquer outra finalidade será irrelevante. O elemento subjetivo do agente também tem que abranger a situação de vulnerabilidade da vítima, no caso, menor de quatorze anos. Assim, por exemplo, se o agente desconhece que o menor tem menos de quatorze anos, há erro de tipo que descaracteriza o delito em apreço. Convém destacar que, a exemplo das demais hipóteses relacionadas a crimes sexuais contra vulneráveis, o *dolo* tem que abranger, além da *idade da vítima, também* o aspecto de tratar-se de *alguém na condição de vulnerabilidade*. Com efeito,

o *desconhecimento* de que se trata de menor de quatorze anos, como também de que, pela idade, pode tratar-se de alguém legalmente reconhecido como em *situação de vulnerabilidade* (menor de 14 (quatorze) anos), pode configurar erro de tipo. No entanto, tendo consciência de que se trata de menor de quatorze anos, a vulnerabilidade, regra geral, lhe é inerente, o que, teoricamente, inviabiliza a invocação de erro de tipo.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime do art. 218 do Código Penal com o efetivo induzimento, ou seja, quando a vítima é convencida pelo agente a satisfazer a lascívia de terceiro. Isso não quer dizer, contudo, que para consumar-se este crime seja necessária a satisfação da lascívia de outrem. Consuma-se, enfim, com o *convencimento da vítima menor* em satisfazer a luxúria alheia, independentemente de a outra pessoa atingir o "gozo genésico". Na realidade, a consequência ou resultado da conduta de "induzir" é a obtenção do *assentimento da vítima* em propor-se a satisfazer a lascívia de outrem, atendendo a pretensão do sujeito ativo, mesmo que não a realize. Nesse sentido, *venia concessa*, a eventual satisfação da lascívia alheia representará simples exaurimento do crime.

Em outros termos, a nosso juízo, trata-se de crime material cuja consumação ocorre quando a vítima é convencida pelo agente a satisfazer a lascívia de outrem. O legislador resolveu antecipar a consumação do crime objetivando proteger o menor de quatorze anos que não tem aptidão volitiva do ponto de vista sexual (mas isso não o transforma em crime formal). Convém destacar, por outro lado, para afastar alguns equívocos interpretativos, que, se o agente *induz* a vítima a praticar *ato libidinoso* com alguém (de qualquer natureza, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso), não configurará este crime do art. 218, mas o de *estupro de vulnerável*, consumado ou tentado, dependendo das circunstâncias. Nessa hipótese, também o beneficiário responderá pelo estupro.

Admite-se a tentativa, embora, teoricamente, difícil seja sua constatação. Exige-se muita cautela para não incriminar qualquer palavra como tipificadora do delito em sua forma tentada.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade

especial do sujeito ativo); *material* (para consumar-se exige, como resultado, o convencimento efetivo em satisfazer a lascívia de outrem, ainda que esta não se concretize, e que, se acontecer, caracterizará apenas o seu exaurimento); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma escolhidos pelo agente); *comissivo* (as ações representadas pelos verbos nucleares implicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por apenas um agente); plurissubsistente (a conduta pode ser seccionada em mais de um ato); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência).

9 Pena e ação penal

A pena cominada é de reclusão, de dois a cinco anos, na modalidade simples. A pena será majorada se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 226. Equivocadamente, no entanto, foi vetado o parágrafo único, que cominava pena de multa, se o crime fosse cometido *com o fim de obter vantagem econômica*. Nesse tipo de infração penal, a motivação do agente, invariavelmente, é a obtenção de lucro.

A natureza da ação penal, por fim, relativa aos crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI é tratada quando analisamos o disposto no art. 225, cujo conteúdo tem a finalidade de disciplinar exatamente esse tema. Pela complexidade que assumiu, a partir da Lei n. 12.015/2009, concentramos seu exame nesse dispositivo, para onde remetemos o leitor.

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.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Esta figura típica não tem precedente na legislação brasileira e, tampouco, apresenta maior semelhança com algum tipo já contido no nosso Código Penal de 1940, com suas múltiplas alterações. No entanto, a corrupção sexual de menores já era contemplada no art. 218 desse diploma legal, visando proteger a iniciação precoce de menores, entre 14 e 18 anos, nas atividades sexuais, especialmente sua exploração por adultos. Para os menores de 14 anos, a punição dos adultos que desrespeitassem sua vulnerabilidade sexual era bem mais severa, considerando-se violência presumida. Inegavelmente, a contemplação desta nova figura vem preencher uma grande lacuna pela qual se ressentia nosso ordenamento jurídico, especificamente em relação ao menor vulnerável. O crime de *corrupção de menores* que era previsto no art. 218 do CP alcançava somente os maiores de 14 e menores de 18.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, no crime de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, é, a exemplo do crime de estupro de vulnerável, a *dignidade sexual desse menor*. Também neste crime não se trata da *liberdade sexual* atual do menor de 14 anos, como bem jurídico protegido, que sustentamos não existir, nessa faixa etária, pois, como criança, ainda não tem sua *personalidade* formada e, por extensão, não se pode falar em liberdade sexual, e, muito menos, no exercício dessa liberdade. A criminalização das condutas descritas no art. 218-A visa proteger o desenvolvimento e a evolução saudável da *personalidade* de dito menor, para que, em sua fase adulta, possa decidir livremente e sem traumas psicológicos sobre seu comportamento sexual.

Procura-se, em outros termos, proteger a formação moral sexual dos menores, protegendo-os contra a depravação e a luxúria a que não podem e não devem ser expostos, desde cedo; aliás, espécie de degradação moral que os *meios televisivos*, que invadem, livremente, os lares brasileiros, têm-se encarregado de propagar.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, tratando-se de crime comum, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, independente de a vítima ser do mesmo sexo ou não. *Sujeito passivo* somente pode ser o menor de 14 anos, tanto do sexo

masculino como do feminino. Haverá, certamente, sérias divergências em relação aos menores já sexualmente corrompidos.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O tipo prevê duas modalidades alternativas de condutas: a) *praticar, na presença da vítima, conjunção carnal ou outro ato libidinoso*; b) *induzir a vítima a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso*. Na primeira hipótese, o agente desrespeita a presença do menor vulnerável e pratica ato libidinoso (conjunção carnal ou ato diverso), para satisfazer lascívia própria ou de terceiro. Na verdade, o agente aproveita-se da presença do menor para satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro, sem, contudo, interferir na vontade ou na manifestação desta, e sem qualquer contato físico.

4.1 Interferência na liberdade de vontade

Na segunda hipótese, o agente interfere na liberdade de vontade da vítima (ainda carente das condições necessárias para se autodeterminar livremente), fazendo-lhe nascer a ideia de presenciar *ato de libidinagem*. Nesta modalidade, o agente vicia a vontade da vítima – ainda criança ou pré-adolescente – *persuadindo-a a assistir* a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, corrompendo-a sexualmente. Em qualquer uma das duas condutas tipificadas há potencial suficiente *para* perverter, depravar, viciar ou desnaturar a formação moral/sexual de *menor vulnerável*, que o Estado visa proteger, justificando-se sua incriminação, mormente em uma época em que, mundialmente, se faz grande campanha para combater a *pornografia infantil*. Enfim, qualquer uma das condutas, (*i*) *praticar, na presença da vítima, atos de libidinagem ou (ii) induzi-la a presenciá-los, constrange-a a assistir* atos de luxúria, de lascívia ou de libidinagem, que são capazes de despertar seus instintos lascivos ou estimular precocemente sua sexualidade, todos idôneos para abalar seu psiquismo ainda em desenvolvimento.

4.2 Meio executivo do crime

O *meio* executivo do crime pode ser tanto *praticar ato libidinoso* (conjunção carnal ou ato libidinoso diverso) na presença da vítima (menor de 14 anos, de qualquer sexo), como *induzi-la a presenciar ato libidinoso*, a fim de satisfazer a lascívia de outrem. *Ato libidinoso* é ato lascivo,

voluptuoso, erótico e concupiscente, que pode ser a conhecida conjunção carnal (cópula vagínica) ou qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Dentre estes últimos podem-se destacar, como os mais graves, quando praticados mediante violência, real ou *presumida*, o sexo anal e o sexo oral, por representarem, nessas circunstâncias, um desvirtuamento de sua finalidade funcional e, por isso, violentarem de forma mais grave a liberdade sexual individual do ser humano. Aparentemente, pode-se ter a impressão de que a Lei n. 12.015/2009 aboliu a *violência presumida* com a revogação do art. 224, sem a reposição de disposição semelhante à que constava em suas alíneas. No entanto, essa impressão é absolutamente equivocada, ante as contemplações do disposto nos arts. 217-A, 218-A, por exemplo. Na verdade, o legislador de 1940 contemplou expressamente a adoção da violência presumida, ao passo que o legislador atual foi dissimulado.

4.3 Não há participação direta da vítima

Desnecessário destacar, por fim, que, em nenhuma das hipóteses tipificadas, a vítima participa diretamente do *ato de libidinagem*, limitando-se a *presenciá-los*, como diz o texto legal. A eventual participação de *menor vulnerável*, em qualquer ato libidinoso, altera a tipificação da conduta, passando a caracterizar o *estupro de vulnerável* (art. 217-A).

4.4 Na presença de alguém menor de quatorze anos

O texto legal utiliza os vocábulos “na presença de alguém menor” e “induzi-lo a presenciar”, ou seja, com os termos “presença” e “presenciar” fica claro que o menor vulnerável deve encontrar-se, fisicamente, no local onde se realiza a cena de libidinagem. *Presença* e *presenciar* têm significado muito específico, iniludível, de que o indivíduo deve estar, pessoalmente, ou, dito de outra forma, “de corpo presente”, onde se desenrola o acontecimento libidinoso. Em outros termos, na *presença* ou *presenciar*, significa estar presente, ver, assistir *in loco*, e não, indiretamente, via qualquer mecanismo tecnológico, físico ou virtual, como permitiria o mundo tecnológico. Para os dicionaristas, *presença* é o “fato de uma pessoa ou uma coisa encontrar-se num lugar determinado”, e *presenciar* significa “assistir a, estar presente a”, e, numa segunda versão, pode ser “verificar, observar” algo.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime — *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* — é o *dolo* constituído pela vontade consciente de praticar as ações descritas no tipo penal, qual seja, *praticar ato de libidinagem* (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) ou de induzir a vítima a praticá-lo ou a presenciá-lo, sendo irrelevante o propósito de corromper. No entanto, o *dolo* somente se completa com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo *intelectual-volitivo* não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, o *dolo* não se completa, e sem dolo não há crime, pois não há previsão da modalidade culposa.

6 Fim especial: satisfazer a própria lascívia

O fim especial de *satisfazer a própria lascívia* (como também a de outrem) constitui a razão de ser da conduta incriminada, aliás, poder-se-ia afirmar que *a satisfação sexual do agente não se esgota no ato sexual em si*, mas reside, fundamentalmente, na sensação de ser visto por um menor vulnerável, isto é, em saber que o menor está assistindo a execução do ato. É como se o agente não se satisfizesse com a libidinagem propriamente, mas com o fato de um menor vulnerável assisti-lo. O verdadeiro prazer reside em ser visto por um menor naquelas circunstâncias. É, digamos, verdadeiramente, uma perversão sexual do agente.

7 Consumação do crime

Há duas modalidades distintas de condutas: (*i*) *praticar* ato de libidinagem (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) na presença de menor e (*ii*) *induzi-lo* a presenciar. Na modalidade de "praticar", como crime material, consuma-se com a efetiva prática de ato libidinoso, na presença de menor de 14 anos. Na modalidade de "induzir" a presenciar tal ato, também como crime material (para alguns, formal), consuma-se com o efetivo *induzimento*, ou seja, quando a vítima é convencida pelo agente a presenciar a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Consuma-se, enfim, com o *convencimento da vítima menor*, pelo sujeito passivo, a contemplar a "cena lasciva", independente de satisfazer a luxúria

de outrem, bem como de esta atingir o “gozo genésico”. Na realidade, o resultado da conduta de “induzir” é a obtenção do assentimento da vítima em assistir o ato de libidinagem. Em nenhuma das hipóteses a vítima participa da prática libidinagem, caso contrário configurará o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A).

7.1 Figura tentada

Convém destacar que “satisfazer a lascívia própria ou de outrem” constitui o elemento subjetivo especial do injusto que, como se sabe, não precisa concretizar-se, sendo suficiente que tenha orientado a conduta do sujeito ativo. Se esta ocorrer efetivamente, representará simples exaurimento do crime. Admite-se a tentativa, embora, teoricamente, difícil seja sua constatação. Exige-se muita cautela para não incriminar qualquer palavra ou gesto como tipificadora desse crime em sua forma tentada.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *material* (para consumar-se exige, como resultado, o real convencimento de satisfazer a lascívia de outrem, ainda que esta não se concretize, e que, se acontecer, caracterizará apenas o seu exaurimento); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma escolhida pelo agente); *comissivo* (as ações representadas pelos verbos nucleares implicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por apenas um agente); plurissubsistente (a conduta pode ser seccionada em mais de um ato); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência).

9 Majoração de pena

Os crimes contra a dignidade sexual, catalogados nos Capítulos I a II, do Título VI, do Código Penal, recebem aumento: de quarta parte, se houver concurso de duas pessoas ou mais, previsto no inciso I do art. 226; de metade, se concorrer qualquer das hipóteses relacionadas no inciso II, do mesmo artigo. São hipóteses que dificultam a defesa da vítima (I), ou violam os princípios morais e familiares, além do abuso da autoridade exercida sobre a vítima. Em todas essas hipóteses o legislador considerou o maior *desvalor da ação* dos agentes.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão de dois a quatro anos. A pena aplicada será majorada segundo as previsões do art. 226: será elevada de quarta parte, se houver concurso de pessoas (I); e elevada de metade, se ocorrer alguma das hipóteses elencadas no inciso II.

A natureza da ação penal, por fim, relativa aos crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI, é tratada quando analisamos o disposto no art. 225, cujo conteúdo tem a finalidade de disciplinar exatamente esse tema. Pela complexidade que assumiu, a partir da Lei n. 12.015/2009, concentramos seu exame nesse dispositivo, para onde remetemos o leitor.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

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 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I — quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II — o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

O art. 218 do Código Penal, em sua versão original, criminalizava a conduta de quem *corrompesse* menor de dezoito e maior de catorze anos, com ele praticando *ato de libidinagem* ou o induzisse a praticá-lo ou presenciá-lo. Sustentava-se, por via de consequência, que somente poderia ser sujeito passivo quem ainda não fosse corrompido. Poder-se-ia vislumbrar alguma semelhança da novel infração, com a revogada corrupção de menores? Desde logo, afora a idade das possíveis vítimas, não vemos nenhuma identificação entre as elementares da atual figura com a anterior. Por outro lado, nesta novel infração, o sujeito ativo não precisa ter qualquer contato físico, muito menos praticar algum *ato de libidinagem* (conjunção carnal ou ato libidinoso diverso) com o suposto ofendido. Com efeito, o ofendido, isto é, aquele menor que vier a prostituir-se, passando a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, somente é induzido, atraído ou submetido pelo agente, sem com ele praticar qualquer ato de libidinagem.

1.1 Inovação terminológica

Neste tipo penal, o legislador inova, abandonando a velha terminologia *corrupção de menores*, e relativiza o termo *vulnerável*, para criminalizar determinadas condutas libidinosas praticadas contra menores de dezoito anos. Nesse sentido, merece destaque a afirmação de Nucci: "Eliminou-se qualquer referência à expressão *corrupção de menores*. Passa-se a adotar a terminologia relativa à figura do *vulnerável*. Com isso, mais uma vez, torna-se clara a utilização do conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques. Pode-se enfatizar ser a vulnerabilidade relativa e absoluta, como já expusemos nos comentários ao art. 217-A" (*Crimes contra a dignidade sexual*..., p. 53).

No entanto, a *submissão* de menor de dezoito anos à prostituição ou à exploração sexual era contemplada no art. 244-A do ECA, que cominava a pena de quatro a dez anos de reclusão. No particular, foi mantido o mesmo padrão de sanção penal. Por outro lado, como destaca Rogério Sanches, "Já nas modalidades *induzir, facilitar* ou *atrair* alguém, *menor de dezoito e maior de quatorze anos*, incidia o art. 228, § 1º, com pena de 3 a 8 anos. A lei nova, nesse ponto, é mais gravosa, não podendo retroagir para alcançar fatos pretéritos" (Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valério de

Oliveira Mazzuoli. *Comentários à Reforma Criminal de 2009...*, p. 60 — grifos do original).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido no crime de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável* é, genericamente, a *dignidade sexual de pessoa definida como vulnerável.* Aliás, *vulnerável*, para este dispositivo legal, diferentemente dos três artigos anteriores, é o *menor de dezoito anos* (naqueles dispositivos é o menor de quatorze), além de quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Em outros termos, a criminalização da conduta descrita no art. 218-B visa proteger o desenvolvimento e a formação saudável da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Enfim, o bem juridicamente protegido, numa visão mais abrangente, é a dignidade sexual do menor relativamente vulnerável e de quem, por deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Procura-se, em outros termos, assegurar o respeito à dignidade sexual, à intimidade e privacidade desses sujeitos passivos, protegendo-os especialmente contra a depravação e a luxúria, ante a dificuldade, que deve ser comprovada, de discernimento que apresentam.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, como se trata de crime comum, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, independentemente de a vítima ser do mesmo sexo. Não há exigência de qualquer outra qualidade ou condição especial do sujeito ativo. *Sujeito passivo* somente pode ser o menor de dezoito anos, tanto do sexo masculino como feminino. Embora o texto legal não o diga, faz-se necessário que o menor não tenha menos de quatorze anos, pois, nesse caso, o crime poderá ser o de *estupro de vulnerável* (art. 217-A). Ainda poderá figurar como sujeito passivo quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Nessa última hipótese, a *exploração sexual* não pode atingir o nível de prática de *ato de libidinagem*, sob pena de poder configurar o estupro de vulnerável, já mencionado. Nesse sentido, procedente a conclusão de

Rogério Greco, *in verbis*: “Assim, para que o agente responda pelo tipo penal previsto pelo art. 218-B do Código Penal, a sua conduta deve ser dirigida tão somente no sentido de explorar o enfermo ou deficiente mental, que não tenha o discernimento para o ato, sem que com ele seja praticada qualquer conduta libidinosa”. Dessa forma — exemplifica Greco — “incorreria na mencionada figura típica o agente que explorasse sexualmente a vítima para que tirasse fotos eróticas, trabalhasse em casas de *streaptease*, ou mesmo de disque-sexo, simulando, para o cliente, atos sexuais através do telefone etc.” (*Código Penal comentado*..., p. 632).

4 Tipo objetivo: adequação típica

Prostituição é o exercício habitual do comércio carnal (do próprio corpo), para satisfação sexual de indeterminado número de pessoas. O que *caracteriza efetivamente a prostituição* é a *indeterminação de pessoas* e a *habitualidade da promiscuidade*. É indiferente que se trate de vítima já desencaminhada para que se caracterize o crime de favorecimento da prostituição, pois a lei tanto pune o *induzimento* ou *aliciamento* como a *facilitação* da prostituição. Em sentido semelhante, manifesta-se Yordan Moreira Delgado: “O sujeito ativo (homem ou mulher) através de uma das condutas referidas, faz com que o sujeito passivo (homem ou mulher em situação de vulnerabilidade) se prostitua ou seja de outra forma explorado sexualmente. Na prostituição a vítima comercializa o seu corpo, em troca de dinheiro ou de outros bens, como roupa, comida etc. É possível contudo, que a vítima seja *explorada* sexualmente sem nada receber em troca, por isso, o legislador mencionou “outra forma de exploração sexual” (*Comentários à Lei 12.015/09*, consultado em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13629&p=1).

A conduta do agente pode ser praticada também mediante *omissão*, se não na forma de *induzir* alguém a essa atividade, pelo menos para *facilitá-la*, deixando, por exemplo, de realizar atividade a que estivesse obrigado para impedir (garantidor) — art. 13, § 2º, e alíneas do Código Penal — o exercício de prostituição.

4.1 Condutas que seduzem para o crime

As primeiras três condutas incriminadas no *caput* são *submeter* (sujeitar, subjugar), *induzir* (suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual convencer)

ou *atrair* (incentivar, estimular, seduzir) à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Também pode ser realizada a conduta por meio da *facilitação*, que é chamada de lenocínio acessório. *Facilitar* é tornar fácil, favorecer, afastar dificuldades e empecilhos; caracteriza-se quando o agente auxilia a vítima na prostituição, ajuda-a nesse mister, arranjando-lhe "clientes", colocando-a em pontos ou locais adequados, enfim, propicia-lhe os meios, condições ou oportunidades para prostituir-se. Em outros termos, a *facilitação* prevista no Código Penal se traduz na criação dos mecanismos indispensáveis à consumação do delito.

Esses primeiros quatro verbos nucleares — *submeter, induzir, atrair* e *facilitar* — representam condutas de certa forma sedutoras, isto é, aliciadoras da vontade da vítima, normalmente em dificuldades ou em *situações vulneráveis* (não no sentido do art. 217), ou seja, em situações carentes de oportunidades, de recursos ou de meios materiais e pessoais para aspirar algo melhor na vida. Por essas razões, tornam-se presas fáceis dos "vendilhões da moral alheia", que se aproveitam de pessoas que se encontram em dificuldades dessa ordem, que ficam a mercê desses espertalhões especuladores das desgraças humanas, os quais procuram mostrar-lhe aspectos atraentes para a finalidade a que se propõem.

4.2 Condutas que visam impedir o abandono

Criminalizam-se, ainda, as condutas de impedir e dificultar o abandono da prostituição ou exploração sexual. *Impedir* (opor-se, não deixar que desista) que alguém a abandone, isto é, impedir que alguém com sério propósito de abandonar a prostituição a deixe, sendo insuficientes meras declarações da prostituta. Dificultar, por sua vez, é criar embaraços, atrapalhar, fazer exigências difíceis de ser cumpridas, com a finalidade de inviabilizar o abandono da prostituição pela vítima.

As duas últimas condutas — *impedir* ou *dificultar* —, ao contrário das antes examinadas, não visam a atração ou a inclusão da vítima no mundo da prostituição, mas *evitar* que a abandone, o que, para o direito penal, tem o mesmo significado. Em outras palavras, o agente pode ainda *impedir* (ex.: ameaçando) ou *dificultar* (criando obstáculos ou empecilhos) que a vítima deixe a prostituição ou a exploração sexual. Embora a depravação moral seja, em tese, uma *viagem sem volta*, há sempre a expectativa de que mesmo os prostituídos possam recuperar-se, isto é, afastar-se da vida mundana, com o pouco de dignidade que lhes resta. Esse é, pode-se afirmar,

o fundamento para justificar igual punição também do agente que *impede* ou *dificulta* o abandono da prostituição.

4.3 Meios morais visando impedimento do abandono

Geralmente, o *impedimento de abandono* da prostituição será por *coação moral, psicológica ou econômica*, e, dessa forma, inviabiliza-se a saída ou o abandono da prostituição. É fácil compreender a eficácia de condutas dessa ordem, na medida em que as pessoas que se encontram nessa situação são, via de regra, desprovidas de maiores recursos financeiros, morais, psicológicos ou materiais sem condições de enfrentar quem os explora, e, por razões como essas, acabam, de certa forma, sendo "escravizadas" por seus exploradores, posto que não têm condições de libertar-se do jugo seus rufiões. Nas três últimas formas de conduta do agente — uma facilitadora da prostituição (facilitar), e duas mantedoras no *statu quo ante* (impedir ou dificultar) —, a vítima já está sendo explorada sexualmente e é mantida nessa situação, ao contrário das hipóteses em que o agente *submete, induz ou atrai*, pois, nesses casos, a vítima ainda não estava sendo explorada sexualmente.

4.4 Não há necessidade de finalidade lucrativa

Para a configuração do delito de *favorecimento da prostituição* não se exige a finalidade lucrativa, a qual, se existir, dará causa também à aplicação de pena pecuniária. Embora o *fim de lucro* seja a regra, não é ele indispensável, uma vez que a prostituição pode ocorrer por puro vício ou depravação moral. Contudo, se houver a finalidade lucrativa, aplicar-se-á também a pena de multa (§ 1º). Em outros termos, quem, com a finalidade de obter lucro, arranja parceiro à mulher, embora já desencaminhada, para fins de relacionamento sexual, comete o delito de favorecimento à prostituição, sendo punido, nessa hipótese, com a cumulação da pena de multa.

4.5 Revogação do art. 244-A do ECA

Por fim, adverte Rogério Sanches Cunha que, "antes da Lei 12.015/2009, submeter menor de 18 anos à exploração sexual se subsumia ao disposto no art. 244-A do ECA, com pena de 4 a 10 anos. A alteração, portanto, manteve a sanção penal. Já nas modalidades induzir, facilitar ou atrair alguém, *menor de 18 e maior de 14 anos*, incidia o art. 228, § 1º, com pena

de 3 a 8 anos. A lei nova, nesse ponto, é mais gravosa, não podendo retroagir para alcançar fatos pretéritos" (Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valério de Oliveira Mazzuoli. *Comentários à Reforma Criminal de 2009...*, p. 60).

5 Menor de dezoito anos e extensão do conceito de vulnerável

Em um primeiro momento, tem-se a impressão de que o legislador atribuiu a condição de *vulnerável* somente ao *menor de quatorze anos* ou a 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 (art. 217-A). À evidência, como destacamos ao examinarmos o *estupro de vulnerável*, nessas hipóteses, é presumida, implicitamente, a violência. No entanto, agora, já no art. 218-B deparamo-nos, novamente, com a adjetivação de *vulnerável* para outra faixa etária, qual seja, *menor de dezoito anos*, aparentemente, sem qualquer justificativa razoável. Essa opção político-criminal do legislador gera, no mínimo, alguma perplexidade, afora a dificuldade de se encontrar, com segurança, a sua interpretação mais adequada, sem afrontar o *princípio da reserva legal*.

5.1 Duas espécies de vulnerabilidade

Devemos partir, necessariamente, do entendimento de que, na ótica do legislador, deve existir duas espécies ou modalidades de *vulnerabilidade*, ou seja, uma *vulnerabilidade absoluta* e outra *relativa*; aquela refere-se ao menor de catorze anos, configuradora da hipótese de *estupro de vulnerável (art. 217-A*); esta, refere-se ao menor de dezoito anos, contemplando a figura do *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B)*. Nesse sentido, esclarece Guilherme de Souza Nucci: "A Lei 12.015 trouxe novo formato, no art. 218-B, ao trato com a questão delicada da vida sexual dos menores de 18 anos. Eliminou-se qualquer referência à expressão *corrupção de menores*. Passa-se a adotar a terminologia relativa à figura do *vulnerável*. Com isso, mais uma vez, torna-se clara a utilização do conceito de *vulnerabilidade* para diversos enfoques. Pode-se enfatizar ser a vulnerabilidade relativa e absoluta, como já expusemos nos comentários ao art. 217-A" (*Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 53).

5.2 Fórmulas de equiparação das menoridades

Aliás, os dois dispositivos (217-A e 218-B) usam a mesma fórmula para contemplar a *equiparação* das respectivas menoridades (14 e 18 anos), qual seja, "ou a 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". Na realidade, nos dois dispositivos o legislador cria hipóteses de *interpretação analógica*, que deve obedecer os atributos dos respectivos paradigmas.

5.3 Ampliação do conceito de vulnerabilidade

Inegavelmente, o legislador ampliou conceito de *vulnerabilidade* — que define satisfatoriamente a condição do menor de quatorze anos — para alcançar, incompreensivelmente, o menor de dezoito anos (art. 218-B). Os aplausos quanto ao acerto legislativo em relação à primeira hipótese não se repetem relativamente à segunda, especialmente considerando-se a *evolução da moral sexual na sociedade contemporânea*, a maioridade civil aos dezoito anos, a juventude se casando a partir dos dezesseis anos, vivendo juntos, votando aos dezesseis anos, além da independência e da maturidade que a adquiriu neste início de milênio. Com efeito, esses atributos todos demonstram a absoluta desnecessidade de *presunções e ficções jurídicas* para criminalizar comportamentos morais com pesadas sanções penais privativas de liberdade. Apresenta-se ainda mais paradoxal essa *presunção de vulnerabilidade*, assumida pelo legislador, em relação ao *menor de dezoito* se compararmos os usos e costumes e, particularmente, a moral sexual contemporânea com a dos idos da década de quarenta do século passado; eloquente, nesse sentido, a política criminal adotada pelo legislador de 1940, que, acertada e expressamente, *presumiu* a violência nos então denominados *crimes contra os costumes* (art. 224 e suas alíneas), somente em relação aos crimes sexuais praticados contra menor de quatorze anos.

5.4 Confusão entre moral e direito

Enfim, o atual texto legal é retrógrado, reacionário, e ignora a evolução da sociedade, confunde *moral* com *direito*, tornando-se merecedor de críticas, além de exigir interpretação restritiva. Taxar de relativa a adjetivação de "vulnerável" é insuficiente para se dar valoração conforme ao texto constitucional, demandando, *in concreto*, a necessidade de se

comprovar, caso a caso, a *efetiva vulnerabilidade* de dito menor. Em outros termos, como já ocorria na presunção de violência (art. 224, *a*), segundo decisões do STF, a ausência de comprovação dessa elementar torna eventual conduta atípica. São circunstâncias fáticas, que não só devem ser comprovadas e valoradas contextualizadamente, como também e, fundamentalmente, devem estar descritas na denúncia, que, necessariamente, deve dizer em que consiste a dita vulnerabilidade de menor de dezoito anos (ou enfermo ou deficiente mental), logicamente, maior de quatorze.

5.5 Necessidade de comprovar a vulnerabilidade

Finalmente, a despeito das críticas que endereçamos a essa opção político-criminal do legislador, para que a conduta do agente apresente adequação típica, além de praticar, no mínimo, uma das condutas descritas no tipo penal (art. 218-B), *é indispensável que a vítima seja efetivamente vulnerável*. Desnecessário enfatizar que *menor de quatorze anos* que vier a praticar ato de libidinagem (cuja vulnerabilidade é absoluta, e, por isso, não demanda qualquer prova além da tenra idade), o crime será o de *estupro de vulnerável* (art. 217-A), e não o descrito no dispositivo que ora analisamos; se somente presenciar a prática de ato libidinoso, de qualquer natureza, poderá configurar o crime do art. 218-A.

6 Prática de libidinagem com vítima vulnerável de favorecimento da prostituição

Não apenas os que *favorecem a prostituição ou exploram sexualmente as pessoas em estado de vulnerabilidade* são criminalmente responsabilizados por crimes cometidos contra esses "vulneráveis", mas também quem com eles *praticar conjunção carnal ou ato libidinoso diverso*. Nesse sentido, a proibição constante do § 2º em seu inciso I: "quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo". Exemplifica Nucci, nos seguintes termos: "os clientes de prostitutas e garotos de programa com menos de 18 anos podem ser punidos por tipo penal independente, com penas elevadas, de reclusão de quatro a dez anos" (*Crimes contra a dignidade sexual*..., p. 59).

6.1 Menor em condição de ser explorado sexualmente

Contudo, convém destacar, a *prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso*, com maior de quatorze anos e menor de dezoito, somente tipificará o crime descrito, neste dispositivo, se o menor encontrar-se "na situação descrita no *caput* deste artigo" (nesse sentido, Guilherme e Souza Nucci. *Crimes contra a dignidade sexual*..., p. 54), ou seja, somente quando *envolver prostituição de menor ou outra forma de exploração sexual*. Em outros termos, a prática de relação sexual com maior de quatorze anos, livre e espontaneamente, configura conduta atípica, caso contrário, todos os nossos jovens e adolescentes deveriam ser remetidos à prisão. Seria absurdo pensar diferente, além de retroceder no tempo, desconsiderando a própria revogação do crime de *sedução*, que, mais restritiva, exigia as elementares da *inexperiência* ou *justificável confiança*. Em outros termos, o fundamento básico da incriminação da prática sexual com menores (maiores de quatorze anos) não é a relação em si, mas *exercitá-la com menor que se encontra na condição de vítima de exploração sexual ou prostituição*.

6.2 Atipicidade da conduta do cliente ocasional

Merece destaque, ainda, o aspecto do "cliente ocasional" da prostituta, que apenas busca o prazer com um "produto" que lhe é oferecido "no mercado". Nesse sentido, por mais boa vontade que se tenha com o texto legal, não há como admitir que o *"cliente" eventual* da prostituta a "submete à prostituição". Na verdade, ele encontra uma condição preexistente, que lhe é, livremente, oferecida, e para a qual não concorreu de forma alguma. Nesse contexto, não há espaço para se admitir o sentido atribuído ao verbo "submeter", resultando, portanto, atípica a conduta do *cliente eventual*.

6.3 Inovação criminalizadora do legislador

Trata-se de uma *inovação do legislador*, na medida em que antes da Lei n. 12.015/2009 cuidava-se de conduta atípica, ante a ausência de previsão legal, a menos que fosse possível o seu enquadramento em alguma daquelas hipóteses de *presunção de violência* (antigo art. 224). Embora a *prostituição*, em si mesma, continue sendo um indiferente penal, o moralista legislador resolveu criminalizar a conduta de quem praticar *ato de libidinagem* (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) com alguém

prostituído ou sexualmente explorado, desde que menor de dezoito anos, por considerá-lo *vulnerável*. Ignorou-se que os adolescentes (inclusive pré-adolescentes) estão iniciando sua vida sexual muito cedo (a partir dos treze ou quatorze anos, alguns ainda mais cedo). Por outro lado, cabe a advertência quanto àqueles já, comprovadamente, *prostituído*s ou sexualmente explorados, pois, certamente, enfrentar-se-á dificuldades quanto à adequação típica, considerando-se o bem jurídico protegido. Provavelmente, quer nos parecer, seguir-se-á aquela orientação doutrinário-jurisprudencial que afastava a tipicidade do crime de *corrupção de menores* (antigo art. 218), quando se tratasse de menor já corrompido.

6.4 Elementar normativa: condição de vulnerável

Importante relembrar, novamente, o aspecto da *relatividade da condição de vulnerável* do maior de quatorze anos e menor de dezoito. Considerando-se que a *vulnerabilidade* constitui uma *elementar normativa do tipo (desde que se considere o* nomen juris *como integrante do tipo)*, deve-se demonstrar, cabalmente, sua configuração, pois sua ausência afasta a tipicidade da conduta, mesmo que se comprove a prática de ato de libidinagem. Essa circunstância permite-nos afirmar que nem toda prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de dezoito anos em prostíbulos ou similares configura o crime descrito no inciso que ora examinamos, mas somente naquelas hipóteses que restar comprovada a condição de vulnerabilidade do ofendido, e desde que, adequadamente, descrita na denúncia. Desnecessário destacar que a prática dos mesmos atos de libidinagem com menor de quatorze anos configura o *estupro de vulnerável* (art. 217-A), crime bem mais grave.

6.5. Possível erro de tipo

Logicamente, não se pode desprezar a possibilidade bastante frequente da ocorrência de *erro de tipo*, relativamente à idade do menor, sendo, ademais, impossível determinar-se ao "consumidor" que, antes de qualquer ato de libidinagem, exija a apresentação de documentos, os quais, ainda assim, podem não ser verdadeiros. Nesse meio, por outro lado, é comum que menores tenham aparência envelhecida além de sua idade real, decorrente de insônia (noites maldormidas), ingestão excessiva de álcool, enfim, os maus-tratos que a vida devassa lhes oferece contribuem para a aparência de "amadurecimento" (entenda-se envelhecimento) precoce.

Esses aspectos, suficientemente idôneos para levar ao erro, afastam a tipificação do crime, pela ausência de dolo.

7 Lacuna do inciso I do § 2º do art. 218-B

Vislumbramos uma grande *lacuna* no inciso I do § 2º, que não pode ser sanada com os instrumentos da *analogia e da interpretação analógica*. No *caput* do art. 218-B, são contemplados, como ofendidos, não apenas o *menor de dezoito anos*, mas também alguém que "por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato". Em outros termos, o legislador equiparou a capacidade individual e a vulnerabilidade desses sujeitos às do menor de dezoito anos, tipificando as condutas do *caput* quando forem praticadas tanto *contra menor de dezoito anos quanto contra àqueles que, pelas razões mencionadas, não têm o necessário discernimento da prática de ato libidinoso*. No inciso que acabamos de mencionar, no entanto, o qual determina que incorre nas mesmas penas, quem praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra alguém menor de dezoito anos e maior de quatorze, omite a mesma proibição em relação aos demais sujeitos passivos constantes do *caput*.

7.1 Lacuna que não pode ser colmatada

Diante dessa lacuna, quem, na mesma "situação descrita no *caput*", praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém "que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato", pratica conduta atípica, ante a redação do inciso I do § 2º, que ora examinamos. Dessa forma, não vemos como salvar essa lacuna que, por tratar-se de norma penal incriminadora, não pode ser colmatada pela *analogia*, e tampouco pela *interpretação analógica*, sob pena de violar o *princípio da reserva legal*.

8 Prática de ato libidinoso com menor de catorze anos

Tratando-se de vítima menor de catorze anos, a eventual prática de qualquer *ato de libidinagem*, seja conjunção carnal, seja outro ato libidinoso, conforme já afirmamos, configurará o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), em detrimento de qualquer outro menos grave.

9 Responsabilidade penal objetiva: proprietário ou

responsável pelo local

O inciso II do § 2º do art. 218-B, que ora examinamos, determina que: "incorre nas mesmas penas: I — (...) II — o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo". Afinal, onde está a ação atribuída ao *proprietário, gerente ou responsável pelo local em que podem verificar-se as práticas referidas no* caput *deste artigo*? O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de *razoabilidade*, assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente os princípios da culpabilidade, da legalidade e da proporcionalidade, como ocorre com mais frequência do que seria tolerável. Desde o *Iluminismo* procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer *intervenção desnecessária* do Estado na vida privada dos cidadãos. Com efeito, as ideias do *Iluminismo* e do *direito natural* diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada.

9.1 Violação do princípio da legalidade

O disposto no inciso II do § 2º, por outro lado, não atende ao postulado da *taxatividade* do princípio de legalidade, imposto pela Constituição (art. 5º, XXXIX, da CF). Inquestionavelmente, o referido dispositivo viola flagrantemente o dogma, hoje constitucional, do *nullum crimen sine lege certa*, não descrevendo conduta alguma imputada a *proprietário, gerente ou responsável pelo estabelecimento onde alguém considerado vulnerável* possa ser vítima de crime descrito no *caput* do art. 218-B. Para Luis Luisi, a taxatividade "... Expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O *princípio da determinação taxativa* preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme"

(*Os princípios constitucionais penais*, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, p. 24).

9.2 Inexistência de verbo nuclear

O mais grave ainda, não é a vagueza, imprecisão e abertura do tipo penal (todas essas deficiências também presentes), mas, principalmente, *a ausência de conduta atribuída ao suposto sujeito ativo* nominado no próprio inciso II, ora *sub examen*. Com efeito, não se trata apenas de imprecisão, obscuridade ou abertura típica, que, por si só, já é extremamente grave, mas fundamentalmente da inexistência de *verbo nuclear* que defina a conduta proibida que possa ser imputada ao sujeito ativo, e da qual possa defender-se. Esclarecedor, nesse sentido, o magistério de Figueiredo Dias, *in verbis*: "No plano da determinabilidade do *tipo legal* ou *tipo de garantia* — precisamente, o tipo formado pelo conjunto de elementos cuja fixação se torna necessária para uma correcta [*sic*] observância do princípio da legalidade (*infra*, 11º Cap., § 3) —, importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem **objectivamente determináveis** [*sic*] os *comportamentos proibidos* e sancionados e, consequentemente, se torne objectivamente [*sic*] motivável e dirigível a *conduta* dos cidadãos" (*Direito penal*: parte geral, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. I, p. 173-174 — grifamos).

9.3 Tipo penal aberto

Caracteriza-se, por outro lado, *tipo penal aberto* (mais, ou menos) quando a descrição típica não é suficientemente precisa, dando grande margem para significativa interpretação sobre quais condutas seriam abrangidas, gerando a mais absurda insegurança jurídica. No presente caso (art. 218-B, § 2º, II), no entanto, mais que um tipo penal aberto, pode-se afirmar que estamos diante de um "não tipo", visto que não descreve qualquer conduta, violando, por consequência, o *constitucional princípio da tipicidade*, e não há tipo penal sem a descrição de uma conduta humana violadora de determinado bem jurídico que se pretenda tutelar. No dispositivo *sub examen*, com efeito, há ausência de descrição de comportamento proibido, devendo o proprietário, gerente ou responsável responder pelo crime do *caput* pelo simples fato de ostentar essa qualidade ou condição.

9.4 Direito penal de autor

Disposição legal como essa adota o mais autêntico modelo de um *direito penal de autor*, de cunho nazifacista, ressuscitado por movimentos raciais e capitaneados, no plano político-criminal, por Günther Jakobs, com seu "direito penal do inimigo". Esse direito penal arbitrário remonta a Mezger, hoje reconhecido colaborador do nazismo, conforme denuncia Muñoz Conde, quando sugeriu a "culpabilidade pela condução de vida". Considera-se como núcleo da culpabilidade, segundo essa concepção de Mezger, não o *fato*, mas o *autor*. O que importa realmente para a *reprovação* é a personalidade do agente, ou o caráter, ou a sua conduta social, em última análise, o que ele é, e não *o que* faz, não o *como* faz.

9.5 Ausência de conduta descrita

De notar-se que o dispositivo que ora criticamos, repetindo, não descreve conduta do agente, limita-se a descrever sua *condição de responsável pelo local dos fatos*, em que outros praticam conduta reproduzida no *caput*, independentemente de qualquer vínculo subjetivo com uns e outros. Como não é atribuição do magistrado completar *tipos penais defeituosos (v. g., art. 218-B, II)*, a constatação de deficiência dessa envergadura implica, necessariamente, o reconhecimento de sua *inconstitucionalidade*. Por fim, quanto ao disposto no § 3º, não se lhe reserva melhor sorte, pois, como acessório, deve seguir o principal, que é o § 2º, II, perdendo, por isso, o objeto.

10 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo* constituído pela vontade consciente de praticar qualquer das ações descritas no tipo penal, qual seja, submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual qualquer das vítimas elencadas no tipo penal, bem como facilitar, impedir ou dificultar que a abandone. O elemento subjetivo do agente também tem de abranger a situação de vulnerabilidade da vítima, assim, por exemplo, se o agente desconhece que a pessoa explorada sexualmente tem menos de dezoito anos, há erro de tipo que descaracteriza o delito em apreço. Convém destacar que, a exemplo das demais hipóteses relacionadas a crimes sexuais contra vulneráveis, o *dolo* tem de abranger a *idade da vítima* e o aspecto de tratar-se de *alguém na condição de vulnerabilidade*.

10.1 Erro de tipo: desconhecimento de elementar típica

O *desconhecimento* de que se trata de menor de dezoito anos (art. 218-B), como também de que, pelas circunstâncias, pode ser alguém reconhecido como em *situação de vulnerabilidade* (menor de 18 anos, ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, pode configurar erro de tipo. Este segundo aspecto — *erro sobre a condição de vulnerabilidade* — limita-se à hipótese do *favorecimento da prostituição*, porque no caso de *estupro de vulnerável* (art. 217-A) a vulnerabilidade é, em tese, de *presunção absoluta* que decorre da própria menoridade da vítima (menor de 14 anos). Logo, tendo consciência de que se trata de menor de quatorze anos, a vulnerabilidade lhe é inerente, o que inviabiliza a invocação de erro de tipo.

11 Consumação e tentativa

Para a tipificação do delito, é desnecessário que a vítima se entregue à prostituição com a multiplicidade de relações carnais, pois o que se objetiva é a resolução ou deliberação de a vítima dedicar-se à prostituição, podendo caracterizar-se com frequência a estabelecimento adequado, pelo modo de vida etc. Com efeito, consuma-se com o início de uma vida de prostituição ou com seu prosseguimento, sendo desnecessário o efetivo comércio carnal como prostituta. Na realidade, consuma-se o crime de *favorecimento à prostituição* ou outra forma de exploração sexual quando a ação do sujeito ativo produz na vítima o efeito por ele pretendido, ou seja, quando é levada por ele à prostituição ou é impedida de abandoná-la. Admite-se, em tese, a *tentativa*, embora, em regra, difícil seja sua constatação. Recomenda-se muita cautela para não incriminar qualquer ação como tipificadora do delito tentado.

12 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *material* (para se consumar exige, como resultado, a *incorporação do estado de prostituição*, absorvendo a ideia de adotar, como meio de vida, o comércio carnal, independentemente de já haver praticado algum ato sexual); *de forma livre* (pode ser praticada por qualquer meio ou forma eleita pelo agente); *instantâneo* (não há delonga

entre a ação humana e o resultado, não se alongando no tempo a sua execução); *comissivo* (os verbos nucleares indicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por apenas um agente); *plurissubsistente* (normalmente esses tipos de condutas implicam a reiteração de atos distintos, desdobrando-se, por conseguinte, em vários atos); *habitual* (constitui-se de atos que, isoladamente, são penalmente irrelevantes).

13 Pena e ação penal

A pena cominada é a de reclusão de quatro a dez anos. Se houver a finalidade de obter vantagem econômica na prática do crime, será aplicada também a pena de multa. A pena aplicada será majorada se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 226 e seus incisos. Se qualquer das condutas tipificadas for praticada com o fim de obter vantagem econômica, além da pena de prisão, será aplicada uma pena pecuniária, qual seja a pena de multa.

A natureza da ação penal, por fim, relativa aos crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI, é tratada quando analisamos o disposto no art. 225, cujo conteúdo tem a finalidade de disciplinar exatamente esse tema. Pela complexidade que assumiu, a partir da Lei n. 12.015/2009, concentramos seu exame nesse dispositivo, para onde remetemos o leitor.

Capítulo III - Do Rapto

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219. (Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005.)

Rapto consensual

Art. 220. (Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005.)

Diminuição de pena

Art. 221. (Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005.)

Concurso de rapto e outro crime

Art. 222. (Revogado pela Lei n. 11.106, de 26-3-2005.)

Capítulo IV - Disposições Gerais

Art. 223. (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009.*)

Art. 224. (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009.*)

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”

— Parágrafo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

1 Considerações preliminares: previsão anterior

A ação penal nos crimes constantes dos Capítulos I, II e III deste Título VI da Parte Especial era, em regra, de *exclusiva iniciativa privada*, procedendo-se somente mediante *queixa*. No entanto, se ocorresse nos crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor* (já revogado) lesão grave ou morte, a ação penal seria *pública incondicionada*, por se tratar de *crime complexo* (art. 101). Posteriormente, o STF pacificou esse entendimento com a edição da Súmula 608.

Havia, no entanto, *duas exceções* (Rômulo Moreira, numa visão mais abrangente, inclui hipóteses que desconsideramos nessa classificação, e, por isso, classifica em quatro exceções, cf. destacamos em nosso *Tratado*), sendo a *ação penal de natureza pública*, quando houvesse: a) *vítima ou responsáveis* que não pudessem custear as despesas do processo sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (nessa

hipótese, a *ação penal era condicionada à representação)*; b) *abuso de pátrio poder* (hoje *poder familiar*), *tutela ou curatela* (art. 225, § 1º, II): para essa hipótese, o crime seria de *ação pública incondicionada (*§ 2º), uma vez que o representante legal que deveria exercer o direito de representar era o próprio autor do crime. Com a alteração da ação penal, nesses crimes, essas duas exceções, por razões óbvias, desapareceram.

2 A ação penal nos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI

A redação deste artigo, determinada pela Lei n. 12.015/2009, prescreve que a *ação penal*, para os crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI (Dos Crimes contra a Liberdade Sexual e dos Crimes Sexuais contra Vulnerável, respectivamente), passa a ser *pública condicionada à representação*. Inverte, dessa forma, sua natureza, que era de exclusiva *iniciativa privada*, a nosso juízo, equivocadamente, embora tenha recebido o aplauso da doutrina.

3 A ação penal nos crimes contra vítima vulnerável

Paradoxalmente, no entanto, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal determina que a *ação penal* é *pública incondicionada* "se a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável", ou seja, na hipótese dos crimes previstos no Capítulo II do Título VI do Código Penal o exercício da ação penal não depende de qualquer condição. Há uma contradição frontal com o disposto no *caput* do mesmo dispositivo. Afinal, *nos crimes sexuais contra vulnerável* (Capítulo II), a ação penal será *pública condicionada* à representação, como determina o *caput* do questionado art. 225, *sub examen*, ou será *pública incondicionada*, como afirma o seu parágrafo único?

3.1 Paradoxo: restringe o exercício da liberdade sexual

Trata-se de um dos aspectos de uma verdadeira *vexata quaestio* deste Capítulo IV, que cuida de *disposições gerais*; o outro reside na contradição do ordenamento jurídico, que, a pretexto de proteger um direito constitucionalmente tutelado — *a liberdade sexual do cidadão* —, restringe exatamente o *exercício dessa liberdade*, o qual era protegido pela natureza da ação penal de exclusiva iniciativa privada, reconhecendo, nesses crimes,

a prevalência do interesse individual em relação ao interesse do Estado. Na realidade, *eliminando o direito da vítima à ação privada*, o legislador constrange-a ao determinar que a natureza da ação penal, nesses crimes, passa a ser pública, ainda que condicionada à representação. Este último fator, no entanto, não afasta essa violência pública do Estado contra o *exercício da liberdade sexual*, ante o *princípio da indisponibilidade da ação pública*, conforme demonstraremos adiante.

Não há dúvida quanto às inúmeras contradições que as inovações contempladas pela Lei n. 12.015/2009 apresentam, dentre as quais inclui-se a *natureza da ação penal* para reprimir os crimes sexuais previstos nos dois primeiros capítulos deste Título VI.

3.2 Interpretação sistemática

No *processo interpretativo* como um todo, partindo do aspecto literal, o intérprete envolve-se com a *lógica* e procura descobrir os fundamentos político-jurídicos da norma em exame. Tenta relacionar a lei que examina com outras que dela se aproximam, ampliando seu ato interpretativo. Busca encontrar o verdadeiro sentido da lei, em seu aspecto mais geral, dentro do sistema normativo, afastando eventuais contradições. A essa altura, depara-se o intérprete com o *elemento sistemático*, investigando o sentido global do direito, que a lei expressa apenas parcialmente. Assim, busca-se situar a *norma* no conjunto geral do sistema que engloba, para justificar sua razão de ser. Amplia-se a visão do intérprete, aprofundando-se a investigação até as origens do sistema, situando a norma como parte de um todo.

3.3 Irrelevância da “mens legislatoris”: erro crasso

É desnecessário descobrir o que poderá ter pretendido o legislador com um texto flagrantemente contraditório, não havendo magia que permita suprimir o choque frontal que as duas premissas — a do *caput* e a do parágrafo único — apresentam. É irrelevante o que o legislador quis ou pretendeu dizer, não se podendo ignorar o que efetivamente contém no comando legal. Em outros termos, relevante é o verdadeiro conteúdo da norma e sua inter-relação com o sistema penal em conjunto. Nessa linha, não se pode deixar de reconhecer a ilogicidade que os dois preceitos encerram: ambos — *caput* e parágrafo único — são absolutamente contraditórios, resultando impossível compatibilizá-los.

Há, inegavelmente, um erro crasso de técnica legislativa que

hermeneuticamente precisa encontrar uma solução plausível dentro do direito penal da culpabilidade: (i) há uma norma mais liberal (*caput*), definindo a ação penal como *pública condicionada* à representação; (ii) e outra norma, *de ordem pública*, determinando a obrigatoriedade da ação penal, definida como *pública incondicionada*, ambas destinadas aos crimes do Capítulo II (Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável). À evidência que ambas não podem ser aplicadas, concomitantemente, aos mesmos crimes, sendo necessário eleger qual das duas deve ter primazia.

3.4 A interpretação mais favorável: ação pública condicionada

Deve-se reconhecer, de plano, que a norma constante do *caput* do art. 225 — que define ação penal como pública condicionada — é duplamente mais vantajosa, ou seja, tanto para a vítima quanto para o infrator: reconhece à vítima a preponderância de seu interesse comparado ao interesse estatal; relativamente ao infrator, a *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido, não havendo a obrigatoriedade da ação penal (enquanto não ofertada a denúncia). Por outro lado, a norma constante do parágrafo único — que impõe a ação pública incondicionada — agrava a situação de ambos — ofendido e infrator —, trazendo consigo a indisponibilidade da ação penal, e ignora a preponderância do direito do ofendido, colocando-o em segundo plano, como simples sujeito passivo mediato (desrespeita o seu direito ao exercício à liberdade sexual), além de piorar a condição do agente. Enfim, em ambas — ação pública condicionada e incondicionada — o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal (art. 129, I, da CF), que se inicia com o oferecimento da denúncia. A regra geral é a de que a ação penal seja pública incondicionada. Por isso, em geral, os crimes previstos na Parte Especial do Código Penal, bem como na legislação especial, são de ação pública incondicionada.

Por outro lado, a *ação pública condicionada* continua sendo iniciada pelo Ministério Público, mas dependerá, para sua propositura, da satisfação de uma *condição de procedibilidade*, sem a qual não poderá ser instaurada: *representação* do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (ou, ainda, requisição do ministro da Justiça). Em *outros* termos, embora a *ação* continue *pública*, em determinados crimes, por considerar os efeitos mais gravosos aos interesses individuais, o Estado atribui ao ofendido o direito de avaliar a oportunidade e a conveniência de promover a ação penal, pois este poderá preferir suportar a lesão sofrida a expor-se nos

tribunais. Em ação dessa natureza há uma relação complexa de interesses, do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público do Estado em puni-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas, iniciada a ação pública pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público.

4 Violação do exercício da liberdade sexual

Não compartilhamos do *entusiasmo* daqueles que veem na *publicização da ação penal* maior proteção das vítimas da violência sexual, não passando de um grande e grave *equívoco ideológico*, além de representar uma violência não apenas *à liberdade sexual*, mas, fundamentalmente, *ao seu exercício*, que é tolhido pelo constrangimento estatal, que obriga a vítima a se submeter publicamente ao *strepitus fori*, à exploração midiática, aos fuxicos tradicionais que casos como esses, invariavelmente, provocam. Atribuir, por outro lado, a titularidade da ação penal ao *Parquet* não é sinônimo de maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado; pelo contrário, desrespeita o direito daquela que, nesses casos, tem o direito preponderante à proteção de sua intimidade e privacidade, além de ignorar a tradição de nosso sistema jurídico, que, historicamente, nos *crimes contra a liberdade sexual* atribuía a titularidade da ação penal exclusivamente à vítima ou a seu representante legal. Por essas razões, certamente, a obrigatoriedade da ação penal pública (a partir da denúncia) afastará, ainda mais, as vítimas da busca pela justiça, para não se submeterem à obrigatoriedade da ação penal.

4.1 Imperativo de foro íntimo

Referida espécie de ação inspira-se em *imperativos de foro íntimo* e na colisão de interesses coletivos com interesses individuais, podendo o ofendido preferir afastá-los do *strepitus fori*, evitando a publicidade escandalosa que a divulgação processual provocaria; por isso, nesses casos, o Estado permite a subordinação do interesse público ao particular. “Nos crimes sexuais — afirma Luiz Flávio Gomes — não existem interesses relevantes apenas do Estado. Antes, e sobretudo, também marcantes são os interesses privados (o interesse de recato, de preservação da privacidade e da intimidade etc.)” (Luiz Flávio Gomes, *A ação penal é pública*

condicionada, disponível em: http://www.lfg.com.br, 28-9-2009). Assegurar a iniciativa da vítima para a *persecutio criminis*, nos crimes sexuais, visa evitar novo e penoso sofrimento dela, que, pela inexpressiva ofensa, desproporcional gravidade entre a lesão e a sanção estatal correspondente, ou pela *especialíssima natureza do crime* (que é o caso), lesando valores íntimos, prefere amargar a sua dor silenciosamente. Essa decisão é exclusiva da vítima. Pretende-se, assim, evitar a divulgação e a repercussão social, que podem causar ao ofendido ou a seus familiares dano maior do que a impunidade, gerando a conhecida *vitimização secundária*, geralmente ignorada não só pelas autoridades repressoras como também pelo próprio legislador.

4.2 Obrigatoriedade da ação inibirá denúncia de muitas vítimas

Aliás, é exatamente o que ocorrerá, nos crimes sexuais, com a transformação da ação penal em pública condicionada. Certamente, o tiro sairá pela culatra, pois essa publicização da ação penal levará as sofridas vítimas dos crimes sexuais a ficarem mais reticentes, mais temerosas e desencorajadas a denunciar seus possíveis agressores, por não disporem, privatisticamente, do *exercício da ação penal*. Nos crimes sexuais, quando há desinteresse da vítima, a *instrução probatória* resulta visivelmente prejudicada, por isso, é recomendável que se procure conciliar os interesses privados com o interesse público, facilitando o resultado positivo da prestação jurisdicional.

5 (In)constitucionalidade da publicização da ação penal

A partir da nova política criminal, que prioriza o interesse estatal em prejuízo do interesse privado da vítima, iniciada a ação penal não mais poderá ser interrompido o seu fluxo, não haverá desistência, conciliação, renúncia, perdão, perempção etc. Nesse sentido, ainda que a vítima se arrependa, terá de suportar o *strepitus fori* até o final, ignorando-se a advertência de Paganella Boschi, para quem, “se para a imposição da pena tivéssemos que destroçar ainda mais uma vida, então o sistema jurídico seria uma iniquidade” (José Antonio Paganella Boschi, *Ação penal*, Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 119). Essa é a palavra adequada: a eliminação da ação penal de natureza privada representa para a vítima uma verdadeira iniquidade! Em síntese, por todas as razões expostas, temos dúvida sobre a

constitucionalidade da eliminação da ação penal privada nos crimes contra a liberdade sexual, malferindo o art. 5º, *caput*, *in fine*, e inciso X, da CF. Para os outros crimes, dos demais capítulos, do mesmo título, não vemos nenhum problema sobre a natureza da ação penal.

6 Injustificável polêmica sobre a vigência da Súmula 608 do STF

Estamos convencidos, *venia concessa*, de que se trava uma discussão não apenas desnecessária, como inócua, sobre a sobrevivência do conteúdo da Súmula 608 do STF, que, aliás, a rigor, já era desnecessária. Na realidade, justificou-se, a seu tempo, à edição da referida súmula, não a necessidade de normatizar algum ponto juridicamente obscuro, mas tão somente o fato de vivermos em um país em que *a norma constitucional* e a legislação infraconstitucional são olimpicamente desrespeitadas, impunemente, a partir dos próprios poderes constituídos, priorizando-se a normatização através de portarias, regulamentos, resoluções etc. e, finalmente, sumular.

Nesse vazio de "vigência" normativa, o Supremo Tribunal Federal sentiu, politicamente, a necessidade de *sumular* algo que está claramente expresso na ordem jurídica, editando a Súmula 608, com o seguinte enunciado: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". O mérito da edição dessa súmula foi não só pacificar interpretações, não raro equivocadas, mas fundamentalmente esclarecer que o estupro praticado mediante violência real é um *crime complexo*, e a natureza da ação penal segue a natureza da infração penal, segundo disciplina do Código Penal. Apenas isso. Contudo, não houvesse outras razões para a manutenção da validade do enunciado sumular questionado, a polêmica sobre a natureza da ação penal no crime de estupro praticado mediante violência real é, por si só, fundamento bastante para justificar a sua manutenção, conforme demonstramos abaixo.

7 Estupro qualificado pelo resultado: crime complexo

Ninguém discorda, contudo, que o crime de *estupro com violência real* constitui o conhecido *crime complexo*, que, aliás, recebeu *atenção especial do legislador*, o qual previu *norma específica* determinando a natureza da ação penal, nos seguintes termos: "quando a lei considera como elemento

ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público" (art. 101). Essa previsão legal, ao contrário do que se tem entendido, não só é *especial*, como também *específica*, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem insertos. Na realidade, as previsões sobre a ação penal constantes do Capítulo IV fazem parte de uma *subespécie* daquela regra geral, segundo a qual a natureza da ação penal, quando não for incondicionada, deve vir expressa em lei; nesse sentido, trata-se de norma geral para esses crimes sexuais. Não teria sentido seu afastamento por previsões sobre a natureza da ação penal, as quais, em razão do *princípio da excepcionalidade*, devem ser sempre expressas.

7.1 A especialidade da previsão constante do art. 101

A previsão do art. 101 é, digamos, uma espécie de "contraveneno" às normas que excepcionam a natureza da ação penal, ou seja, essas normas que excepcionam a iniciativa da *persecutio criminis* são a razão de ser da previsão constante do art. 101 do CP. Com efeito, se não houvesse tais previsões, seria desnecessária a definição contida no art. 101, pois na ausência de menção expressa, a ação penal seria sempre *pública incondicionada* (art. 100). Em outras palavras, a previsão do art. 101 do Código Penal destina-se especificamente àquelas infrações penais cuja *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras não necessitam dessa previsão: são de ação pública incondicionada. Ademais, essa *interpretação sistemática* resolve a delicada questão sobre a natureza da ação penal do crime de estupro praticado com violência real (especialmente quando há morte da vítima), além de observar o *princípio da razoabilidade*, assegurando a harmonia hermenêutica do ordenamento jurídico nacional. Ou se ousaria afirmar que, mesmo havendo morte da vítima, trata-se de ação penal pública condicionada à representação: logicamente não, afrontar-se-ia o *princípio da razoabilidade*.

7.2 Prevalência da natureza dos fatos que compõem o crime complexo

Em outros termos, a natureza da ação penal do *crime complexo* segue a natureza da ação penal pública dos fatos que o compõem, e tanto a lesão

corporal grave quanto o homicídio são crimes de *ação pública incondicionada*. Seria uma irracionalidade sustentar que no crime de *matar alguém*, pelo simples fato de estar vinculado a outro crime (igualmente grave, no caso), a *persecutio criminis* não poderia ser pública incondicionada. Interpretação como essa afrontaria o sistema penal, deixaria a descoberto um dos bens jurídicos — a vida — mais valiosos, quiçá o mais importante de todos (sua perda torna irrelevante os demais no plano pragmático), além de violar o *princípio da razoabilidade*. Foi, a nosso juízo, interpretando sob essa ótica que o Supremo Tribunal Federal sentiu-se obrigado a editar a Súmula 608 para assegurar a valoração sistemática do nosso Código Penal de 1940, cuja parte especial continua em vigor. Aliás, a mesma crise interpretativa que levou à necessidade da edição da referida súmula apresenta-se agora, justificando-se que se mantenha vigente, para assegurar a melhor interpretação sistemática de nosso diploma legal, conforme demonstramos em outro tópico.

7.3 Desnecessidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.301

No particular, consideramos absolutamente desnecessária a ADIn n. 4.301, proposta pelo Ministério Público perante o Supremo Tribunal Federal, postulando a declaração de inconstitucionalidade do art. 225, sem redução de texto, para considerar que a ação penal, no caso de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave da vítima, seja pública incondicionada. Invocou o *Parquet* três fundamentos básicos: 1º) ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; 2º) ofensa ao princípio da proteção deficiente; 3º) possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento, por que passariam a exigir manifestação da vítima, sob pena de decadência.

Venia concessa, (i) não há ofensa à *dignidade da pessoa humana*; pelo contrário, procura preservá-la, na medida em que tenta minimizar a *vitimização secundária*, que ocorreria com a exposição da vítima nesse tipo de crime, além de observar um mínimo da importância do seu interesse privado comparado ao interesse público. Na nossa avaliação, aliás, para realmente respeitar esses valores *dever-se-ia manter a natureza privada da ação penal* nesses crimes (sem a violência real), como sustentamos em outro tópico; (ii) Tampouco se pode falar em "proteção deficiente", quando se constata que há cominação de penas, havendo lesão grave ou morte, com

máximos de doze e trinta anos de reclusão, respectivamente. Há, na nossa avaliação, a observância do *princípio da proporcionalidade* (até com algum excesso), configurando-se uma adequada proteção dos bens jurídicos lesados. Por fim, (iii) não há que falar em *extinção da punibilidade* (por qualquer causa), em crimes de *estupro qualificado pelo resultado*, os quais, como já demonstramos, continuam, como sempre foram, *crimes de ação pública incondicionada*, quer por tratar-se de *crimes complexos*, quer pela manutenção da validade da Súmula 608 do STF. A prescrição, tanto para a hipótese de uma qualificadora quanto para outra, somente ocorre em vinte anos.

8 Síntese sobre a definição de ação penal

O direito de ação penal consiste na faculdade de exigir a intervenção do poder jurisdicional para que se investigue a procedência da *pretensão punitiva* do Estado-Administração nos casos concretos. *Ação* é, pois, o direito de invocar a prestação jurisdicional, isto é, o direito de requerer em juízo a reparação de um direito violado. Mas, ao mesmo tempo em que o Estado *determina* ao indivíduo que se abstenha da prática de ações delituosas, *assegura-lhe* também que só poderá puni-lo se violar aquela determinação, dando origem ao *ius puniendi*. Isso representa a consagração do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

No entanto, violada a proibição legal, a sanção correspondente só poderá ser imposta através do *devido processo legal*, que é a autolimitação que o próprio Estado se impõe para exercer o *ius persequendi*, isto é, o *direito subjetivo* de promover a "persecução" do autor do crime. Cumpre lembrar, no entanto, que a *ação penal*, propriamente, constitui apenas uma fase da *persecução penal*, que pode iniciar com as investigações policiais (inquérito policial), sindicância administrativa, Comissão Parlamentar de Inquérito etc. Essas investigações preliminares são meramente preparatórias de uma futura ação penal. A ação penal propriamente somente nascerá em juízo, com o oferecimento de *denúncia* pelo Ministério Público, em caso de ação pública, ou de *queixa*, pelo particular, quando se tratar de ação penal privada. O *recebimento* de uma ou de outra marcará o início efetivo da ação penal.

Aumento de pena

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;

III — (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005.*)

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

D O U T R I N A

1 A majoração da pena nos crimes sexuais

Os crimes, então denominados *contra os costumes*, catalogados nos Capítulos I a III deste Título, recebiam um aumento de quarta parte se ocorressem quaisquer das hipóteses previstas no art. 226. São hipóteses que dificultam a defesa da vítima (I), violam os princípios morais-familiares, além do abuso da autoridade exercida sobre a vítima (II), e violentam o matrimônio, além da impossibilidade de reparar o delito pelo casamento com a vítima (III), sendo este último inciso revogado pela Lei n. 11.106/2005. Em todos esses casos, o legislador considerava o maior desvalor da ação dos agentes, bem como o maior desvalor do resultado.

1.1 A inclusão de novos dados

Esse diploma legal de 2005 incluiu, no inciso II, “padrasto ou madrasta”, “tio”, “cônjuge ou companheiro”, além de elevar o aumento de pena “de quarta parte” para “metade”. Assim, se o crime for cometido por duas ou mais pessoas, a elevação será de quarta parte (inciso I); se, no entanto, houver relação de parentesco ou de autoridade, nos termos contidos no inciso II, a elevação será de metade, e não mais de quarta parte, como previa a redação anterior. Citada lei revogou o inciso III do mesmo art. 226.

1.2 Inalteração do art. 226

A Lei n. 12.015/2009, no entanto, nada alterou do art. 226, permitindo sua aplicação tal qual lhe determinou aquele diploma legal de 2005.

Contudo, convém registrar que as majorantes previstas no art. 226 são aplicáveis somente aos crimes previstos no Capítulo II do Título VI, que o antecedem, considerando-se que o Capítulo III foi integralmente revogado pela lei de 2005. Vejamos cada uma das duas majorantes que restaram no art. 226.

2 Concurso de duas ou mais pessoas e "concursus delincuencium"

Incorre em grave equívoco quem afirma que, segundo nosso Código Penal, "*comete* crime quem de qualquer forma concorre para ele". Na realidade, essa assertiva não é verdadeira e o legislador não pode ser acusado desse paradoxo, pois em nenhum momento incidiu nesse erro crasso. Nem mesmo implicitamente afirmou que "*comete* o crime quem de qualquer modo concorre para ele". Na verdade, o texto legal afirma que "quem de qualquer modo concorre para o crime", *incide nas penas a ele cominadas*, o que são coisas muito diferentes. *A contrario sensu*, com efeito, está afirmando, implicitamente, que *não o comete* quem, de qualquer modo, concorre para o crime. Nesse sentido, precisa e enfática é a crítica de Weber Martins Batista relativamente à qualificadora similar no crime de furto, que merece ser transcrita, *in verbis*: "O Código Penal não comete a heresia de consagrar, expressa ou implicitamente, que *comete* o crime quem de qualquer forma concorre para ele. O que está na lei, corretamente, é que *incide* nas penas cominadas ao crime — expressão com que, implicitamente, se afirma que *não o comete* — quem, de qualquer modo, concorre para ele. Comete o crime — ninguém afirma de outro modo — quem participa materialmente de sua execução. Não fora isso, e seria desnecessária a norma de extensão do art. 29 do Código Penal".

2.1 Coautoria e participação

Enfim, todos os que *concorrem*, moral ou materialmente, para o crime são punidos pelo Código Penal (art. 29, *caput*), mas a *majorante* somente se configurará no crime sexual *cometido* em concurso de duas ou mais pessoas, que, necessariamente, *devem encontrar-se no local do crime*. Referindo-se ao crime de furto, nesse sentido, adverte Weber Martins, "o furto só *será cometido* 'mediante o concurso de duas ou mais pessoas' se estas participarem na fase executiva do delito" (*O Furto e o Roubo...*, p.

189), pois somente assim pode fazer-se presente *a maior temibilidade e eficiência da delinquência coletiva*, que seria o fundamento da maior punibilidade.

2.2 Orientação do STF: participação efetiva

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu — ainda na vigência da lei anterior — a necessidade da *participação efetiva* dos agentes na execução do crime. Argumentou, então, com muita propriedade, o relator, Ministro Djaci Falcão, que, "se o legislador visa, no caso, a punir mais gravemente a soma de esforços para a prática do crime, circunstância a que se agrega a da redução de capacidade de defesa da vítima, razão, a nosso ver, dessa agravação, parece-nos evidente que o preceito deva ser interpretado, teleologicamente, como endereçado à hipótese de cooperação de agentes na fase de execução do crime, única hipótese em que aquelas duas circunstâncias se fazem realmente presentes" (Acórdão unânime do STF, Rel. Min. Djaci Falcão, de 1979). Mais não precisaria ser dito.

2.3 Autoria e participação: distinção legal

Incorre em erro grosseiro quem, sustentando entendimento contrário, continuar afirmando que "não há mais diferença entre autor principal e autor secundário no atual sistema brasileiro" (Acórdão unânime do TACrimSP, 4ª Câmara, de 1º-2-1979, JTACrimSP, 57:235). Na verdade, não se pode ignorar que, embora a reforma penal de 1984 tenha mantido a *teoria monística* da ação, adotou, contudo, a *teoria restritiva de autor* (veja-se o que afirmamos sobre essa teoria em nosso *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, 15. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, v. 1, p. 485-6), fazendo perfeita distinção entre *autor* e *partícipe*, que, *abstratamente*, incorrem na mesma pena cominada ao crime que praticarem, mas que, *concretamente*, variará segundo a *culpabilidade* de cada participante (art. 29 e §§ 1º e 2º), e, em relação ao *partícipe*, variará ainda de acordo com a *importância causal* da sua contribuição (Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal* — Parte Geral, 15. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, v. 1, p. 500).

Ora, esse tratamento diferenciado de *autor* e *partícipe*, adotado pela reforma penal de 1984, não pode ser ignorado quando estivermos perante a *majorante* (concurso de duas ou mais pessoas), nos *crimes contra a dignidade sexual* (Capítulos I e II), que, segundo o entendimento dominante, deve ser orientada pelos princípios que fundamentam o instituto

concurso de pessoas, especialmente considerando que um *sistema jurídico* não pode abrir mão da harmonia e coerência, características fundamentais que devem presidi-lo.

2.4 (Im)punibilidade do ajuste e determinação

O *ajuste* e a *determinação*, reconhece o próprio Código Penal (art. 31), são penalmente irrelevantes se, pelo menos, não participarem de sua execução; aliás, não constituem nem agravante genérica, quanto mais qualificar ou majorar um crime. Nesse particular já era o magistério do velho Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 8..., p. 46-7. No mesmo sentido, Sebastian Soler, *Derecho Penal argentino*..., p. 236), referindo-se ao crime de furto, ao exigir, para configurar aquela qualificadora, a presença *in loco* dos concorrentes, isto é, a *participação efetiva* na execução da infração penal.

Enfim, para reconhecer a configuração da majorante do art. 226, I, do CP, devem-se observar os *princípios orientadores do instituto concurso de pessoas*, notadamente a distinção entre *coautoria* e *participação*, a começar pela necessidade da causalidade física e psíquica da conduta dos participantes. Conclui-se, portanto, que somente com a presença *in loco* dos participantes admite-se a configuração da majorante em exame, ou, dito de outra forma, somente se for caso de coautoria, a majorante far-se-á presente.

3 Violação dos princípios morais-familiares

No inciso II são relacionadas causas majorantes de duas espécies distintas: quando o crime sexual for praticado *contra parentes* ou quando o agente *abusar da relação de autoridade* que mantém sobre a vítima. O texto legal tem a seguinte redação: *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*. Consideram-se aqui situações pessoais ou familiares que facilitam a prática delituosa, além de implicarem a infringência de *especiais deveres* do sujeito ativo para com a vítima.

Nos crimes praticados *contra parentes*, nas linhas relacionadas, violam-se deveres decorrentes do *parentesco*, que pode ser legítimo, ilegítimo, natural ou civil. Essas circunstâncias fundamentam maior reprovação da

conduta praticada pelo agente e justificam perfeitamente a majoração da reprimenda aplicável.

3.1 Abuso de autoridade

O *abuso de autoridade* pode ser também de outra natureza, relativo às relações privadas em que haja um vínculo de dependência ou subordinação, com exercício abusivo ou ilegítimo de autoridade no direito privado, por exemplo, empregador, tutor, curador etc. O agente que praticar crime sexual contra vítima a que esteja ligado por esse tipo de vínculo justifica a majoração legal prevista. *Abuso* é o uso do poder além dos limites legais, e *violação de dever* é o desrespeito às normas que norteiam cargo, ofício, *ministério* ou *profissão*. Não há abuso de poder sem violação de dever, mas pode haver violação de dever sem abuso de poder.

3.2 Relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade

Finalmente, com a locução "por qualquer outro título tem autoridade sobre ela", a previsão legal amplia a punibilidade das condutas criminosas que, de alguma forma, abusarem de *relações domésticas, de coabitação* ou *de hospitalidade, que o agente se encontre em posição de superioridade ou de anfitrião* em relação à vítima. É indispensável, contudo, que esteja plenamente caracterizada essa situação ou posição privilegiada do agente, sendo possível *abusar* dessa circunstância.

a) *Relações domésticas* são as que existem entre aqueles que participam do quotidiano de uma mesma família: familiares, empregados, amigos, frequentadores habituais etc.

b) *Relações de coabitação* referem-se àqueles que convivem sob o mesmo teto, particularmente sob o aspecto das relações de convivência.

c) *Relações de hospitalidade* referem-se à estada de alguém em casa alheia, sem a durabilidade da coabitação, não sendo necessário intimidade, por exemplo, visita para uma refeição, um drinque etc.

3.3 Qualquer outro meio: interpretação analógica

Concluindo, é preciso muita cautela no exame da subordinação ou submissão da vítima nessas outras relações abrangidas pela expressão "por qualquer outro título tem autoridade sobre ela". A interpretação deve ser, necessariamente, restritiva. Considera-se, nessas hipóteses, a presumida

menor capacidade de defesa das vítimas, que, ademais, afrouxam, naturalmente, a vigilância dos bens juridicamente tutelados, facilitando a execução delituosa, além da perversidade e covardia do agente; trata-se, consequentemente, de presunção *juris tantum*.

3.4 Maior censurabilidade

A maior censurabilidade da conduta caracteriza-se não só pela audácia do agente, mas especialmente pelo desrespeito à vítima, que se encontra em posição francamente desfavorável. Além da maior dificuldade, normalmente, em elucidar os fatos, a conduta do agente revela maior insensibilidade e correspondente maldade, justificando-se a agravação da sanção penal. Para se configurar essa *agravante* é indispensável que o agente tenha consciência da causa *majorante*, que, necessariamente, deve ser abrangida pelo *dolo*, sob pena de consagrar-se autêntica responsabilidade objetiva. As circunstâncias agravantes previstas no art. 61, II, *e, f, g* e *h*, não podem ser consideradas na fixação da pena se esta já foi majorada em razão do disposto no art. 226, II.

3.5 Concurso de causas de aumento

Se, no caso concreto, incidirem as duas circunstâncias de aumento da pena — concurso de pessoas e relação parental ou pessoal da vítima —, isto é, se, por exemplo, o agente for tio da vítima e praticar a conduta em concurso de pessoas, o juiz limitar-se-á a um só aumento na aplicação da pena, prevalecendo a causa que mais aumente, conforme dispõe o art. 68, parágrafo único, do Código Penal (no exemplo, prevalece a aplicação do aumento de pena previsto no inciso II).

4 Parcelas de aumento

Em síntese, a partir da Lei n. 12.015, o aumento de pena será de *quarta parte* se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas; será, contudo, de *metade* se ocorrer qualquer das hipóteses relacionadas no inciso II do art. 226.

Capítulo V - Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma

de Exploração Sexual

Título do Capítulo V com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Mediação para servir a lascívia de outrem

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

— § 1º com redação determinada pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

1 Considerações preliminares

Trata-se da primeira figura das seis que compõem o Capítulo V, que contempla os crimes contra o *lenocínio e o tráfico de pessoas*, do Título VI da Parte Especial do Código Penal. *Mediação para satisfazer a lascívia de outrem*, afirma-se, que é uma hipótese de *lenocínio principal*, no qual o sujeito ativo toma a iniciativa de induzir a vítima à prostituição. Nesse sentido, o *lenocínio seria secundário* ou acessório quando a atividade realiza-se sobre uma situação precedente de prostituição ou corrupção, como, por exemplo, mantendo local para explorar a prostituição, rufianismo etc. Advirta-se, preliminarmente, que referidos crimes estão na contramão da evolução social, e perderam seu sentido ante a evolução dos hábitos e da moral sexual nas últimas décadas.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual, objetivando, particularmente, evitar o incremento e o desenvolvimento da prostituição. *Lenocínio* significa prestar assistência ou auxiliar à vida libertina de outrem, ou dela tirar proveito. Em um sentido mais abrangente, lenocínio abarca o *proxenetismo* (mediação para satisfazer a lascívia de outrem), o *favorecimento à prostituição* e o rufianismo e, inclusive, o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. O lenocínio, enfim, é um dos crimes mais degradantes, que acompanha a civilização ao longo de toda a sua história ao longo dos séculos. Nesse sentido, Heleno Fragoso, com maestria, já denunciava a torpeza que a prática do *lenocínio* encerra, nos seguintes termos: "O lenocínio inscreve-se entre os mais torpes dos crimes, ofendendo a moral pública e os bons costumes. Visa a lei penal, com a incriminação das ações previstas neste capítulo, proteger a moral pública sexual, tendo em vista, especialmente, o interesse em evitar-se o incremento e o desenvolvimento da prostituição, bem como a corrupção moral que em torno dela se exerce" (Heleno Claudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*..., p. 53).

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, sem nenhuma condição especial. Eventual qualidade especial do agente em relação à vítima (ascendente, descendente, tutor etc.) qualifica o crime. *Sujeito passivo*, igualmente, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, não se exigindo que se trate de menor. Na verdade, a menoridade, quando existir, qualificará o crime, nos termos do § 1º. Trata-se de crime que, necessariamente, exige a participação efetiva do sujeito passivo, que, no entanto, não é punido. Pode ser tanto do sexo masculino quanto do feminino, pois a lei não os distingue; pessoas de ambos os sexos podem ser induzidas a satisfazer a lascívia alheia.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada consiste em *induzir*, isto é, persuadir, aliciar, levar alguém a satisfazer a lascívia de outrem. *Outrem* deve ser pessoa determinada, de qualquer sexo, caso contrário constituiria o crime do art. 228. A finalidade do induzimento é satisfazer a lascívia de outrem, através de qualquer prática libidinosa. A *lascívia* a ser satisfeita deve ser a de

outrem, e não a própria. No entanto, nada impede que o ato seja praticado pelo próprio agente, limitando-se o terceiro a presenciá-lo. O artigo não exige que se trate de determinado indivíduo. Podem ser até vários, a cuja lascívia o sujeito passivo se prestará na mesma ação. O que se exige é que as pessoas sejam certas, pois, se o induzimento se referir a número indeterminado, vago e impreciso de indivíduos, o crime passa a ser o do artigo seguinte: favorecimento da prostituição.

4.1 Desnecessidade de habitualidade ou venalidade

Para que haja *induzimento* de alguém a satisfazer a lascívia de outrem é necessário que tenham ocorrido promessas, dádivas ou súplicas. A meretriz não pode ser tida como vítima do delito previsto no art. 227 do CP, pois não é *induzida*, mas se presta, voluntariamente, à lascívia de outrem.

Aquele que se serve da ação criminosa, isto é, que se aproveita da vítima para satisfazer sua lascívia, não é coautor do crime, pois a finalidade exigida pelo tipo é satisfazer a lascívia de *outrem*, e não a própria. Não se exige para a tipificação do crime nem *habitualidade* nem *venalidade*.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de levar a vítima a praticar ação que objetive a satisfazer a lascívia de outrem. Não vemos no conteúdo típico descritivo a existência de *elemento subjetivo especial do tipo*, representado por alguma finalidade, salvo o fim de lucro. Se o agente for movido por esse fim mercenário, a pena de prisão será acrescida da pena de multa. A existência de qualquer outra finalidade será irrelevante.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a efetiva satisfação da luxúria alheia, independentemente de a outra pessoa atingir o “gozo genésico”. O crime se consuma, afirmava Fragoso, “com a efetiva prática de qualquer ato que importe na satisfação da lascívia de terceiro, a quem a mediação favoreça. Não se exclui, portanto, que se trate de ato praticado pelo próprio agente, limitando-se o terceiro a presenciá-lo” (Heleno Claudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*..., p. 55). Admite-se a tentativa, embora, teoricamente, difícil seja sua constatação. Exige-se muita cautela para não incriminar qualquer

palavra como tipificadora do delito tentado. Em outros termos, recomenda-se que se observe a idoneidade do ato praticado para o induzimento da vítima, ou seja, ato que seja capaz de levá-la a satisfazer a lascívia de outrem.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *material* (para consumar-se exige, como resultado, a efetiva satisfação da lascívia de outrem); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma escolhida pelo agente); *comissivo* (as ações representadas pelos verbos nucleares implicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por apenas um agente); *plurissubsistente* (como a habitualidade implica a reiteração de atos, a conduta é necessariamente composta de uma variedade de atos distintos); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência).

8 Formas qualificadas

Há quatro hipóteses que qualificam o crime: a) *a menoridade da vítima* (§ 1º, 1ª parte); b) *a autoridade do agente* (§ 1º, 2ª parte); c) *a violência, grave ameaça ou fraude* (§ 2º); d) *o fim de lucro* (§ 3º). Se a vítima for maior de quatorze e menor de dezoito anos, a pena será de reclusão, de dois a cinco anos. Se for menor de quatorze anos, haverá presunção de violência, por disposição do art. 232 (§ 1º, 1ª parte). Se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem a vítima esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda, a pena é de reclusão, de dois a cinco anos. Esse dispositivo não inclui a esposa, somente o marido. Nesse § 1º, 2ª parte, o legislador simplesmente substituiu a expressão “marido” por “cônjuge ou companheiro”. Se há emprego de violência (*vis corporalis*), grave ameaça (*vis compulsiva*) ou fraude (ardil, artifício), a pena será de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. Essa previsão abrange a violência presumida (art. 224), por força do art. 232 (§ 2º). Se o agente for movido pelo fim de lucro, além da pena de prisão prevista, aplicar-se-á também a de multa, por constituir o *lenocínio mercenário* crime mais grave, em razão de sua maior torpeza (§ 3º).

9 Concurso com crimes praticados com violência

O preceito secundário da norma penal em exame comina "pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, *além da pena correspondente à violência*". Discordamos radicalmente do entendimento doutrinário sustentado inclusive por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 31), segundo o qual *essa previsão legal* estaria reconhecendo expressamente o *concurso material* (entre a mediação para servir a lascívia de outrem e o resultado da violência que constituir em si mesmo crime).

O questionamento é inevitável: afinal, dispositivos como esse (há uma grande quantidade deles com redação semelhante) estariam dando *nova definição* ao "concurso material" ou se limitam a *cominar a soma de penas*, adotando o sistema do *cúmulo material* quando o crime que definem é praticado com "violência tipificada", isto é, em si mesmo crime? Com efeito, o que caracteriza o *concurso material* de crimes não é a *soma* ou *cumulação de penas*, como prevê o dispositivo em exame, mas a *pluralidade de condutas*, pois, no *concurso formal impróprio*, isto é, naquele cuja conduta única produz dois ou mais crimes, resultantes de *desígnios autônomos*, as penas também são aplicadas *cumulativamente*. Ora, esse comando legal — determinando a aplicação cumulativa de penas — não autorizou o intérprete a confundir o concurso formal impróprio com o concurso material. Na verdade, *concurso de crimes* e *sistema de aplicação de penas* são institutos inconfundíveis; o primeiro relaciona-se à teoria do delito e o segundo à teoria da pena, por isso a confusão é injustificável.

9.1 Sistema do cúmulo material de penas

Concluindo, a *cominação cumulativa* com a pena correspondente à *violência* não criou uma espécie *sui generis* de concurso material, mas adotou tão somente o *sistema do cúmulo material* de aplicação de penas, a exemplo do que fez em relação ao *concurso formal impróprio* (art. 70, 2ª parte). Assim, quando a *violência* empregada na prática de crime de lenocínio e tráfico de mulheres constituir em si mesma outro crime, havendo unidade de ação e pluralidade de crimes, estaremos diante de *concurso formal* de crimes (Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, vol. 1, p. 680). Aplica-se, no entanto, por expressa determinação legal, o sistema de

aplicação de pena do *cúmulo material*, independentemente da existência ou não de "desígnios autônomos". A *aplicação cumulativa de penas*, mesmo sem a presença de "desígnios autônomos", constitui exceção da aplicação de penas prevista para o *concurso formal impróprio*.

9.2 Possibilidade e concurso material

No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material*, como acontece com quaisquer outras infrações penais, dos delitos definidos neste capítulo do Código Penal com outros *crimes violentos*, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de *unidade de ação ou omissão*, caracterizadora do concurso formal. Esse entendimento aplica-se também às previsões constantes dos arts. 228, 230 e 231 deste Código.

10 Pena e ação penal

Reclusão, de um a três anos, na modalidade simples. As figuras qualificadas recebem três graus de sanções diferentes: nas figuras do § 1º, a reclusão é de dois a cinco anos; na figura do § 2º, é de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência; e na do § 3º se aplica também multa. A ação penal é pública *incondicionada*, não dependendo, por conseguinte, da manifestação da vontade do ofendido.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

— *Caput* e § 1º com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

O falso moralismo impediu o legislador contemporâneo de excluir do ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal completamente superado e absolutamente desacreditado, em razão de sua (praticamente) inaplicabilidade ao longo de quase sete décadas de vigência. Contraditoriamente, para um legislador que pretende proteger a *liberdade sexual individual*, que é a finalidade que este texto se autoatribui (Lei n. 12.015/2009), criminaliza, ao mesmo tempo, o *exercício dessa liberdade*. Com efeito, tratando-se de *prostituição* entre adultos, sem violência ou grave ameaça, temos dificuldade em aceitar que o legislador infraconstitucional tenha legitimidade para criminalizar exatamente o *exercício livre da sexualidade* de cada um (art. 5º, X e XLI). Nesse sentido, sentencia Luiz Flávio Gomes: "Enquanto de adulto se trate, cada um dá à sua vida sexual o rumo que bem entender. O plano moral não pode ser confundido com o plano jurídico. O Estado não tem o direito de instrumentalizar as pessoas (como dizia Kant) para impor uma determinada orientação moral ou sexual" (Crimes contra a dignidade sexual e outras reformas penais, in <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>.

A rigor, pode-se afirmar, não houve mudanças significativas em relação ao conteúdo da redação anterior do mesmo dispositivo legal, além de incluir no *caput* o verbo "facilitar", e o elemento normativo analógico à prostituição, ou seja, "ou outra forma de exploração sexual". Abandonou-se, ainda, a referência à figura qualificada constante do art. 227, § 1º, para adotá-la de maneira expressa e específica.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é, como na figura anteriormente examinada, a moralidade pública sexual, objetivando, particularmente, evitar o incremento e o desenvolvimento da prostituição. A prostituição, que não é crime, é outro comportamento humano degradante e, embora lícita, é moralmente censurável, que, com o passar dos séculos, a sociedade também não conseguiu eliminar. Incrimina-se, em verdade, o favorecimento ou a exploração da prostituição, que, em si mesma, não é crime.

A pretexto de proteger, o legislador invade a *liberdade sexual* do cidadão, assegurada constitucionalmente, e, pretendendo regular o *exercício dessa liberdade*, confunde moral com direito, esquecendo-se do processo secularizador implantado no final do século XVIII, que separou crime e pecado, moral e direito. Nesse sentido, é absolutamente procedente a advertência de Nucci, nos seguintes termos: “Espera-se do Judiciário a posição de guardião dos ditames constitucionais, particularmente o direito à intimidade e à vida privada, não se podendo invadir o cenário do relacionamento sexual entre adultos” (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 75).

3 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, sem nenhuma condição especial, tratando-se, por conseguinte, de crime comum. A única exigência é a tradicional para todas as infrações penais, qual seja, que se trate de indivíduo imputável.

4 Sujeito passivo

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, contemplando inclusive a pederastia, que também é uma forma de prostituição. Ainda se polemiza sobre a admissibilidade de funcionar como sujeito passivo dessa infração penal pessoa já *prostituída*, embora a melhor jurisprudência esteja se consolidando no sentido de afastá-la. Com efeito, não há sentido algum em *induzir* ou *atrair* alguém à prostituição, tratando-se de pessoas já prostituídas, levando uma vida devassa. Acreditamos, no entanto, que nas modalidades de *impedir* ou *dificultar* o seu abandono, não haja maiores dificuldades em admiti-las como sujeitos passivos, desde que

se trate de *principiantes*. Contudo, tratando-se de "profissionais" já experientes, com vivência na vida mundana, essas duas condutas apresentam-se inócuas, isto é, sem idoneidade para lesar o bem jurídico tutelado.

4.1 Homossexual como sujeito passivo

O homossexual também pode, em tese, ser sujeito passivo do crime de *favorecimento à prostituição*, pois a opção sexual é um direito constitucionalmente assegurado a todos, e o exercício dessa opção não o torna corrompido. A condição *amoral* da vítima é irrelevante para que ela receba a proteção penal da norma em exame.

5 Tipo objetivo: adequação típica

As críticas, absolutamente procedentes, a este dispositivo são praticamente unânimes na doutrina nacional, pois além de contrariar a evolução comportamental da sociedade deste início de milênio, ignora a *liberdade sexual* assegurada no texto constitucional. Nesse sentido, assevera Nucci: "Tratando-se de prostituição juvenil, o bem jurídico ganha outro tom e outra importância; porém, cuidando-se de prostituição de adulto, com clientela adulta, sem violência ou grave ameaça, não há a menor razão para a tutela penal do Estado. O tipo penal, ora mantido com poucas alterações (inócuas), continuará sem aplicação prática" (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 74).

5.1 Condutas incriminadas

O tipo penal contempla cinco condutas nucleares, tendo sido acrescentada, pela Lei n. 12.015/2009, a de "dificultar" o abandono da prostituição *lato sensu*. As primeiras duas condutas incriminadas no *caput* são (i) *induzir,* que significa suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual, convencer alguém, e (ii) *atrair,* que é incentivar, estimular, seduzir à prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Complementam o conteúdo desse dispositivo, a exemplo da previsão contida no art. 218-B, três outras modalidades de condutas, representadas pelos verbos *facilitar, impedir* e *dificultar* o abandono da prostituição ou exploração sexual. *Facilitar* é favorecer, tornar fácil, eliminar dificuldades e obstáculos à prostituição. *Facilita* quem auxilia a vítima a iniciar-se na

prostituição, ajuda-a nesse mister, arranjando-lhe “clientes”, colocando-a em pontos ou locais adequados. *Prostituição* é o exercício habitual do comércio carnal, para satisfação sexual de indeterminado número de pessoas. O que realmente *caracteriza a prostituição* é a *indeterminação de pessoas* e a *habitualidade da promiscuidade*. É irrelevante que se trate de vítima já desencaminhada para que se caracterize o crime, pois a lei tanto pune o *induzimento* ou *aliciamento* como a *facilitação*.

5.2 Condutas sedutoras

As ações de *induzir, atrair* e *facilitar* epresentam condutas que, de certa forma, seduzem, isto é, aliciam a vontade da vítima, não raro em dificuldades ou em situações carentes de oportunidades, de recursos ou de meios materiais e pessoais para aspirar sucesso na vida. Por essas razões, tornam-se presas fáceis dos “exploradores da moral alheia”, que se aproveitam de pessoas que se encontram em dificuldades dessa natureza, que ficam à mercê dos especuladores da desgraça humana, os quais procuram mostrar-lhes aspectos atraentes, induzindo-as a erro sobre seus verdadeiros objetivos.

5.3 Impedir o abandono da prostituição

Criminaliza-se, ainda, outras condutas que, ao contrário das que acabamos de examinar, não buscam atrair, de qualquer forma, a vítima para a prostituição ou exploração sexual, mas pretendem, de algum modo, inviabilizar que a abandone. Tais condutas, na verdade, pretendem manter o *status quo ante*, ou seja, *impedir* ou *dificultar* o abandono da prostituição ou exploração sexual. *Impedir* (opor-se, não deixar que desista de) que alguém a abandone, isto é, impedir que alguém com sério propósito de abandonar a prostituição a deixe, sendo insuficientes meras declarações da prostituta. Dificultar, por sua vez, é criar embaraços, atrapalhar, fazer exigências difíceis de ser cumpridas, com a finalidade de inviabilizar o abandono da prostituição pela vítima. Geralmente o *impedimento de abandono* da prostituição será por *coação econômica*, que é um dos argumentos mais eloquentes também nesse meio.

5.4 Questionável punição do impedimento

Se já é questionável criminalizar o *favorecimento da prostituição*, a situação fica ainda mais crítica ao incriminar as condutas de *impedir* ou

dificultar, sem violência ou grave ameaça (como diz Nucci, na base do argumento), que alguém prostituído a abandone, especialmente por tratar-se de pessoa maior de idade, portanto, livre para fazer suas opções de vida. Não se pode olvidar que *prostituir-se* ou exercer a prostituição não constitui crime algum. Incensurável, no particular, a procedente crítica apresentada por Nucci, que transcrevemos: "Ora, como se pretende punir alguém que convença outrem a não abandonar a prostituição pela força de palavras de convencimento? Mesmo na forma *facilitar* a prostituição alheia, soa-nos crime de configuração impossível, em face do bem jurídico tutelado, hoje a dignidade sexual. A contradição é evidente: o agente facilita a prática de ato considerado não criminoso (prostituição). A intervenção mínima não é respeitada, padecendo o tipo penal de legitimidade constitucional para ser aplicado" (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 75).

5.5 Desnecessidade de fim de lucro

Para a configuração do delito de favorecimento da prostituição não se exige o *fim de lucro*, mas, independentemente de sua existência, haverá aplicação da pena de multa, pois sua cominação é cumulativa com a de prisão prevista para o *caput*. Antes da Lei n. 12.015/2009, no entanto, somente quem, com o fim de lucro, arranjasse parceiro à mulher, por exemplo, para fins de relacionamento sexual sofria a pena de prisão cumulada com a de multa. Paradoxalmente, assim, quando se tratar de *vítima menor vulnerável* (art. 218-B), somente será aplicada a pena pecuniária se houver a finalidade de obter vantagem econômica (§ 1º). Embora o *fim de lucro* seja a regra, não é ele indispensável, uma vez que a prostituição pode ocorrer por puro vício ou depravação moral.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de *favorecimento à prostituição* é o *dolo* constituído pela *vontade consciente* de praticar qualquer das condutas descritas no tipo (induzir, facilitar, impedir ou dificultar) conducentes à prática da prostituição ou outra forma de exploração sexual. A *consciência* de todas as elementares do tipo, como elemento do dolo, deve ser *atual*, isto é, deve existir no momento em que a ação está acontecendo. O agente deve ter *plena consciência*, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer

realizar — favorecer à prostituição com qualquer das condutas descritas no tipo penal. Assim, o agente deve ter não apenas *consciência* de que pratica uma relação sexual com alguém, mas também que o faz com *menor de quatorze anos* ou com alguém portador de deficiência mental, e, além disso, deve ter *consciência* também das consequências de sua ação e dos *meios* que utiliza para executá-la.

Além desse elemento intelectual, é indispensável ainda o *elemento volitivo*, sem o qual não se pode falar em *dolo*, direto ou eventual. Em outras palavras, a *vontade* deve abranger, igualmente, a *ação* (em qualquer de suas modalidades escritas no tipo), o *resultado* (exercício da prostituição), os *meios* (de forma livre) e o *nexo causal* (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo *intelectual-volitivo* não atinge um dos componentes das ações descritas na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o *dolo* somente se completa com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal.

6.1 Desnecessidade de elemento subjetivo especial do tipo

Não vemos, nessa figura típica, a exigência de elemento subjetivo especial do injusto, a despeito de boa parte da doutrina considerá-la necessária. Admitir a necessidade de referido elemento subjetivo, para configurar essa infração penal, poderá levar à inadequação típica, quando o *favorecimento da prostituição,* em qualquer de suas modalidades, tenha sido motivado por outras razões, alheias ao suposto fim especial de satisfazer a lascívia de outrem. Em outros termos, na nossa ótica, é suficiente que o agente pratique qualquer das condutas descritas no tipo, consciente de que está favorecendo o exercício da prostituição ou impedindo o seu abandono.

Não há, por outro lado, previsão da modalidade culposa.

7 Consumação e tentativa

Para a tipificação do delito é desnecessário que a vítima se entregue à prostituição com a multiplicidade de relações carnais, pois o que se objetiva é a resolução ou deliberação da vítima de dedicar-se à prostituição, podendo caracterizar-se com frequência a estabelecimento adequado, pelo modo de vida etc. Com efeito, consuma-se com o início de uma vida de prostituição ou com seu prosseguimento, sendo desnecessário o efetivo comércio carnal

como prostituta. Na realidade, consuma-se o crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228 do CP) quando a ação do sujeito ativo produz na vítima o efeito por ele pretendido, isto é, quando levada por ele à prostituição ou é impedida de abandoná-la. Esclarece Rogério Sanches Cunha que "nas modalidades *induzir, atrair* e *facilitar* consuma-se o delito no momento em que a vítima passa a se dedicar à prostituição ou outra forma de exploração sexual, colocando-se, de forma constante, à disposição dos clientes, ainda que não tenha atendido nenhum". E — conclui Sanches Cunha — "Já na modalidade de *impedir* ou *dificultar* o abandono da exploração sexual, o crime consuma-se no momento em que a vítima delibera por deixar a atividade e o agente obsta esse intento, protraindo a consumação durante todo o período de embaraço (crime permanente)" (Rogério Sanches Cunha, *Direito Penal*, p. 269).

Admite-se, em tese, a *tentativa*, embora, em regra, difícil seja sua constatação. Recomenda-se muita cautela para não incriminar qualquer ação como tipificadora do delito tentado.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *material* (para se consumar exige, como resultado, a incorporação do estado de prostituição, absorvendo a ideia de adotar, como meio de vida, o comércio carnal, independentemente de já haver praticado algum ato sexual); *de forma livre* (pode ser praticada por qualquer meio ou forma eleita pelo agente); *instantâneo* (não há delonga entre a ação humana e o resultado, não se alongando no tempo a sua execução); *comissivo* (os verbos nucleares indicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por apenas um agente); *plurissubsistente* (normalmente esses tipos de condutas implicam a reiteração de atos distintos, desdobrando-se, por conseguinte, em vários atos); *habitual* (constitui-se de atos que, isoladamente, são penalmente irrelevantes).

9 Redefinição das formas qualificadas

Adequadamente, o texto legal abandona a adoção das qualificadoras contidas no § 1º do art. 227, redefinindo-as em seu próprio § 1º. Excluiu, no entanto, a menoridade (entre 14 e 18 anos) como uma das qualificadoras,

que é “coberta” pela previsão do art. 218-B. Excluiu, igualmente, “descendente” (pela falta de sentido lógico) e “pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”, ficando esse dispositivo com a seguinte redação: “Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (§ 1º). A pena cominada, nessas hipóteses, é de três a oito anos.

9.1 Manutenção da qualificadora relativa à violência

Foi mantida a qualificadora relativa à violência (§ 2º). Com efeito, se houver o emprego de violência (*vis corporalis*), grave ameaça (*vis compulsiva*) ou *fraude* (ardil, artifício), a pena será reclusão de quatro a dez anos (na redação anterior era de dois a oito anos), além da pena correspondente à violência. Se o agente for movido pelo fim de lucro, segundo previsão do § 3º, além da pena de prisão prevista, aplicar-se-á também a de multa, por constituir o *lenocínio mercenário* crime mais grave em razão de sua maior torpeza (§ 3º). No particular, há uma incongruência resultante da desatenção do legislador, que não lendo o texto anterior, cominou novamente a pena de multa, no *caput*, cumulativamente com a pena privativa de liberdade, ignorando a ressalva constante do § 3º que reserva essa sanção penal cumulativa para quando ficasse configurada a finalidade de lucro.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é de reclusão, de dois a cinco anos, na modalidade simples, cumulada com a pena de multa, independentemente de haver finalidade econômica. Paradoxalmente, no entanto, quando se tratar de *vítima menor vulnerável* (art. 218-B), somente será aplicada a pena pecuniária se houver a finalidade de obter vantagem econômica (§ 1º). A cominação distinta da pena de multa nos dois dispositivos criou uma situação paradoxal: no favorecimento à prostituição de adulto (art. 228), a cominação da multa está no *caput* (aplica-se sempre); quando se tratar de vítima menor (art. 218-B), a previsão consta do § 1º, aplicando-se somente se houver finalidade econômica. Ou seja, quando a vítima for maior, ocorrerá sempre a aplicação da pena de multa; quando se tratar de vítima

menor, a aplicação de multa dependerá de prova da existência de finalidade econômica.

10.1 Punição das figuras qualificadas

Pela previsão do § 1º, o crime será qualificado, com pena de reclusão de três a oito anos, "se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância". Se houver violência, grave ameaça ou fraude, a pena será de quatro a dez anos (§ 2º). Se a violência empregada na prática do crime constituir, em si mesma, outra infração penal, haverá a *cumulação de penas*, que não significa concurso material, conforme demonstramos no capítulo em que abordamos o crime de rufianismo. A ação penal é pública incondicionada, não dependendo de qualquer condição ou manifestação de quem quer que seja.

Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Distingue-se este crime — *manter estabelecimento para exploração sexual* — daquele descrito no art. 228 — *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*. Na previsão do art. 228 pretende-se coibir que o sujeito ativo *facilite* a prostituição de alguém, isto é, de pessoa certa e determinada. Ao passo que, neste art. 229, objetiva-se impedir outra forma de favorecimento à prostituição, como diz Rogério Sanches, *uma forma especial* (Rogério Sanches, *Direito Penal*, p. 270, nota n. 24), talvez a mais importante, qual seja a *manutenção de local para o exercício da*

prostituição, mas, nessa hipótese, de maneira geral e indeterminada. Com a criminalização da manutenção de *casa de prostituição* (agora estabelecimento em que ocorra exploração sexual), paradoxalmente, o legislador penal proíbe a exploração de uma atividade, que é permitida, e, confundindo *moral* com *direito*, "condena" a prostituição a realizar-se nas ruas, nos guetos, clandestinamente.

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, genericamente, como ocorre com todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do CP, é a *dignidade sexual* do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo. A proibição constante do art. 229 tem a pretensão de proteger a *moralidade sexual pública*, objetivando, particularmente, evitar ou restringir o incremento e o desenvolvimento da prostituição. A *exploração da prostituição*, no entanto, é um dos comportamentos mais degradantes e moralmente censuráveis que a civilização ao longo de sua história não conseguiu eliminar.

3 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, *homem* ou *mulher*, desde que mantenha, na condição de *proprietário* ou *gerente*, "casa do ramo", com ou sem finalidade lucrativa, embora esta esteja implícita nessa modalidade de conduta. Na verdade, exclui-se a *prostituta* que mantém o local para ela própria, e sozinha, explorar o comércio carnal, visto que o tipo penal exige que o sujeito ativo mantenha a casa para a *prostituição alheia*, e não para a própria. Entendimento contrário transforma em penalmente punível o exercício da prostituição, em autêntica *responsabilidade objetiva*, considerando-se que o *exercício da prostituição* não constitui crime. O *terceiro*, no entanto, em nome de quem o agente (ou, se preferirem, o executor) mantiver a casa de prostituição também será sujeito passivo, se tiver *ciência* de que tal atividade é exercida em seu nome.

Estão excluídos da responsabilidade penal os serviçais desses locais (camareiras, garçons, cozinheiras etc.), pois se deve punir quem tem o exercício e o controle da casa de prostituição, e, certamente, não são esses humildes trabalhadores.

4 Sujeito passivo

Sujeito passivo será sempre a *pessoa prostituída*, homem ou mulher, que permanece no local (bordel, *casa de prostituição* ou *estabelecimento de exploração sexual*), ou a ele se dirige *para fim libidinoso* (local especialmente mantido para esse fim). Adotando entendimento contrário, Guilherme de Souza Nucci argumenta que "a pessoa que se prostitui não é sujeito passivo, tendo em vista que o ato em si não é considerado *ilícito penal*, além do que ela também está ferindo os bons costumes, ao ter vida sexualmente desregrada, de modo que não pode ser vítima de sua própria liberdade de ação" (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, p. 699). Na verdade, ela não é vítima de sua própria ação — exercer a prostituição —, mas é vítima, segundo o texto legal, da *exploração* de quem mantém o local para essa finalidade, ou, melhor dito, para explorar o exercício dessa atividade.

4.1 A coletividade não é sujeito passivo dessa infração penal

Por fim, adotando um posicionamento um pouco mais crítico, não admitimos a *sociedade* como *sujeito passivo* dessa infração penal, uma vez que nem sequer se sente incomodada, ignorando praticamente esse tipo de conduta. Admitir a coletividade como sujeito passivo dessa infração penal constitui uma posição arbitrária que impõe um estado ou situação não assumida espontaneamente pela própria sociedade.

5 Casa de prostituição

Casa de prostituição, segundo a concepção tradicional, é o local em que as *prostitutas* permanecem, para o exercício do comércio carnal, à espera de seus potenciais "clientes". Embora a lei se refira, alternativamente, a "ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso", deve-se interpretar restritivamente como *outro local para encontro de prostituição*, adequando-se ao *nomen juris* do tipo penal. A finalidade libidinosa é a mesma da prostituição, que abrange todas as variações possíveis do comércio carnal, isto é, não especialidades na exploração do sexo, para incluir algumas e excluir outras.

6 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada é representada pelo verbo nuclear *manter*, que significa sustentar, conservar ou custear a antiga casa de prostituição, *modernizada*, pela Lei n. 12.015/2009, para "estabelecimento em que ocorra exploração sexual". Em outros termos, o crime consiste em *manter* esses locais — seja sob a terminologia tradicional (casa de prostituição), seja com o neologismo "estabelecimento onde ocorra exploração sexual" —, explorá-los ou dirigi-los, exatamente para o fim mencionado no tipo penal, qual seja, para que "ocorra exploração sexual". Aliás, além de haver esquecido o *nomen juris* da infração penal, a única "grande mudança" no texto legal desse dispositivo foi substituir "casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso" por "estabelecimento em que ocorra exploração sexual". Na realidade, pode-se afirmar, como diria um famoso dirigente esportivo, mudou-se para continuar tudo igual, ou seja, nada mudou! Em outros termos, *mudou-se o rótulo, mas a* substância *é a mesma*.

6.1 Exploração sexual: sentido e alcance

A grande questão passa a ser, afinal, qual o sentido que o legislador quis atribuir à expressão *exploração sexual*, em substituição à milenar "prostituição", ou, se preferirem, "casa de prostituição". Como destaca Luiz Flávio Gomes, "o comércio que tem como objeto o sexo privado (entre maiores), que conta com conotação positiva (em razão da segurança da higiene etc.), não é a mesma coisa que exploração sexual (que tem conotação negativa e aproveitamento, fruição de uma debilidade etc.)" (Luiz Flávio Gomes, em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>).

O legislador abusou da utilização da expressão *exploração sexual*, empregando-a em múltiplos sentidos (arts. 218-B, 228, 229, 231, 231-A), embora não tenha declinado com alguma clareza qual o significado que lhe atribui em cada hipótese. Pelo menos, neste art. 229, emprega a expressão *exploração sexual* com o significado de prostituição, e esta não mudou seu sentido ao longo dos últimos dois milênios. Aliás, parece-nos que Nucci tem essa mesma compreensão do significado de exploração sexual, para fins do art. 229 (Guilherme Nucci. *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 79: "... que determinada casa, além de bar, sauna, motel etc., é lugar destinado à exploração sexual, considerada esta a prostituição e outras

formas fraudulentas de obtenção de sexo” (grifamos)).

6.2 Crime habitual

Manter implica a ideia de *habitualidade*, que não deve ser confundida com *permanência*. São desnecessários o *fim de lucro* e a *mediação direta* do proprietário ou gerente, segundo elementar expressa, que constitui característica negativa da constituição tipológica. A tipificação desse delito exige prova da *habitualidade*. O verbo “manter” implica a ideia de continuidade, de reiteração, da repetição da mesma ação, que não se confunde com *permanência*, cuja ação única alonga-se no tempo. Não haverá crime, portanto, por inadequação da tipicidade, se não houver prova da reiteração.

6.3 A tolerância das autoridades

Por fim, a eventual tolerância das autoridades ou a indiferença na repressão criminal, bem como o pretenso *desuso*, não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como *causa de exclusão da tipicidade*. A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de desvirtuada atuação das autoridades constituídas (art. 2º, *caput*, da LINDB). Na realidade, a evidente inaplicabilidade ou inefetividade da proibição constante do tipo *sub examen* demonstra o grande equívoco na tipificação dessa conduta, que ora se repete com a Lei n. 12.015/2009.

7 Natureza e finalidade do “estabelecimento”

Há dois aspectos indispensáveis para se poder caracterizar determinado local (casa de prostituição ou estabelecimento em que possa ocorrer exploração sexual) como destinado à prostituição ou exploração sexual: (i) a natureza do local e (ii) a sua finalidade exclusiva (ou, no mínimo, preponderante). Com efeito, a *prostituição*, desde os primórdios da civilização humana, sempre existiu e, sem dúvida, pode-se afirmar com segurança, uma de suas características sempre foi a *clandestinidade*, e, por essa razão, os locais de suas instalações ou explorações nunca primaram pela transparência, legalidade e oficialidade. Os *prostituídos*, ou melhor, as *prostituídas* (não quer dizer que não houvesse prostituídos, apenas eram enrustidos) sempre foram marginalizadas, e eram constrangidas a buscar

locais afastados, velhos, pobres, insalubres e anti-higiênicos, conquistando os adjetivos pejorativos de *prostíbulos*, *bordéis* ou *lupanários*. E, finalmente, considerando a concentração desses locais em determinadas áreas suburbanas, passou-se a denominá-las "zona do meretrício", embora ainda sejam discriminadas, mas já menos excluídas.

7.1 Migração dos prostíbulos para a zona urbana

É bem verdade que a evolução dos tempos, o crescimento das cidades e a liberalidade dos costumes permitiram e até facilitaram a migração desses "prostíbulos" para regiões menos excluídas das cidades, pelo menos, na zona urbana. Esses locais, por outro lado, ganharam em qualidade, higiene e até em luxo, mas não perderam a sua natureza, qual seja de concentração de mulheres dispostas a comercializar, clandestinamente, o próprio corpo, fazendo dessa atividade o seu meio de vida. Sintetizando, esses ambientes, independentemente da denominação que se lhe atribua — *casa de prostituição* ou *estabelecimento de exploração sexual* —, serão sempre o *local de encontro de pessoas em busca do prazer e da satisfação sexual*. Essa é a sua natureza.

7.2 Finalidade específica do local: exploração sexual

Por outro lado, é fundamental que se identifique com clareza e precisão a *finalidade* do local, isto é, do prostíbulo ou bordel, ou, se preferirem, a nova terminologia, "estabelecimento em que ocorra exploração sexual". Essa *finalidade* deve, necessariamente, ser exclusiva e específica, isto é, *deve tratar-se de local de encontros para a prática de libidinagem ou comércio da satisfação carnal*, em outras palavras, para o *exercício da prostituição* ou, na linguagem do atual texto legal, de exploração sexual.

7.3 Hotéis e motéis de alta rotatividade: inadequação típica

Acreditamos que o legislador pretendeu exatamente o contrário, isto é, afastar a polêmica instalada sobre a possibilidade de esses estabelecimentos também poderem ser interpretados como locais de prostituição, usando para isso, inclusive, uma expressão mais forte, qual seja exploração sexual. A finalidade, sabemos todos, de tais estabelecimentos (hotéis, motéis, restaurantes etc.), como regra, é outra, bem diferente, qual seja explorar o comércio de hospedagem e alimentação, faltando-lhes o *fim específico de explorar a prostituição*. Nesse sentido, muito pertinente a crítica de Luiz

Flávio Gomes: “No que diz respeito ao delito do art. 229 do CP (casa de prostituição), a melhor interpretação é a restritiva, ou seja, desde que o ato sexual envolva maiores, não há que se vislumbrar qualquer tipo de crime nas casas destinadas aos encontros sexuais” (Luiz Flávio Gomes, em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>). Por todas essas razões, consideramos que eventuais encontros, ainda que frequentes, para satisfazer a lascívia em hotéis, motéis ou restaurantes não tipificam a conduta descrita no art. 229.

7.4 Manutenção de hotéis e motéis: inadequação típica

Havia, mesmo antes da Lei n. 12.015/2009, profunda divergência sobre o fato de hotéis licenciados pela polícia e casas mantidas em zonas de meretrício, inclusive pagando impostos e taxas, constituírem ou não esse crime. Há decisões inadmitindo as conhecidas “casas de massagem”, banhos ou duchas como lugar destinado à prostituição, a despeito de “disfarçarem” a prática do comércio sexual. Estão *excluídos* (já estavam e continuam), na verdade, atualmente, dessa definição os “motéis” ou “hotéis de alta rotatividade”, destinados a encontros de namorados, amantes ou companheiros, cônjuges, enfim, casais, *para fins libidinosos*, que não se confundem com prostituição. A *praxis* tem comprovado que, em regra, ninguém se dirige a um “motel” com uma prostituta; e lá tampouco existe alguma à espera do “freguês”. Em tese, esses locais destinam-se a receber toda espécie de hóspedes, geralmente para fins libidinosos, mas sem que isso implique o comércio carnal.

7.5 Bar e ginástica: inadequação típica

Para a configuração do delito do art. 229 do Código Penal, em se tratando de comércio relativo a bar, ginástica etc., é necessária a transformação do estabelecimento em local exclusivo de prostituição. É incensurável, no particular, a conclusão de Nucci, quando destaca: “De todo modo, é preciso provar que o agente responsável pelo estabelecimento somente o mantém com essa finalidade: facilitação da prostituição. Se o objetivo da casa é diverso, como, por exemplo, oferecer hospedagem (tal como se dá com hotéis e motéis), não há que se falar no delito do art. 229” (Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 82).

8 Consentimento do ofendido e exclusão da antijuridicidade

Todas as pessoas maiores têm o direito e a liberdade de orientarem sua vida sexual da forma como quiserem, inclusive de se prostituírem; podem exercer sua sexualidade, satisfazer seus instintos e fantasias sexuais livremente, desde que não violem direitos de terceiros, especialmente de menores. Nesse sentido, é o magistério de Luiz Flávio Gomes: “As pessoas maiores contam com a liberdade de darem à sua vida sexual a orientação que quiserem. Podem se prostituir, podem vender o prazer sexual ou carnal, podem se exibir de forma privada etc. Só não podem afetar direitos de terceiros (nem muito menos envolver menores)” (Luiz Flávio Gomes, em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>). Por isso, apesar dos *falsos moralismos*, ao longo dos séculos, desde Maria Madalena, o *exercício da prostituição* continua sendo uma atividade lícita (embora moralmente questionável), a despeito da existência de rufiões e proxenetas, aliás, estes e somente estes é que devem ser criminalizados pela exploração ilícita que fazem das pessoas prostituídas.

8.1 Tolerância da sociedade com o exercício da prostituição

Com efeito, a sociedade, ao longo dos tempos, não só convive como entende, tolera e aceita não apenas a prostituição como também as próprias prostitutas, que convivem normalmente no meio social. Razões as mais variadas podem levar alguém a *prostituir-se*, inclusive, a falta de opção para sobreviver, embora não interesse aqui questionar esses fundamentos, mas apenas destacar o direito de as pessoas direcionarem sua sexualidade como melhor lhes aprouver. Aliás, ao longo de mais de vinte e cinco anos de magistério superior tivemos, como nossas alunas, inúmeras meninas que mantinham seus estudos trabalhando como “garotas de programa”, e nem por isso eram piores ou diferentes das demais. Certamente, não era uma simples opção de vida, mas imperiosa necessidade para manterem-se na universidade.

8.2 Local adequado para o exercício da prostituição

Nem todas podem *exercer a prostituição* com a comodidade de uma “garota de programa”; necessitam de um local adequado, de preferência o melhor lugar possível. Por essa razão, basicamente, as prostitutas procuram, batalham, lutam para ser aceitas nas denominadas “casas de prostituição”

ou “estabelecimentos em que ocorra exploração sexual”. Em outros termos, lutam, prostituem-se, sobrevivem nesses locais, por vontade própria, livremente, sem coação ou imposição de natureza alguma, ou seja, consentem em trabalhar e até viver (muitas delas) nesses “locais” destinados a prostituição, atos de libidinagem ou exploração sexual, como quer o atual legislador.

8.3 Prostituição: exercício de atividade lícita

A *prostituição* e, consequentemente, seu *exercício* são uma atividade lícita, permitida e aceita pela sociedade não hipócrita (os hipócritas fazem que censuram). Como a *liberdade sexual* é um direito de todos, e a prostituição não só não é crime como é permitida, isto é, lícita, a sua proteção penal dirige-se a um *bem jurídico disponível*, seja qual for a concepção que se tenha sobre o tema. Enfim, estamos chegando no ponto que queríamos chegar, qual seja *examinar os efeitos do* “consentimento do ofendido” em se deixar *explorar* em estabelecimento em que pode ocorrer (a lei fala em que *ocorra*) “exploração sexual”. Vejamos a seguir.

8.4 Efeitos do consentimento da ofendida

Para *exercerem a prostituição* as prostitutas *consentem*, livremente, em praticá-la em locais adequados, como são as denominadas “casas de prostituição” ou, atualmente, os “estabelecimentos em que ocorra exploração sexual”. Em outros termos, a *conduta* dos proprietários, gerentes ou responsáveis por esses “estabelecimentos” até pode ser típica, mas não será antijurídica, se ficar demonstrado o *consentimento das supostas ofendidas*. Nessa linha, complementa Luiz Flávio Gomes: “As pessoas maiores frequentam essas casas se quiserem (e quando quiserem). São livres para isso. Nos parece um absurdo processar o dono de um motel ou de uma casa de prostituição, que é frequentada exclusivamente por pessoas maiores de idade” (Luiz Flávio Gomes, em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>). Pois, a utilização desse recurso dogmático — *consentimento do ofendido* — impede que esse absurdo de que fala Luiz Flávio Gomes se concretize.

9 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo*, representado pela vontade consciente de manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou, na nova terminologia, estabelecimento em que ocorra exploração sexual. É indispensável que o agente tenha conhecimento dessa destinação específica do estabelecimento para que se configure o dolo. Exige igualmente necessária a presença do elemento subjetivo especial do tipo, isto é, pelo *especial fim* de manter local destinado à finalidade libidinosa. Contudo, não nos parece que seja possível admitir como especial fim do tipo a "vontade de satisfazer o prazer sexual alheio através da manutenção de um lugar" (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, p. 699).

10 Consumação do crime

Consuma-se com a manutenção de *estabelecimentos em que ocorra exploração sexual*, enfim, com a manutenção de local destinado a encontros libidinosos, que o legislador passou a denominar *exploração sexual*. Esse crime é *habitual*, exigindo a prática reiterada do mesmo comportamento para caracterizá-lo, não podendo ser confundido com crime permanente. Tratando-se de *crime habitual*, por certo, a prática de um ou outro encontro "amoroso" é insuficiente para consumar o delito, cuja tipificação exige a prática repetida de condutas que, isoladamente, constituem um indiferente penal. Aliás, a descrição anterior desse tipo penal referia-se a "encontros", no plural, que deixava clara a necessidade de uma pluralidade de encontros para, no mínimo, atender a essa elementar típica.

11 Figura tentada

Como *crime habitual*, não admite tentativa. Discordamos, nesse particular, do entendimento de Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 747), quando sustenta que a realização de um único encontro configura a forma tentada desse crime habitual, pela singela razão de que crime habitual não admite tentativa. Nesse sentido, merece destaque a lição de Nucci, que subscrevemos integralmente: "mantemos a nossa posição de ser juridicamente impossível a prisão em flagrante no caso do art. 229. Com a nova redação, há maior razão para se afastar essa atitude estatal. Além de se exigir *prova da habitualidade*, o que demanda tempo, algo incompatível

com o flagrante, pode ser exigível *prova de existência da exploração sexual* (prática de qualquer crime sexual envolvendo esse estado)" (*Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 82-3).

12 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *formal* (para consumar-se não exige, como resultado, a efetiva degradação da moral sexual; em sentido contrário posiciona-se Nucci (*Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 81), sustentando tratar-se de crime *material*, que exigiria a efetiva exploração sexual); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma); *comissivo* ("manter" implica ação positiva do agente); *unissubjetivo* (pode ser praticado por apenas um agente, o que não inviabiliza a possibilidade do concurso de pessoas); *plurissubsistente* (como a habitualidade implica a reiteração de atos, a conduta é necessariamente composta de uma variedade de atos distintos); *habitual* (constitui-se de atos que, isoladamente, são penalmente irrelevantes).

13 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a cinco anos, e multa, por razão óbvia: a atividade incriminada visa, quase sempre, a obtenção de lucro. A ação penal é *pública incondicionada*, não dependendo da iniciativa de quem quer que seja. Contudo, a despeito da obrigatoriedade da ação penal, as *casas de prostituição* ou, na nova terminologia, estabelecimentos em que ocorra exploração sexual, continuam proliferando em todo o País.

Rufianismo

Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta,

irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

— Redação dos parágrafos determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Procurando compensar, de certa forma, o abandono dos *prostituídos*, o legislador, neste dispositivo, dispensa-lhes certa atenção, buscando protegê-los daqueles que os exploram direta ou indiretamente, conhecidos como rufiões. Neste crime, o legislador, por meio da Lei n. 12.015/2009, limitou-se a *alterar* o conteúdo das qualificadoras, sem, contudo, modificar as respectivas cominações penais, esquecendo-se, apenas, da pena de multa para as hipóteses do § 2º. Aproveitou, no entanto, para incluir às qualificadoras do crime a utilização de fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a moralidade sexual na medida em que o rufianismo é modalidade do lenocínio consistente em viver à custa da *prostituição alheia*. A proibição constante do art. 230 objetiva, particularmente, evitar ou restringir a exploração da prostituição, que é um dos comportamentos mais degradantes e moralmente censuráveis; no entanto, a despeito de sua criminalização, a sociedade, ao longo de toda a sua história, não conseguiu eliminar. O rufião explora as mulheres que fazem da prostituição seu meio de vida, incentivando, consequentemente, o comércio sexual.

O bem jurídico protegido, genericamente, como ocorre com todos os

crimes constantes do Título VI da Parte Especial do CP, é a *dignidade sexual* do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo.

3 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora, em regra, este crime seja praticado por homem, popularmente conhecido como rufião ou cafetão; nada impede, contudo, que mulher também o pratique, sendo ou não meretriz, podendo, igualmente, viver da exploração de quem exerce a prostituição. Essa possibilidade não deixa de fazer parte da conquista feminina, para o bem e para o mal, da igualdade de tratamento.

4 Sujeito passivo

Sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa, homem ou mulher, que exerça a prostituição, e seja explorado pela figura do rufião. Há uma certa hipocrisia em defender, ainda que, mediatamente, o corpo social ou a coletividade como *sujeito passivo* desse tipo de infração penal, considerando-se que, a rigor, a sociedade mostra-se indiferente com a existência, destino ou "moralidade" da prostituição. Por esse motivo, na nossa ótica, não há mais razão de ser em considerar a sociedade como sujeito passivo mediato dos crimes de *favorecimento da prostituição, casa de prostituição* e *rufianismo*.

5 Tipo objetivo: adequação típica

Configura o crime de *rufianismo* fazer-se alguém sustentar, no todo ou em parte, por prostituta, participando, habitualmente, do lucro auferido da prostituição, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça. A ação tipificada é *tirar proveito* da prostituição alheia, isto é, *auferir vantagem*, aproveitar-se economicamente de pessoa que a exerça. Há duas modalidades de aproveitar-se: a) *participando diretamente dos lucros*; b) *fazendo-se sustentar por quem exerça a prostituição*. Na primeira hipótese, o agente participa dos lucros como verdadeiro *sócio* da prostituta. A participação nos lucros deve ser direta, não configurando a venda de bebidas ou o recebimento de aluguéis, por exemplo; na segunda hipótese — fazer-se sustentar —, o rufião é mantido por ela, completa ou parcialmente, sem uma participação mais efetiva e mais clara nos lucros auferidos.

5.1 Somente a prostituição alheia

Prostituição alheia significa, em primeiro lugar, que se trata de prostituição exercida por outrem, e não pelo sujeito ativo do rufianismo; e, em segundo lugar, que deve tratar-se efetivamente de *prostituta*, e não simplesmente de mulher que vive às expensas de amantes determinados, eventuais ou temporários, ou seja, mulher que, digamos, explora um aqui, outro ali, mas, enfim, um número relativamente determinado de parceiros. Exigência primeira, isto é, fundamental para a caracterização do delito do art. 230 do Código Penal é a demonstração da *condição de prostituta da vítima*, isto é, de que se trata de mulher que comercializa o sexo como meio de vida, da qual o rufião se aproveita.

5.2 Consentimento da vítima

O *consentimento da vítima*, segundo corrente majoritária, é irrelevante, considerando-se que a proteção penal se exerce igualmente em relação *à moralidade pública*, e não apenas somente em relação à vítima (entendimento com o qual não concordamos), pois *não reconhecemos a coletividade como sujeito passivo mediato*. Por isso, segundo esse entendimento, também é indiferente que a prostituta ofereça espontaneamente ao rufião essa possibilidade. Essa interpretação reconhece que se trata de *bem jurídico indisponível*, além de admitir que a vítima, via de regra, encontra-se em situação fragilizada, não dispondo das condições ideais para manifestar e exercer livremente a sua vontade, ou, no mínimo, sendo de difícil comprovação.

5.3 Necessidade da característica da habitualidade

Nas duas modalidades de condutas — *tirar proveito* ou *fazendo-se sustentar* —, é indispensável a característica da *habitualidade*. Pressupõe-se habitual e direta participação nos ganhos o habitual sustento, total ou parcial, do agente pela prostituta (ou "prostituto"). A simples *vantagem ocasional* ou o *recebimento eventual* de um presente ou outro, ou alguma ajuda esporádica, não tipificam esse delito.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, que se fundamenta na vontade consciente de tirar proveito da prostituição alheia ou de sustentar-se dela.

Não concordamos com parte da doutrina, que exige, nesta infração penal, o especial fim de agir. Endossamos, nesse particular, o magistério de Paulo José da Costa Jr., quando afirma que, “apesar de aquele que desfruta da meretriz estar concorrendo de certa forma para a satisfação da lascívia de terceiro, não é essa a finalidade perseguida pelo agente. O crime dispensa, assim, para o seu aperfeiçoamento, a presença do dolo específico” (*Código Penal Comentado*, p. 750).

7 Consumação do crime habitual

Consuma-se com a prática reiterada, com *habitualidade*, de uma das condutas descritas no tipo penal, isto é, quando o agente (rufião) passa a participar dos lucros, ou a ser sustentado por quem exerce a prostituição. Convém destacar que não se confunde com crime *permanente*, cuja execução de ação única alonga-se no tempo, permitindo a prisão em flagrante. Não é o caso do *rufianismo*, que se caracteriza pela repetição de condutas várias que, isoladamente, constituem um indiferente penal; somente sua repetição sistemática é que acaba configurando o tipo penal que ora se examina. No particular, concordamos com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, que também o reconhece como crime habitual (*Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 86).

7.1 Figura tentada

Como crime *habitual*, que diríamos próprio, a tentativa é juridicamente inadmissível, já que somente a prática reiterada de vários atos pode tipificar o crime de rufianismo. A simples vantagem ocasional ou o recebimento eventual de um mimo, um auxílio eventual, repetindo, não tipificam essa infração penal.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *formal* (para consumar-se não exige, como resultado, a efetiva degradação da moral sexual); *de forma livre* (pode ser praticada por qualquer meio ou forma escolhido pelo agente); *comissivo* (ambas condutas implicam ação positiva do sujeito ativo); *unissubjetivo* (pode ser praticado por apenas um indivíduo); *plurissubsistente* (como a habitualidade implica a repetição de atos, a conduta é necessariamente

composta de uma variedade deles); *habitual* (constitui-se de atos que, isoladamente, são penalmente irrelevantes). Tratando-se de crime habitual próprio não admite tentativa.

9 Formas qualificadas

A Lei n. 12.015 suprimiu o texto anterior do § 1º, que remetia à previsão do art. 227, § 1º, redefinindo e ampliando as hipóteses qualificadoras (como já o fizera no art. 228, § 1º). Com efeito, a nova qualificadora prevê as seguintes hipóteses: se a vítima é menor de dezoito e maior de catorze anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Qualifica, igualmente, o crime o eventual emprego de violência, física ou moral, *fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima* (§ 2º). Antes da Lei n. 12.015, era prevista somente a violência como qualificadora, neste parágrafo.

9.1 Nova definição (?) de concurso material de crimes

A previsão da qualificadora decorrente de violência tem a pena cominada "sem prejuízo da pena correspondente à violência" (§ 2º). Certamente, a essa previsão legal não corresponde uma nova definição de concurso material de crimes, cuja sede reside no art. 69. Com efeito, o que caracteriza o *concurso material* de crimes não é a soma ou cumulação de penas, como prevê o dispositivo em exame, mas a *pluralidade de condutas*, pois no *concurso formal impróprio*, isto é, naquele cuja conduta única produz dois ou mais crimes, resultantes de *desígnios autônomos*, as penas também são aplicadas *cumulativamente*. Ora, esse comando legal — art. 230, § 2º —, determinando a *aplicação cumulativa de penas*, não autorizou o intérprete a confundir o concurso formal impróprio com o concurso material. Na verdade, *concurso de crimes* e *sistema de aplicação de penas* são institutos inconfundíveis; o primeiro relaciona-se à teoria do delito, e o segundo à teoria da pena, por isso a confusão é injustificável.

9.2 Sistema de cumulação material de crime

Quando a *violência* empregada na prática do crime de constrangimento

ilegal constituir em si mesma outro crime, havendo *unidade de ação* e *pluralidade de crimes*, estaremos diante de concurso formal de crimes. Emprega-se, nesse caso, por expressa determinação legal, o sistema de aplicação de pena do *cúmulo material*, independentemente da existência ou não de "desígnios autônomos". A *aplicação cumulativa de penas*, mesmo sem a presença de "desígnios autônomos", constitui uma exceção da aplicação de penas prevista para o concurso formal impróprio. No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material*, como acontece com quaisquer outras infrações penais, do crime de constrangimento ilegal com outros crimes violentos, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de unidade de ação ou omissão, caracterizadora do concurso formal.

10 Pena e ação penal

As penas cominadas para as condutas descritas no *caput*, cumulativamente, são reclusão, de um a quatro anos, e multa. Para as hipóteses previstas no § 1º, foram mantidas a pena de reclusão de três a seis anos, além da multa; para as hipóteses contidas no § 2º, foram mantidas a reclusão de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. Esqueceu-se o legislador, nesta última hipótese, da cominação da pena de multa: assim, paradoxalmente, para a figura simples do *caput* há cominação da multa, se houver a qualificadora do § 2º, será sem multa. A ação penal é pública incondicionada, sendo absolutamente desnecessária qualquer manifestação do ofendido ou de seu representante legal.

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I — a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II — a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III — se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV — há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Na redação original de nosso Código Penal, de 1940, cuja Parte Especial, recordando, continua em vigor, o *nomen juris* deste crime era "tráfico de mulheres", limitando, assim, a abrangência de quem poderia figurar como sujeito passivo que, necessariamente, deveria ser pessoa do sexo feminino. A Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, além de alterar o *nomen juris* para "tráfico internacional de pessoas", ainda substituiu, no § 1º do art. 227, o vocábulo "marido" pelo de "cônjuge ou companheiro", democratizando a abrangência do alcance desse dispositivo legal. A mais importante inovação desse diploma legal, no entanto, refere-se a *ampliação da criminalização do tráfico de pessoas*, dividindo-a em dois tipos penais: (i) *tráfico internacional de pessoas* e (ii) *tráfico interno de pessoas*, sendo este constante do art. 231-A, que foi acrescido pelo mesmo diploma legal. Cria, ainda, a figura do "intermediador" (*caput*), suprimida, de certa forma, pela Lei n. 12.015/2009 que, no entanto, traz a figura do "aliciador", no § 1º, que se equivalem.

2 Início da modernização da legislação

Atento a esse flagelo que aflige um sem-número de nações, o Brasil começou a adaptar sua legislação a partir de 2005. Assim, a Lei n. 11.106/2005, além de alterar o *nomen juris* de tráfico de mulheres — constante da redação original do Código Penal de 1940 — para *tráfico internacional de pessoas*, ampliou, não apenas os limites territoriais em que o crime pode ser praticado, como também o sujeito passivo da infração penal, que pode ser qualquer pessoa do sexo masculino ou feminino, indiferentemente. Acrescentou, ademais, a pena de multa à pena privativa de liberdade, cominada no *caput* e nos respectivos parágrafos.

3 Inclusão de finalidade especial do tipo

Com a Lei n. 12.015/2009, o legislador voltou a alterar o *nomen juris* do crime, inserindo a *finalidade do tráfico internacional de pessoa*, qual seja, "para o fim de exploração sexual"; além de alterar "pessoas" para pessoa, no singular, sem qualquer necessidade ou utilidade, na medida que incluiu no *caput* o vocábulo "alguém", indicador de que qualquer indivíduo pode ser sujeito passivo desse crime. Aliás, na cabeça do artigo também inseriu a expressão "ou outra forma de exploração sexual", sem, contudo, excluir a *prostituição*. Reestruturou, enfim, os parágrafos desse artigo, ao recriar o § 3º, com o deslocamento da pena de multa do *caput*.

4 Destinatários: países de terceiro mundo

O tráfico internacional de pessoa *para fins voluptuários* é uma atividade criminosa que tem como vítima, basicamente, indivíduos de países de terceiro mundo, que são levados para países mais desenvolvidos. Nesse sentido, como país em desenvolvimento, o Brasil sofre nos dois polos, ou seja, possui muitas vítimas do tráfico internacional, ao mesmo tempo em que tem servido de destino para tantas outras vítimas de países subdesenvolvidos, como, por exemplo, os da própria América Latina.

5 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual que visa limitar territorialmente o exercício da prostituição e proibir o tráfico de pessoa com essa finalidade. A despeito da inviabilidade de eliminar a prostituição, um mal que aflige a todos os países, uns mais, outros menos, este dispositivo

tenta pelo menos impedir que prostitutas estrangeiras ampliem esse problema ético-social que, por si só, já é grande demais. Numa visão bem-humorada do problema, poderia parecer uma certa “reserva de mercado”, impedindo que a concorrência estrangeira ingresse no *mercado nacional*. O bem jurídico protegido, genericamente, como ocorre com todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, é a *dignidade sexual* do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo, que deve ser protegida, dentro e fora do território nacional.

6 Sujeito ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente do sexo, embora, geralmente, seja praticado por homem; em regra, por mais de uma pessoa. O homossexualismo, que acompanha a humanidade desde seus primórdios, parece que se universalizou. No dizer de Rogério Sanches Cunha, “qualquer pessoa pode praticar o delito em estudo, seja atuando como ‘empresário ou funcionário do comércio do sexo’, seja como consumidor do ‘produto’ traficado” (Rogério Sanches Cunha, *Direito Penal*, p. 275).

7 Sujeito passivo

Sujeito passivo, a partir da Lei n. 11.106/2005, será tanto o homem quanto a mulher, independente de sua *honestidade* sexual, que venha exercer a prostituição no Brasil, ou que seja levada para o exterior com a mesma finalidade. Mesmo antes da citada lei, a *mulher*, independente de sua honestidade sexual, que viesse ao Brasil para exercer a prostituição seria sujeito passivo dessa infração penal. Convém destacar, apenas para registro histórico, que havia forte corrente doutrinário-jurisprudencial, que adotava orientação em sentido contrário. No entanto, Rogério Sanches Cunha, lembra que antes da Lei n. 12.015, havia doutrina exigindo que o ofendido apresentasse a *condição de prostituta* que, convenhamos, era um grande equívoco (Rogério Sanches Cunha, *Direito Penal*, p. 275).

8 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é *promover* (impulsionar, colocar em execução, realizar), ou *facilitar* (tornar fácil, facultar, desobstaculizar, ajudar, auxiliar) a entrada ou a saída no território nacional, de *pessoa* para exercer a

prostituição *ou outra forma de exploração sexual*, aqui ou lá. A lei fala somente em *alguém* (antes falava somente em mulher, depois, em 2005, em pessoa), não exigindo a pluralidade de vítimas, nem as adjetivando quanto à *honestidade*, sendo suficiente a *finalidade* de vir a exercer o meretrício ou qualquer outra forma de exploração sexual, ou sair do território nacional para a mesma finalidade.

9 A finalidade de lucro

Para a tipificação do *tráfico internacional de pessoa* é indiferente a *finalidade de lucro*, embora essa seja a regra. Contudo, se esse fim estiver presente, aplica-se, cumulativamente, a pena de multa (§ 3º), pois a conduta tipificada é mais desvaliosa. Se o *tráfico* ocorrer dentro do território nacional, ou seja, tratando-se de *tráfico interno*, o crime será o do art. 231-A, acrescentado pela Lei n. 11.106/2005. Como se pune a entrada, a *simples passagem pelo território nacional* não tipifica o delito.

10 Figuras equiparadas

Agenciar, pode-se afirmar, desde logo, substitui o anterior "intermediar" que constava no *caput* do artigo antes da redação decorrente da Lei n. 12.015. Houve somente o deslocamento da conduta incriminada para o § 1º do mesmo artigo sem, contudo, descriminalizá-la. Nesse sentido, é o magistério de Rogério Sanches Cunha: "o verbo *intermediar* (servir de mediador entre duas pessoas), presente no *caput* antes da Lei n. 12.015/2009, foi substituído por *agenciar*, subsumindo-se ao disposto no § 1º. Portanto, não houve supressão da figura criminosa, mas simples alteração formal, continuando típico" (Rogério Sanches Cunha, *Direito Penal*, p. 276, nota 30).

11 Irretroatividade das novas condutas

Por outro lado, as condutas *aliciar* (atrair a simpatia, envolver, seduzir, buscar adeptos para), *comprar* (adquirir mediante pagamento, subornar ou corromper com dinheiro ou com favores), *transportar* (deslocar de um local para outro, conduzir), *transferir* (remover, mudar de um lugar para outro) e *alojar* (hospedar, abrigar, acolher, instalar) eram condutas atípicas e, como tais, não podem retroagir para alcançar fatos praticados antes da entrada em

vigor da referida lei. Por outro lado, a conduta de *agenciar*, que abrange o significado de *intermediar*, também não deixa de ser atípica, sob outros significados, antes do advento da atual norma penal, em outros termos, só pode retroagir com o sentido de *intermediar*.

12 Consciência de que se trata de pessoa traficada

O texto legal (§ 1º) destaca expressamente que, para as condutas de *transportar, transferir* e *alojar,* é indispensável que o sujeito ativo *tenha conhecimento dessa condição*, isto é, trata-se de pessoa traficada para fim de exploração sexual; o que não quer dizer, por outro lado, que para as demais condutas esse conhecimento seja desnecessário, lembrando que todas as condutas são dolosas, e sem *consciência* de todos os elementos do tipo não há dolo.

13 Omissão da conduta vender

Curiosamente, ao contrário da previsão constante do próximo artigo (tráfico interno de pessoa), vender alguém para a mesma finalidade de exploração sexual não foi criminalizada, constituindo grande lacuna no direito brasileiro, que não pode ser suprida por *analogia* e tampouco por *interpretação analógica*.

14 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, representado pela vontade consciente dirigida à prática da ação tipificada, em qualquer das suas formas, ciente de que a vítima vai exercer a prostituição no país a que se destina, seja no Brasil, seja no exterior.

A definição típica, em qualquer das modalidades constantes no *caput*, exige o *especial fim de agir* (equivocadamente ainda denominada, por alguns, "dolo específico"), qual seja, *para fim de exploração sexual*, em qualquer de suas formas. A antiga desinteligência relativa a essa exigência ficou completamente superada com a redação da Lei n. 12.015, a começar pelo *nomen juris* dessa infração penal, qual seja, "Tráfico internacional de pessoa *para fim de exploração sexual*". No mesmo sentido, Rogério Sanches Cunha, *Direito Penal*, p. 276; Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 88. Pois esse *fim especial* — de exploração

sexual — configura exatamente o *elemento subjetivo especial do tipo* (ou do injusto) que, como tal, não precisa concretizar-se, sendo suficiente que tenha sido motivador da conduta do sujeito ativo.

15 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime previsto no art. 231 do Código Penal com a promoção ou a facilitação da entrada de pessoa (homem ou mulher) no território nacional, ou da saída de pessoa para o exterior a fim de exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, independentemente de que ela venha, efetivamente, a exercê-la. No entanto, o seu exercício efetivo, no Brasil ou no exterior, respectivamente, se ocorrer, constituirá apenas o exaurimento do crime. A tentativa é, teoricamente, admissível, sempre que for possível interromper a fase executiva, por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo.

16 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *formal* (a partir da última alteração deixou de ser crime material (consuma-se independentemente da ocorrência do efetivo exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, bastando que essa tenha sido a finalidade do tráfico); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente); *comissivo* (promover e facilitar implicam ação positiva do agente); *instantâneo* (ação e resultado encontram-se próximos um do outro, muitas vezes praticamente concomitantes); *plurissubsistente* (tratam-se de condutas que podem ter sua fase executória interrompida, implicando, não raro, um certo caráter de habitualidade, embora não possa ser definido como crime habitual).

17 Pena e ação penal

A pena cominada é a reclusão de três a oito anos. Somente haverá a aplicação da pena de multa se houver o fim da obtenção de vantagem econômica (esta pena foi deslocada do *caput*, retornando para o § 3º que foi recriado). Foram suprimidas as qualificadoras que constavam do§ 1º. As qualificadoras do § 2º foram substituídas por uma causa de aumento (de metade), se: I — a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II — a vítima, por

enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III — se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV — há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

A ação penal é pública incondicionada, isto é, não depende de qualquer condição ou manifestação da vítima ou de seu representante legal para a sua instauração.

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I — a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II — a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III — se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV — há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Este art. 231-A complementa, de certa forma, as previsões constantes do artigo antecedente (que se limita a incriminar o tráfico internacional), e criminaliza o *tráfico interno de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual*. A Lei n. 12.015/2009 reestruturou o conteúdo da redação anterior e separou, claramente, quem *promove* o *deslocamento* de pessoa para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, daqueles que *agenciam* ou *intermedeiam* o tráfico para essa finalidade. Criou, corretamente, o objetivo das condutas incriminadas como *fim especial do injusto*, possibilitando, assim, a consumação do crime, independentemente da concretização efetiva da prostituição ou exploração sexual da vítima.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, igualmente, a moralidade pública sexual, objetivando também limitar territorialmente o exercício da "exploração sexual", da qual a *prostituição* passou a ser tratada como uma de suas espécies; tenta-se proibir o *tráfico de pessoa*, agora interno, com essa finalidade. A despeito da inviabilidade de eliminar a *exploração sexual*, mal que aflige a todos, uns mais, outros menos, este dispositivo procura, pelo menos, impedir o deslocamento de prostitutas ou prostituídos de um lugar (cidades, Estados etc.) para outro, agravando esse problema ético-social, que, por si só, já assume grandes proporções. Objetiva-se, em outros termos, na impossibilidade de evitar a exploração sexual, pelo menos restringir o seu exercício.

2.1 Bem jurídico genérico

O bem jurídico protegido, genericamente, como ocorre com todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, é a *dignidade sexual* do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo, que deve ser protegida, dentro e fora do território nacional. Com a Lei n. 12.015/2009, o legislador voltou a alterar o *nomen juris* do crime,

inserindo a *finalidade do tráfico internacional de pessoa*, qual seja, "para o fim de exploração sexual". Aliás, na cabeça do artigo também inseriu a expressão "ou outra forma de exploração sexual", sem, contudo, excluir a *prostituição*, aspecto que será examinado adiante.

3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo, embora, geralmente, seja praticado por homem; em regra, por mais de uma pessoa, a despeito de tratar-se de crime unissubjetivo. *Sujeito passivo*, igualmente, pode ser tanto homem quanto mulher, independentemente de sua honestidade sexual, já prostituídos ou não; pode, inclusive, tratar-se de criança ou adolescente. Tudo o que se disse relativamente aos sujeitos ativos e passivos no artigo anterior, aplica-se a este.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As ações tipificadas, pela redação anterior, eram *promover, intermediar* ou *facilitar,* no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição aqui no Brasil. Esse tipo penal — que foi introduzido pela Lei n. 11.106/2005 — objetivava proibir o *tráfico interno de pessoas* com a finalidade de exercer a prostituição. No entanto, com a redação contemplada pela Lei n. 12.015/2009, o texto do *caput* do art. 231-A resultou no seguinte: "Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual". *Promover,* nesse artigo, significa impulsionar, colocar em execução, realizar; e a segunda conduta, *facilitar,* quer dizer tornar fácil, facultar, desobstaculizar, ajudar, auxiliar o deslocamento de alguém, no território nacional, para exercer a prostituição *lato sensu.*

4.1 Alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009

As alterações produzidas pela Lei n. 12.015/2009, além de incluírem, ao lado da prostituição, o exercício de *outra forma de exploração sexual*, desdobraram o conteúdo do *caput*, deslocando as condutas equipadas para o § 1º, que examinaremos em seguida. Por outro lado, suprimiram o verbo "intermediar", que, no entanto, é abrangido pelo verbo *agenciar*, como veremos. Ademais, deslocaram ou suprimiram o *recrutamento, transporte,*

transferência, alojamento ou acolhimento, para subespécies de condutas, que passaram a constar no final do § 1º, como figuras equiparadas. Assim, restou no *caput* somente as ações de "promover ou facilitar o *deslocamento* de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual". Essa reestruturação do tipo penal recebe o aplauso de Nucci, *in verbis*: "A nova redação do art. 231-A, diversamente do que ocorreu com o art. 231, tornou-se mais apurada. Separou-se quem *promove* o deslocamento da pessoa de quem *agencia* ou *intermedeia* o tráfico. E o mais importante: colocou-se o exercício da prostituição ou *outra forma* de exploração sexual como finalidade a ser atingida, mas não necessariamente" (Guilherme de Souza Nucci. *Crimes contra a Dignidade Sexual*, p. 92).

4.2 A proibição limita-se ao território nacional

Embora a *prostituição* em si não constitua crime, o Estado, mais uma vez por intermédio do Direito Penal, pretende inviabilizar a sua exploração de qualquer natureza e em qualquer lugar, ampliando o combate de todo tipo de exploradores dessa milenar mazela social. Não se podeignorar o crescimento do chamado *turismo sexual* com grande divulgação em toda a Europa, chamando a atenção de nossas autoridades e preocupando toda a coletividade brasileira, especialmente porque as principais vítimas têm sido crianças e adolescentes. Ao contrário da proibição constante no artigo anterior — *tráfico internacional de pessoa* —, a deste dispositivo em exame circunscreve-se ao território nacional (*tráfico interno de pessoa)*. Ainda que as condutas nucleares não sejam exatamente as mesmas, a finalidade dos dispositivos legais, no entanto, é idêntica: combater a prostituição no território nacional, seja com o tráfico interno, seja com a "importação" de pes-soas prostituídas ou a prostituírem-se no cenário nacional.

4.3 Descriminalização de condutas

Ficam fora da atual criminalização as condutas de *promover* ou *facilitar* o "recrutamento" e o "acolhimento" de pessoa que venha exercer a prostituição no território nacional. Em outros termos, essas condutas foram descriminalizadas, sendo, portanto, retroativas, para beneficiar eventuais infratores sob essas modalidades.

5 Figuras equiparadas

Agenciar (pode-se afirmar, desde logo, substitui o anterior "intermediar" que constava no *caput* do artigo antes da redação decorrente a Lei n. 12.015). Houve somente o deslocamento da conduta incriminada para o § 1º do mesmo artigo, sem, contudo, descriminalizá-la. Por outro lado, as condutas *aliciar* (atrair a simpatia, envolver, seduzir, buscar adeptos para...), *vender* (alienar, trocar por dinheiro, fazer comércio), *comprar* (adquirir mediante pagamento, subornar ou corromper com dinheiro ou com favores), *transportar* (deslocar de um local para outro, conduzir), *transferir (*remover, mudar de um lugar para outro) e *alojar* (hospedar, abrigar, dar abrigo, acolher, instalar) são condutas atípicas e, como tais, não podem retroagir para alcançar fatos praticados antes da entrada em vigor da referida lei. Por outro lado, a conduta de *agenciar*, que abrange o significado *intermediar*, também não deixa de ser atípica, sob outros significados, antes do advento da atual norma penal. Em outros termos, só pode retroagir com o sentido de *intermediar*.

5.1 Consciência da condição de pessoa traficada

O texto legal (§1º) destaca expressamente que, para as condutas de *transportar, transferir* e *alojar* é indispensável que o sujeito ativo *tenha conhecimento dessa condição*, isto é, que se trata de pessoa traficada para fim de exploração sexual. O que não quer dizer, por outro lado, que para as demais condutas esse conhecimento seja desnecessário, lembrando que todas as condutas são dolosas, e, sem *consciência* de todos os elementos do tipo, não há dolo.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo deste crime é o dolo, constituído pela *vontade* dirigida à prática de qualquer das condutas tipificadas e com a *consciência* de que a pessoa vai exercer a prostituição no território nacional. É indispensável que o sujeito ativo tenha consciência da finalidade do tráfico de pessoa, sob pena de incorrer em erro de tipo.

6.1 Polêmica sobre o elemento subjetivo do tipo

Antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, sustentando a existência de *elemento subjetivo especial do tipo*, fizemos as considerações a seguir, que

se mantêm atualizadas. A nosso juízo, o *elemento subjetivo especial do tipo* pode ser objeto de longa discussão, diante da redação utilizada pelo legislador que não se insere naquelas fórmulas tradicionais conhecidas de todos. Contudo, a sustentação de que tal *elemento subjetivo* se faz presente no tipo penal em exame não é desarrazoada e, na nossa concepção, está representada pela elementar "que venha exercer a prostituição" (final do *caput*). Admitimos, é verdade, que o texto expresso na redação do tipo penal oferece alguma dificuldade de interpretação, a despeito de sua clareza vernacular, que nem sempre se traduz em clareza técnico-legislativa.

6.2 Que venha exercer a prostituição

Analisando o texto legal contido no respeitável *Código Penal Comentado* de Guilherme de Souza Nucci, nossas dúvidas aumentaram, pois constatamos a seguinte redação: "que venha *a* exercer a prostituição" (art. 231-A, *in fine*) (*Código Penal Comentado*, 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 827). Fomos consultar o nosso próprio *Código Penal Comentado*, movidos pela curiosidade, e constatamos uma redação diferente: "que venha exercer a prostituição" (art. 231-A, *in fine*) (*Código Penal Comentado*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 920), sem a letra "a" antes de "exercer" possivelmente tenha ocorrido, inadvertidamente, um erro de digitação, suficiente para conduzir a uma interpretação diferente. Neste exato momento em que escrevemos não sabemos qual é a redação que retrata com fidelidade o texto legal publicado no *Diário Oficial*. Seria fácil ir consultá-lo, mas, como para o nosso propósito imediato é irrelevante, preferimos ignorá-lo para trabalhar com as duas hipóteses textuais.

À primeira vista, pode-se ter a impressão de que a "pequena diferença" de redações não alteraria em nada o sentido dogmático do tipo penal em exame. Podemos estar enganados (e se estivermos, por certo, é por conhecimento deficiente da língua portuguesa). Na verdade, as duas redações mencionadas, no texto e no contexto, têm sentidos e funções distintos. A redação contida no Código de Nucci representa o *resultado material* da ação incriminada e integra o próprio tipo penal, ao passo que a outra redação — *que venha exercer a prostituição* — constitui o elemento subjetivo especial do injusto: *naquele o resultado* deve, necessariamente, ocorrer para que o crime se consume, ao passo que *neste o elemento subjetivo especial do tipo* não precisa verificar-se, sendo suficiente que seja o motivador da ação do agente para a prática do crime.

6.3 O resultado deve ser abrangido pelo dolo

Com efeito, o *resultado* deve ser abrangido pelo dolo do agente, enquanto o elemento subjetivo especial do injusto existe, como destacava Welzel, "ao lado do dolo, como momento geral *pessoal-subjetivo* daquele, que produz e configura a ação como acontecimento dirigido a um fim, apresentam-se, frequentemente, no tipo *especiais* momentos subjetivos, que dão colorido num determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação" (*Derecho Penal Alemán*, p. 83). Nessa linha, examinando o *elemento subjetivo especial do injusto*, tivemos oportunidade de afirmar: "na realidade, o *especial fim* ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo. O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo do tipo* de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injusto*, que se equivalem, porque pertencem à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde" (*Tratado de Direito Penal*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, v. 1, p. 261-2).

6.4 Consequências das distintas redações

Fica claro, enfim, que é fundamental a distinção das consequências que decorrem de uma e outra redação. Não teria sentido criminalizar o *tráfico de pessoas* e exigir que o crime somente se configurasse após decorrido tempo suficiente para se comprovar que as vítimas efetivamente passaram a exercer a prostituição. Assim, considerando-se que a elementar contida no final do *caput* configura *elemento subjetivo especial do tipo*, com a simples realização de qualquer das três condutas representadas pelos verbos nucleares — *promover, intermediar* ou *facilitar* —, a execução do objeto material da tutela penal, estará consumado o crime, independentemente de as vítimas efetivamente exercerem ou não a prostituição.

Essa reflexão, embora não tenha perdido atualidade, por seu conteúdo dogmático, ficou facilitada com a redação contemplada pela Lei n. 12.015/2009, qual seja, "para o exercício da prostituição ou outra forma de

exploração sexual", que define, claramente, o *especial fim* das condutas incriminadas. Não bastasse essa *elementar especial do tipo*, também consta em sua rubrica que o *tráfico interno de pessoa* é "para fim de exploração sexual". Não pode mais haver discussão sobre esse tema. Assunto encerrado.

6.5 Consumação e tentativa

Trata-se, como afirmamos no início deste capítulo, de um dispositivo legal que complementa o anterior (tráfico internacional), consumando-se, por conseguinte, com a efetiva prática de qualquer das condutas descritas no tipo, independentemente do exercício efetivo da prostituição, que, se ocorrer, constituirá apenas o exaurimento do crime. A tentativa é, pelo menos em tese, admissível, a despeito da dificuldade prática em comprová-la.

7 Classificação doutrinária

Cuida-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo), *formal* (para consumar-se não exige, como resultado, o efetivo exercício da prostituição ou outra exploração sexual), *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente), *comissivo* (ações de *promover, facilitar* implicam ação positiva do agente, assim como as demais figuras equiparadas), *instantâneo* (ação e resultado encontram-se próximos um do outro, muitas vezes praticamente concomitantes), *plurissubsistente* (o crime pode ser interrompido em sua fase executória por circunstâncias alheias à vontade do agente).

8 Pena e ação penal

A pena cominada é de reclusão, de dois a seis anos. As qualificadoras foram substituídas pela majorante que eleva a pena de metade, nas seguintes hipóteses: I — a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II — a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III — se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV — há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Somente será aplicada cumulativamente

a pena de multa, se o crime for cometido com o objetivo de obter vantagem econômica, que, convenhamos, é a regra dessa infração penal.

A ação penal é pública incondicionada, isto é, não depende de qualquer condição ou manifestação da vítima ou de seu representante legal para a sua instauração.

Art. 232. (*Revogado pela Lei n. 12.015, de 7-8-2009.*)

Capítulo VI - Do Ultraje Público ao Pudor

Ato obsceno

Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Nélson Hungria destacava que "até o século XVIII ainda não fora nitidamente elaborada a noção de *pudor público* como um bem imaterial tutelável por si mesmo". Com efeito, o direito antigo não conheceu esta modalidade de crime, tanto no direito romano quanto na Idade Média. A *ofensa ao pudor público* era ou enquadrava-se no conceito de crime contra os costumes ou era abrangida pela ampla definição do crime de injúria. A sua incriminação mais remota, autonomamente, remonta à lei francesa de julho de 1791, restringindo-se somente ao *ultraje público* das mulheres. O Código Penal francês de 1810, código napoleônico, ampliou sua abrangência para todas as pessoas.

Na legislação brasileira foi introduzida pelo Código Criminal do Império de 1830, sendo mantida e ampliada, inadequadamente, pelo Código Republicano de 1890, sendo repetido, com melhor técnica, pelo atual Código Penal de 1940.

2 Bem jurídico tutelado

Bens jurídicos protegidos são a moralidade pública e o pudor público, particularmente no que se refere ao aspecto sexual, considerando-se que esse tipo penal encontra-se no título que disciplina os *crimes contra os costumes*. Para definir pudor público é necessário considerar os hábitos sociais, os costumes locais, que variam com muita rapidez no tempo e no espaço, não só em um mesmo povo mas inclusive em uma mesma cidade. As liberalidades concedidas na atualidade são infinitamente superiores às permitidas quando entrou em vigor o Código Penal de 1940. Por outro lado, condutas admitidas em determinados ambientes são absolutamente reprováveis em outros, ainda que os elementos sejam os mesmos. A nudez completa exibida nos carnavais cariocas, os minibiquínis utilizados nas praias brasileiras dão bem uma ideia da prática de atos que, em outras circunstâncias, seriam considerados obscenos.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente do sexo. Esse crime, como a regra geral, admite naturalmente o concurso de pessoas. *Sujeito passivo* é a coletividade, além de qualquer pessoa que eventualmente presencie o ato, que, nesse caso, também assume a condição de sujeito passivo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é praticar *ato obsceno*, isto é, ato que ofenda o pudor público objetivamente, considerando-se o sentimento comum vigente no meio social. *Obsceno* é o que ofende o pudor ou a vergonha, ou seja, um sentimento de repulsa e humilhação criado por um comportamento indecoroso. Só pode ser *ato obsceno* aquele que se refira à sexualidade, não o caracterizando a *manifestação verbal obscena*. É necessário que o *ato obsceno* seja praticado em *lugar público*, aberto ou exposto ao público. É necessário que o ato obsceno possa ser visto — independentemente de, *in concreto*, vir a sê-lo realmente — por indeterminado número de pessoas. A publicidade inerente à prática do ato obsceno se refere apenas ao local em que é praticado, somente se exigindo seja assistido por terceiros para efeito de prova. É indispensável a consciência da publicidade do lugar.

4.1 Exemplos clássicos de ato obsceno

Como exemplos clássicos do crime de ato obsceno, podem-se destacar, entre outros, o *trottoir* de travestis, deixando entrever seu corpo nu, a "chispada" (correr nu) ou urinar na via pública, exibindo o pênis. A automasturbação, quando executada em lugar aberto ou exposto ao público, também constitui ato obsceno. A prática de ato obsceno se traduz em manifestação corpórea voluntária, isto é, em um *agere* atentatório ao pudor público. Por isso, a exibição de revista pornográfica pode tipificar outros crimes, mas não ato obsceno.

Entendeu-se, por longo tempo, que o prolongado beijo lascivo constituía ato obsceno. Evidentemente que a liberalidade atual afastou a tipicidade desse comportamento, pois o beijo, além de não ter nada de obsceno, de há muito não escandaliza mais ninguém. A apalpadela nos seios ou leve toque nas regiões pudendas, em ambiente público ou aberto ao público, mesmo em vítima menor de quatorze anos, sem emprego de violência, caracteriza ato obsceno, e não crime contra a liberdade sexual. Conduta como essa merece reprimenda, mas na proporcionalidade de sua gravidade, que, ao contrário de outros atos, não atinge o nível de reprovabilidade e repúdio do atentado violento ao pudor, cuja sanção cominada é a mesma de um homicídio simples, o que evidencia sua desproporção.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de praticar ato obsceno em lugar público, aberto ou exposto ao público. Não há necessidade do propósito de ofender o pudor público ou de especial fim erótico. É necessário que o agente tenha consciência de que se encontra em lugar público; a dúvida poderá originar o dolo eventual. Nessa infração, não vemos como necessário o elemento subjetivo do injusto, que seria o *especial fim de ofender* a moralidade e o pudor público (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3, p. 289). Basta, com efeito, que tenha a vontade consciente de praticar o ato obsceno em lugar público ou exposto ao público. Enfim, a carga de subjetividade dessa infração penal esgota-se no próprio dolo, sem qualquer outro elemento subjetivo especial.

Não há previsão de modalidade culposa, a despeito do entendimento contrário da velha doutrina italiana, que se justificava com o que prescrevia o Código Rocco (art. 527, 2ª parte).

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a prática do ato obsceno, sendo irrelevante a presença de outras pessoas ou que estas se sintam ofendidas. A tentativa é, teoricamente, admissível, embora difícil de se configurar. Embora crime formal e de perigo, exemplifica Wiliam Wanderley Jorge, “admite-se a tentativa, quando, por exemplo, o agente começa a se despir para a outrora famosa “chispada” (correr nu pela rua) e é impedido”.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *formal* (para consumar-se não exige, como resultado, a efetiva ofensa ao pudor de alguém ou que tenha realmente sido presenciado); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente); *comissivo* (as ações representadas pelos verbos nucleares implicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (por ser praticado por apenas um agente); *plurissubsistente* (via de regra, a conduta é necessariamente composta por atos distintos); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, a*lternativamente*, é detenção, de três meses a um ano, ou multa. A ação penal é pública incondicionada, isto é, não depende de qualquer condição ou manifestação da vítima ou de seu representante legal para a sua instauração.

Escrito ou objeto obsceno

Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I — vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II — realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III — realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Neste art. 234 contempla-se a segunda modalidade de crime, que o legislador de 1940 considerou como crime de *ultraje público ao pudor*. A nosso juízo, essa superada infração penal devia, de há muito, ter sido extirpada do direito positivo brasileiro, especialmente a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, que tenta eliminar toda a forma de censura às atividades artísticas e culturais. No entanto, ainda não foi desta vez, desafortunadamente, parece que teremos de esperar o advento de uma nova Parte Especial, para a supressão definitiva dessa ultrapassada figura penal.

2 Bem jurídico tutelado

Bens jurídicos protegidos continuam sendo a moralidade pública e o pudor público, particularmente no que se refere ao aspecto sexual, considerando-se que esse tipo penal, a exemplo daquele que abordamos no capítulo anterior, encontra-se no título que disciplina os *crimes contra os costumes*. Contudo, a ofensa ao bem jurídico protegido, neste dispositivo, não se produz com um *ato*, como no crime anterior (ato obsceno), que, embora aviltante, é rápido e fugaz, mas com a prática de condutas que perduram e atingem grande número de pessoas, ampliando, consequentemente, sua danosidade social.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente do sexo. Esse crime, como a regra geral, admite naturalmente o concurso de pessoas, e, normalmente, sua prática envolve mais de um agente. *Sujeito passivo* é a coletividade, além de qualquer pessoa que eventualmente presencie o ato,

que, nesse caso, também assume a condição de sujeito passivo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Poder-se-ia afirmar, numa linguagem imprópria, que estamos diante da tipificação de um crime ultrapassado, superado pela evolução dos costumes e, especialmente, admitido, aceito e até regulamentado pelo Poder Público, que se beneficia de "escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno" cobrando taxas e impostos, abastecendo, como gosta de fazer, as arcas do Tesouro Nacional, indiferente a uma suposta imoralidade pública ou, no caso, à natureza criminal de tais atividades. Endossando o magistério de Guilherme de Souza Nucci, limitamo-nos a transcrevê-lo: "Com maior razão do que já expusemos quanto ao art. 233, não há cabimento na manutenção deste tipo penal, especialmente após a edição da Constituição Federal de 1988, que busca eliminar toda a forma de censura às atividades artísticas. O próprio Estado, como bem lembrado por Delmanto, vem incentivando essa prática, coletando impostos e disciplinando o assunto. Não é à toa que proliferam publicações, filmes, *sites* na Internet, locais para *shows* e apresentações, produtos eróticos, enfim toda sorte de material obsceno acessível a qualquer pessoa, através de comercialização, distribuição e exposição pública" (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, p. 714).

4.1 A inevitável descriminalização

O futuro desse tipo penal, a exemplo de tantos outros, é sua descriminalização. Por ora, como usos e costumes não têm o condão de revogar tipos penais, deve-se aplicar-lhe o *princípio da adequação social*, que, em síntese, tem o seguinte significado: segundo Welzel (*Derecho Penal Alemán*, p. 83), o direito penal tipifica somente condutas que tenham certa *relevância social*: caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, consequentemente, que há condutas que por sua "adequação social" não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo essa teoria, as condutas que se consideram "socialmente adequadas" — como ocorre com o tipo penal em exame — não podem constituir crimes e, por isso, não se revestem de tipicidade (Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal* — Parte Geral, p. 49-50). Assim, concretamente, o juiz não deve sequer receber a denúncia, fundamentando tal decisão com a atipicidade da

conduta imputada.

4.2 Crime de ação múltipla: fim especial

À luz da doutrina, contudo, trata-se de *crime de ação múltipla*, prevendo várias ações nucleares: *fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda*. Referidas ações devem ter por objeto *escrito* (composição gráfica, manuscrita ou impressa), *desenho* (representação gráfica de coisas ou objetos), *pintura* (representação colorida de coisas ou objetos), *estampa* (figura impressa por meio de chapa gravada) ou *qualquer outro meio* (imagens, esculturas, fotografias etc.), para fim de comércio, distribuição ou exposição pública. Com efeito, as condutas tipificadas devem ser realizadas *para fim* de comércio, distribuição ou exposição pública. Manzini denominou esse crime *lenocínio intelectual*, em que o lenão prostitui a ciência e a arte, explorando-as, oferecendo-as a terceiros, de modo que lhes excite a concupiscência e a sensualidade (Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1951, v. 7, p. 413).

4.3 Descriminalização relativa a obras artísticas, literárias e científicas

Em relação a *obras artísticas, literárias e científicas*, é discutível *o caráter de obscenidade*, mesmo que tenha o propósito de excitar a sensualidade. No parágrafo único vêm relacionadas condutas que são equiparadas, para a aplicação da mesma sanção, às condutas do *caput*. Com o advento da Constituição de 1988, e a evolução e liberalidade dos costumes, dificilmente as hipóteses dos incisos II e III serão puníveis, configurando-se a hipótese do *princípio da adequação social*. As normas anteriores à Constituição, em que o âmbito de proteção revela-se distanciado da realidade fática em razão da qual foi editada, hão que valer-se das regras de interpretação para lhe assegurar a aplicação que ainda se revela eficaz (nesse sentido, exemplificativamente, veja-se a seguinte decisão: “Não deve o juiz receber a denúncia, quando o fato narrado não conta mais com a reprovação necessária para justificar a ação penal. É pelo grau de reprovabilidade da média da população que se afere a pertinência da pretensão punitiva” — TACrimSP, Rel. José Pacheco, *JTACrimSP*, *89*:135). As normas penais cujo objeto de proteção é o pudor público devem ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais, de maneira que assegurem aqueles valores e o de liberdade de empresa, direito fundamental

prescrito no art. 5º, XIII, c/c o art. 170 da Constituição Federal.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo*, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal. Neste tipo penal, mais do que em qualquer outro, deve-se ter o cuidado de observar que o dolo deve abranger todos os elementos constitutivos da descrição típica, sob pena de configurar o conhecido *erro de tipo*. No entanto, para o exame do dolo é absolutamente irrelevante a opinião do agente sobre a obscenidade da ação, que deve ser valorada pelo normal sentimento da coletividade. Contudo, essa opinião, que atinge o nível de conhecimento, ou melhor, de desconhecimento do caráter obsceno da ação, pode, eventualmente, adequar-se ao *erro de proibição*, que, *in concreto*, deve-se examinar se é escusável ou inescusável.

5.1 O fim especial do tipo

O elemento subjetivo especial do injusto está expressamente representado pelo fim de comércio, de distribuição ou exposição pública. O fato de o tipo penal não exigir o fim especial de ofender o pudor público não significa que não seja exigido elemento subjetivo especial do injusto, como destacamos.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se com a prática das ações tipificadas, sendo desnecessária a efetiva ofensa ao pudor público. Como cada ação — fazer, importar, vender e realizar — é distinta, faz-se necessário que, *in concreto*, se verifique a fase de sua execução. A tentativa é, teoricamente, admissível, pois, como destacava Magalhães Noronha, "o delito perfilhado pela lei compõe-se de ações que se prolongam no tempo, podendo consequentemente ser interrompidas, antes que cheguem à consumação" (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3, p. 298).

7 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *formal* (para consumar-se não exige, como

resultado, a efetiva ofensa ao pudor de alguém); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente); *comissivo* (as ações representadas pelos verbos nucleares implicam ação positiva do agente); *unissubjetivo* (por ser praticado por apenas um agente); *plurissubsistente* (via de regra, a conduta é necessariamente composta por atos distintos); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência) e permanente, na modalidade "ter sob sua guarda" (sua execução alonga-se no tempo).

8 Pena e ação penal

A sanção cominada, alternativamente, é a detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Crime que passou a ser da competência dos Juizados Especiais Criminais. Ação penal é pública incondicionada, não dependendo de qualquer manifestação do ofendido ou de seu representante legal.

Capítulo VII - Disposições Gerais

— Capítulo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Aumento de pena

— Incluído pela Lei n. 12.015, de 2009.

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I — (*Vetado*);

II — (*Vetado*);

III — de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV — de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Disposições gerais acrescidas pela Lei n. 12.015/2009

As majorantes previstas nestas “segundas disposições gerais” (art. 234-A) aplicam-se a todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do CP, ao contrário daquelas previstas no art. 226, que são aplicáveis somente nas infrações constantes dos dois primeiros capítulos do mesmo Título. *Resultando gravidez*, a pena será elevada de metade (inciso III); *se o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível*, da qual tem (ou deveria ter) conhecimento de que é portador, a pena será aumentada de um sexto até metade (IV). Vejamos cada uma delas.

1.1 Se do crime resultar gravidez

Embora o texto legal nada mencione, intui-se que se está referindo a *gravidez da vítima* do crime sexual, certamente. Não se ignora que a conduta do estuprador produz males, por vezes, insuperáveis à violentada, podendo, inclusive, resultar em uma gravidez indesejada e, como tal, passível de abortamento legalmente autorizado (art. 128, II). Com efeito, o *aborto humanitário*, também denominado *ético* ou *sentimental*, é autorizado quando a gravidez é consequência de crime de estupro e a gestante *consente* na sua realização. Constata-se que, como destaca Rogério Greco, “a conduta do estuprador acaba não somente causando um mal à mulher, que foi vítima de seu comportamento sexual violento, como também ao feto, que teve ceifada sua vida” (Rogério Greco. *Código Penal Comentado*, p. 668). Na realidade, há duas desvalias superiores a serem consideradas, como fundamento da maior reprovação do injusto: o desvalor da ação do agente que produz a gravidez é, por si só, superior à conduta que não produza essa consequência; por outro lado, o *desvalor do resultado* é potencializado duplamente, ou seja, em primeiro lugar por ter gerado a gravidez, nesses casos, sempre indesejável; em segundo lugar, o aborto legal, justificável somente pela hediondez de sua origem, torna muito mais censurável a conduta incriminada.

1.2 Resultando gravidez da infratora

Resultando *gravidez da infratora*, haveria aplicação dessa majorante? Hipótese pouco provável no sistema anterior, passa a ser perfeitamente possível a partir da Lei n. 12.015/2009, que contempla, naturalmente, a possibilidade de a mulher também ser sujeito ativo do crime de estupro. Certamente, a previsão legal não admite essa conotação, pois não passaria de, *mutatis mutandis*, uma espécie de autolesão, que não representa maior

desvalor do resultado da conduta para a vítima. Poder-se-ia questionar ainda sobre dois outros aspectos, nessa mesma hipótese: o ofendido poderia ser obrigado a reconhecer a paternidade e responder pelas obrigações que esta, em circunstâncias normais, lhe impõe?

1.3 Ofensora sem direito

Relativamente à ofensora, certamente, não lhe recai qualquer responsabilidade, como pai, caso contrário estar-se-ia permitindo que aquela se beneficiasse da própria torpeza. Relativamente ao pretenso filho, a questão apresenta-se mais complexa, demandando maior reflexão, pois o estupro, ademais, pode ter tido a finalidade exclusiva de arranjar um "bom pai" para o futuro filho da infratora, escolhendo, por exemplo, um magnata como "vítima". Essas questões, contudo, por demandarem maior raciocínio e, consequentemente, espaço físico, como não têm conotação penal, deixaremos que os especialistas do direito de família trabalhem na busca da melhor solução jurídica.

1.4 Contaminação da vítima com doença sexualmente transmissível

Em primeiro lugar, para que se configure a majorante prevista no art. 234-A, IV, não basta que o sujeito ativo *estupre* a vítima e a contagie com doença sexualmente transmissível. Esse é apenas o aspecto objetivo, material, da descrição da majorante. Para que essa majorante se aperfeiçoe, no entanto, é indispensável que o agente "saiba", isto é, tenha *consciência*, ou, pelo menos, "deva saber", ou seja, *possa ter consciência* de que é portador.

1.4.1 Conhecimento de sua situação pessoal

Para configurar a presente majorante, por expressa disposição legal, faz-se necessário que o agente saiba que é portador da doença sexualmente transmissível. Se o agente contaminado procura evitar a transmissão da moléstia, usando preservativos, por exemplo, estará, com certeza, afastando o dolo. Com esse comportamento, se sobrevier eventual contaminação, em tese, não deverá responder sequer por lesão corporal culposa, pois tomou os cuidados objetivos requeridos nas circunstâncias, e pensar diferente significa sustentar a odiosa *responsabilidade penal objetiva*.

Art. 234-B

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

Processos que devem tramitar em segredo de justiça

O salutar *princípio da publicidade* dos atos processuais (arts. 5º, LX, e 93, IX, ambos da CF) determina que tais atos, como regra geral, são públicos. Contudo, o ordenamento jurídico excepciona, quando, por exemplo, da publicidade possa decorrer violação à intimidade do cidadão. Nos processos em que se apura a prática de crimes *contra a dignidade sexual*, há grave exposição da intimidade da vítima, que deve ser preservada, justificando-se que os respectivos processos corram em segredo de justiça, sem prejuízo do devido processo legal.

Art. 234-C. (*Vetado*).

Título VII - Dos Crimes Contra a Família

Capítulo I - Dos Crimes contra o Casamento

Bigamia

Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico, que é adotado, como regra, nos países ocidentais.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é a pessoa que, sendo casada, contrai novo matrimônio, ou que, sendo solteira, viúva ou divorciada, contrai núpcias com pessoa que sabe ser casada (§ 1º). *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, o cônjuge do primeiro casamento e o contraente do segundo, desde que de boa-fé. Trata-se de crime de concurso necessário.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em pessoa casada *contrair* (adquirir, assumir) novas núpcias, sendo pressuposto para o delito a existência formal de casamento anterior. Deixa de existir o crime quando for declarado nulo ou anulado o matrimônio anterior ou o posterior, este por razão diversa da bigamia (§ 2º).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de celebrar novo matrimônio, já sendo casado. O erro sobre a subsistência do matrimônio anterior exclui o dolo, mas a existência de dúvida é suficiente para configurar o dolo eventual; não há necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do injusto. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

A consumação ocorre no instante da celebração do novo casamento. É absolutamente desnecessária a existência de conjunção carnal. Admite-se a tentativa, embora altamente controvertida, como, por exemplo, com o começo da realização de alguns atos de celebração.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, próprio, de mera conduta, de concurso necessário e comissivo.

7 Bigamia e falsidade documental

Atos preparatórios do novo patrimônio poderão configurar o delito de falsidade documental. No entanto, após a consumação a bigamia absorve o crime de falso.

8 Bigamia: pluralidade de crimes

Quando a pessoa casada contrair mais de um matrimônio haverá concurso material de crimes. O fato de já ser bígamo não imuniza a prática repetitiva do mesmo ato ilícito.

9 Questões especiais

O casamento religioso não é pressuposto deste delito, salvo se efetuado na forma do art. 226, § 2º, da Constituição Federal. É irrelevante ser o matrimônio anterior nulo ou anulável. O § 1º do art. 235 admite a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, em razão da pena mínima abstratamente cominada (igual a um ano). *Vide* arts. 188 e s. e 207 a 224 do CC.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, *isoladamente*, é a reclusão, de dois a seis anos. Para a conduta prevista no § 1º, a pena é *alternativa*, de reclusão ou detenção, de um a três anos. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O delito de bigamia exige para se consumar a precedente falsidade, isto é: a declaração falsa, no processo preliminar de habilitação do segundo casamento, de que inexiste impedimento legal. Constituindo-se a falsidade ideológica (crime-meio) etapa da realização da prática do crime de bigamia (crime-fim), não há concurso do crime entre estes delitos. Assim, declarada anteriormente a atipicidade da conduta do crime de bigamia pela Corte de origem, não há como, na espécie, subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica, em razão do princípio da consunção" (STJ, HC 39.583/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 8-3-2005).

“Bigamia. Art. 235 do Código Penal. Alegação de inexistência de dolo no agir do acusado, que acreditava já encaminhado o divórcio por advogado. Circunstâncias que não amparam a alegação do réu, que afirmou ser solteiro para a segunda esposa. Ademais, o segundo matrimônio foi contraído antes da entrada em vigor da Lei do Divórcio, o que comprova a impossibilidade de, na época, contrair novo casamento” (TJRS, Apelação 70001215037, Rel. Carlos Cini Marchionatti, j. 14-11-2000).

“Crime de bigamia. O prazo de prescrição da pretensão punitiva, no crime de bigamia, começa a correr da data em que a *notitia criminis* é levada ao conhecimento da autoridade pública — e não da data do delito (art. 111, IV, do Código Penal). Precedentes do STF” (STF, RE 113.763/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 17-3-1989).

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

Art. 236. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer dos cônjuges, homem ou mulher, do casamento anulado. *Sujeitos passivos* são o Estado e, em particular, o cônjuge enganado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *contrair casamento*, sob duas modalidades. A primeira, *induzindo* (aliciando, persuadindo) a erro

essencial, previsto pelo art. 219 do Código Civil. A segunda, *ocultando* (escondendo, sonegando) impedimento que não seja casamento anterior, e sim aqueles presentes no art. 183, I a XII, do Código Civil, que fazem com que o matrimônio seja nulo ou anulável (arts. 207 e 209 do CC).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente dirigida à realização de casamento, induzindo a vítima a erro essencial ou ocultando-lhe impedimento. Não há previsão de modalidade culposa e tampouco se exige elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no momento em que se realiza o casamento. A tentativa é juridicamente impossível, em decorrência da condição de processabilidade prevista no art. 236, parágrafo único. A tentativa, ainda que fosse possível, seria impunível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo, plurissubsistente, material e de conteúdo variado.

7 Condição de procedibilidade

A ação penal, que só pode ser intentada pelo cônjuge enganado, é de natureza privada. O trânsito em julgado de sentença que anulou o casamento constitui pressuposto processual ou *condição de procedibilidade*, que não se confunde com a existência do crime ou com *condição objetiva de punibilidade*. Trata-se apenas de condição para o exercício válido da ação penal.

8 Prescrição: termo inicial

A prescrição, somente começa a correr a partir do dia em que transita em julgado a sentença anulatória do casamento. A partir desse momento surge o direito de exercer a pretensão punitiva.

9 Questões especiais

O meio empregado pelo agente deve ser hábil a enganar. O crime admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* arts. 183 a 188, 207 a 224; arts. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais) e 30 do CP.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de dois a seis anos. Ação penal: de exclusiva iniciativa do cônjuge enganado.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Caso em que o réu é acusado de ter forjado casamento a fim de regularizar sua situação de estrangeiro residente no Brasil. Situação improvada. Em seu depoimento judicial a esposa não confirma a simulação do matrimônio, esclarecendo, ao contrário, que ela e o réu mantinham um relacionamento há mais de dois anos, o que leva a presumir que a união não foi um ato precipitado e artificioso" (TRF-4ª Região, Apelação 1999.04.01.011795-3, Rel. Eloy Bernst Justo, j. 8-8-2000).

Conhecimento prévio de impedimento

Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa que contrai casamento ciente da existência de impedimento absoluto. Se ambos os cônjuges têm conhecimento, há coautoria. *Sujeitos passivos* são o Estado e o cônjuge que

desconhecia o impedimento.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Trata-se de norma subsidiária em relação à prevista no artigo anterior (art. 236 do CP). Aqui contrai casamento, sabendo da existência de impedimento que leve à nulidade absoluta. O tipo não exige um comportamento ativo. Assim, é suficiente deixar de declarar a existência de causa de nulidade absoluta, sendo suficiente, pois, a simples omissão. O impedimento deve ser absoluto, isto é, que torne o matrimônio nulo, previsto no art. 183, I a VIII, do Código Civil.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente dirigida à realização de casamento, induzindo o outro a erro essencial sobre sua pessoa ou ocultando-lhe impedimento matrimonial. É indispensável que o sujeito ativo tenha consciência da existência do impedimento; essa exigência afasta a possibilidade de dolo eventual.

5 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetivação do casamento, isto é, com a conclusão do casamento. A tentativa, embora de difícil configuração, é admissível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo, formal, subsidiário, plurissubsistente, comissivo ou omissivo.

7 Questões especiais

Caso o impedimento conhecido seja o do art. 183, VI, do Código Civil (casado), haverá crime de bigamia (art. 235 do CP). A ação penal é de natureza pública em virtude da admissibilidade da coautoria entre os cônjuges. O tipo é um exemplo de norma penal em branco, visto que o conceito de impedimento é fornecido pela lei civil. Trata-se de infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95), com a competência

para o processo e julgamento reservada aos Juizados Especiais Criminais. O crime admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* arts. 183 a 191 do CC; art. 3º do Dec.-lei n. 3.200/41 (organização e proteção à família); arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é de detenção, de três meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

Simulação de autoridade para celebração de casamento

Art. 238. Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado e os cônjuges que agem de boa-fé, isto é, que são ludibriados.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada está em *atribuir-se* (imputar-se) falsamente (com mentira, fingimento) autoridade para celebração de casamento. O agente proclama-se autoridade para a celebração de casamento. Essa atribuição falsa exige conduta inequívoca do agente, que procure demonstrar que possui tal atribuição. Alguns autores falam em "competência" (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 3, p. 308; Heleno

Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 103).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de atribuir-se, falsamente, autoridade para celebração de casamento. O erro do agente quanto à sua atribuição para a prática do ato exclui o dolo. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Ocorre a consumação quando o agente pratica ato próprio da autoridade que se atribuiu falsamente. A tentativa é, em tese, admissível. O erro do agente exclui o dolo.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, de simples atividade ou mera conduta, plurissubsistente, subsidiário e comissivo.

7 Convalidação do ato e tipicidade

O casamento realizado perante autoridade incompetente é nulo (art. 208 do Código Civil). No entanto, a nulidade será considerada sanada em dois anos quando não alegada, o que não impede a configuração do delito. Em síntese: sua validação pelo decurso de tempo não retroage para afastar a sua tipicidade.

8 Questões especiais

Pelo que dispõe o art. 1.535 do CC, o escrivão não possui autoridade para celebrar casamento. Todavia, se o sujeito se faz passar por juiz de paz e, simultaneamente, outro se declara escrivão, há concurso de pessoas. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* arts. 192 a 201 do CC; art. 47 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave. Ação penal: pública incondicionada.

Simulação de casamento

Art. 239. Simular casamento mediante engano de outra pessoa:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial, cujo sistema adotado é monogâmico.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo será qualquer pessoa que simule o matrimônio. Aqueles que participarem do casamento, tendo ciência da simulação, são coautores. *Sujeito passivo* é a pessoa enganada — o outro nubente ou seu representante legal —, além do próprio Estado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

O comportamento tipificado é *simular*, que tem o sentido de fingir, de representar, disfarçar, aparentar aquilo que não é. No magistério de Hungria, "é figurar como contraente do matrimônio numa farsa que resulte para outro contraente a convicção de que está casando seriamente" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 344). É indispensável a utilização de *meio enganoso* para a prática do crime. Se os dois contraentes simulam o casamento, não se configura este crime, uma vez que faltou o "engano de outra pessoa".

3.1 Elemento normativo do tipo

Para configurar-se o crime é indispensável que a simulação de casamento ocorra por meio de engano (ardil, fraude, armadilha) do outro contraente.

Assim, a simples *representação* de estar se casando, para “pregar uma peça nos amigos”, é insuficiente para caracterizá-lo.

3.2 Crime subsidiário

Este crime será absorvido se o comportamento puder tipificar crime mais grave, e isso poderá configurar-se, quando houver, por exemplo, algum outro fim especial na conduta, como “posse sexual mediante fraude”, usando a simulação de casamento como meio.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade consciente de enganar o outro contraente simulando casamento, por meio de engano. Não há necessidade de elemento subjetivo especial do injusto, que, se existir, poderá configurar outro crime.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de “simulação de casamento” com a *efetiva simulação*, mesmo que o casamento não se realize. A tentativa é, teoricamente, admissível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime material, comissivo, plurissubsistente, subsidiário.

7 Questões especiais

Representante legal (ascendente, tutor ou curador) será sujeito passivo quando seu consentimento for indispensável à celebração do casamento. Para a configuração desse delito não se exige que o casamento seja realizado perante autoridade incompetente para a sua celebração. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a detenção, de um a três anos, se o

fato não constitui crime mais grave. Ação penal: pública incondicionada.

Adultério

Art. 240. (*Revogado pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005*.)

Capítulo II - Dos Crimes contra o Estado de Filiação

Registro de nascimento inexistente

Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a segurança do estado de filiação e a fé pública dos documentos oficiais.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado e, em particular, todas as pessoas prejudicadas pelo registro.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica consiste em *promover* (causar, originar, provocar) no registro civil a inscrição de registro inexistente, ou seja, a falsidade (material ou ideológica) integra a conduta. Este crime absorve o crime de falsidade ideológica, pela especialidade.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de

promover o registro civil de nascimento inexistente. Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto.

5 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetiva inscrição no registro de nascimento inexistente. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, comissivo, de perigo abstrato e material, unissubjetivo.

7 Questões especiais

O delito de falsidade fica absorvido pelo crime do art. 241, em virtude do princípio da consunção. É irrelevante que a declaração falsa verse sobre pessoa viva ou natimorto. Está isento de pena o réu que agiu com erro (art. 21). *Vide* art. 2º do Dec.-lei n. 5.860/43 (modifica o art. 348 do CC) e Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de dois a seis anos. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Registro de nascimento falso. Conduta que se viu materializar mediante apresentação ao registrador público de documento de 'nascimento vivo' visivelmente adulterado. Crime que, do modo como perpetrado, se revelou impossível. Acusada índia e analfabeta. Absolvição. O Notário de imediato percebeu que o documento apresentado estava falsificado. Em pesquisa no Cartório, constatou que o número da declaração (n. 8903561) era o mesmo que tinha originado o registro da filha da irmã da apelante" (TJRS, Apelação 70017816117, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 28-12-2006).

Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho

de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a segurança do estado de filiação e a fé pública dos documentos oficiais.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo da modalidade "dar parto alheio como próprio" é somente a *mulher*. Nas demais formas será qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado, bem como os herdeiros prejudicados, as pessoas lesadas com o registro e os recém-nascidos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

O tipo apresenta quatro formas de conduta. A primeira consiste em *dar* (conceber ou outorgar) *parto alheio como próprio*, parto suposto, no qual a mulher atribui a si "a maternidade de filho alheio, em regra, simulando prenhez e parto". A segunda forma é *registrar* (escrever ou lançar) no registro civil como sendo seu filho de outra pessoa. A terceira é *ocultar* (encobrir, esconder) o neonato, com a supressão (eliminação) de direitos inerentes ao seu estado civil, ou seja, o recém-nascido não é apresentado para assumir seus direitos. A quarta modalidade é *substituir* (trocar fisicamente) os recém-nascidos, alterando (modificando), consequentemente, direito inerente ao estado civil destes, de modo que a um se atribua o estado civil que a outro competia.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo, em todas as condutas, é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar a ação incriminada. Nas duas últimas modalidades, porém, exige-se também o elemento subjetivo especial do tipo consistente no *especial fim* de suprimir direitos inerentes ao estado civil dos neonatos.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a realização efetiva de qualquer das condutas descritas no tipo penal, seja dando parto alheio como próprio, seja registrando filho alheio como próprio, seja ocultando ou substituindo recém-nascido, de forma a suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil. Admite-se, teoricamente, tentativa, ante a possibilidade de fracionamento da fase executória.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crimes instantâneos e plurissubsistentes. Na primeira modalidade, trata-se de crime próprio, enquanto nas demais são crimes comuns. Nas duas últimas figuras típicas as condutas configuram crimes por tendência.

7 Forma privilegiada

A pena poderá ser atenuada, podendo ser concedido o perdão judicial ao agente, desde que tenha praticado o crime por motivo de reconhecida nobreza (altruísmo, humanidade, solidariedade — art. 242, parágrafo único).

8 Falsidade ideológica: absorção

A eventual falsidade que venha a servir de crime-meio para a prática do delito do art. 242 fica absorvido por este. Com o advento da Lei n. 6.898, de 30 de março de 1981, o presente dispositivo passou a prevalecer sobre o crime de falsidade ideológica (art. 299), em virtude do princípio da especialidade da norma penal.

9 Questões especiais

O privilégio previsto no parágrafo único é aplicável a todas as formas típicas. A forma privilegiada prevista no parágrafo único deste artigo admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* Lei n. 5.860/43 (modifica o art. 348 do CC); Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); e art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

10 Pena e ação penal

Para o *caput* é de reclusão, de dois a seis anos. A forma privilegiada comina pena de detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Parto suposto. Registro de filhas de outrem como próprias. Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa não evidenciada. Motivo de reconhecida nobreza não demonstrado de plano. Dúvidas a serem dirimidas no decorrer da instrução processual. Evidenciado que, em princípio, os pacientes teriam dado parto alheio como próprio, registrando como suas as filhas de outrem, caracterizado está, em tese, o delito que lhes é imputado, tornando-se prematuro o trancamento da ação penal. Não há prejuízos aos réus no tocante ao não reconhecimento, na via eleita, do perdão judicial descrito no art. 242, parágrafo único, do Código Penal, pois este poderá ser aplicado pelo Magistrado, se comprovado o motivo nobre, no momento da prolação da sentença" (STJ, RHC 17.569/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-5-2005).

"O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a apontada extinção da punibilidade no que concerne ao fato de registrar como seu filho de outrem, visto que o agente seria o falecido cônjuge da paciente. Não se vislumbra a ocorrência da prescrição em relação aos delitos previstos no art. 242 do Código Penal, se não transcorrido o prazo previsto para tanto. A partir da data em que os fatos se tornaram públicos, tem início a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva, a teor do art. 111, inc. IV, do mesmo Diploma de Lei" (STJ, HC 31.077/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 4-12-2003).

"Parto suposto. Evidenciado o fim nobre e altruístico da apelante, ao registrar filho alheio como seu, verificando que a vontade não era suprimir ou alterar direitos inerentes ao estado civil, impõe-se absolver com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal" (TJRS, Apelação 692081714, Rel. Cristovam Daiello Moreira, j. 28-10-1992).

Sonegação de estado de filiação

Art. 243. Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou

atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido são a segurança do estado de filiação e a fé pública dos documentos oficiais.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado e, em particular, o menor prejudicado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo está representado pelo verbo *deixar* (abandonar, desamparar, largar) filho próprio ou alheio, sendo necessário que o agente oculte a filiação do menor ou altere, não a declare ou lhe dê outra. O abandono deve ocorrer num *asilo de expostos* ou outra instituição similar (pública ou particular). O agente deixa o menor em asilo, não lhe revelando a filiação ou lhe atribuindo filiação falsa.

3.1 Abandono em outro local

O eventual abandono em local de outra natureza não tipificará, com certeza, este crime, mas poderá configurar o dos arts. 133 ou 134, conforme o caso. *Asilo de expostos* ou instituição similar constitui elementar típica, indispensável para a caracterização deste tipo penal.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de deixar menor em asilo de expostos ou em local similar, complementado pelo *elemento subjetivo especial* do tipo, que consiste no *especial fim de prejudicar* direito inerente ao estado civil.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com o efetivo abandono no local previsto, verificando-se a ocultação ou a alteração do estado civil, desde que, logicamente, tenha a finalidade de prejudicar direito inerente à filiação. Admite-se a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime material, de tendência, comissivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

Se a criança for deixada em lugar diverso do previsto no tipo, poderá configurar-se o delito dos arts. 133 ou 134 do CP. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Limitação à liberdade de prova penal

Adotam-se, no juízo penal, as restrições à prova estabelecidas no juízo cível, quanto ao estado das pessoas (art. 155 do CPP). O *estado* é a situação da pessoa em relação à família, à capacidade e à cidadania. Ademais, as questões relativas ao estado civil das pessoas constituem questões prejudiciais de natureza civil, que devem ser resolvidas no juízo cível.

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de um a cinco anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

Capítulo III - Dos Crimes contra a Assistência Familiar

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do

cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

— *Caput* com redação dada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido são a estrutura e o organismo familiar, particularmente a sua preservação, relativamente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente.

2 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos são os cônjuges, genitores, ascendentes ou descendentes. *Sujeitos passivos* são o cônjuge, o filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ascendente inválido ou ascendente ou descendente de enfermo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São três as figuras previstas pelo tipo. A primeira consiste em o agente *deixar de prover* (atender, abastecer, munir) os meios necessários à subsistência (alimento, remédio, vestuário, habitação) de cônjuge, filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ascendente, inválido ou valetudinário (com idade avançada e enfermo). A conduta subsequente é *faltar* ao "pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada

ou majorada", sendo necessária a "existência de sentença judicial alimentícia, seja homologando acordo entre as partes, seja fixando a pensão, ou majorando-a". Também incorre nessa forma típica o devedor que vise fraudar o pagamento de pensão (art. 244, parágrafo único). É considerada abandono pecuniário. A terceira forma de conduta é *deixar de socorrer* (largar, abandonar) ascendente ou descendente gravemente enfermo (doença física ou mental). O tipo penal ainda apresenta um elemento normativo justificante, que consiste na expressão "justa causa".

3.1 Ascendente maior de sessenta anos

O Estatuto do Idoso, nesta infração penal, substituiu a figura do *valetudinário* pela do *maior de sessenta anos*. Afora o fato de adequar o Código Penal à filosofia do Estatuto do Idoso, troca seis por meia dúzia, isto é, dá uma coisa pela outra, praticamente. Acreditamos, aliás, que pode representar certa perda, na medida em que eventual *valetudinário* com idade inferior aos sessenta anos estará excluído dessa proteção penal.

3.2 Crime cumulativo misto

A prática de duas ou mais condutas constitui concurso material de crimes, pois não se trata dos chamados crimes de conteúdo variado. As diversas condutas tipificadas constituem crimes distintos, autônomos, cumulativos, dando origem ao cúmulo de penas.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade consciente de deixar de prover à subsistência, ou de faltar ao pagamento de pensão, ou, ainda, de omitir socorro, nas diversas hipóteses previstas pela lei. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a recusa do agente em proporcionar os recursos necessários à vítima, ou quando falta ao pagamento de pensão ou deixa de prestar socorro. É inadmissível a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime permanente, omissivo puro, unissubjetivo e unissubsistente.

7 Questões especiais

Quando o agente pratica mais de uma conduta, configura-se concurso material de crimes. Para a lei penal os meios de recursos à subsistência não são tão abrangentes quanto aqueles previstos no campo do Direito Civil (art. 400). O agente já condenado que prosseguir em sua conduta delituosa poderá ser novamente processado, sendo observado o disposto no art. 71 do CP. A inobservância da ordem prevista nos arts. 397 e 398 do Código Civil não se enquadra como justa causa para a não prestação de alimentos. A prisão civil não interfere na configuração do delito do art. 244. *Vide* Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 22 e parágrafo único da Lei n. 5.478/68 (ação de alimentos) e art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

Detenção, de um a quatro anos, e multa de uma a dez vezes o maior salário mínimo do País. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Para a configuração do crime de abandono material, em quaisquer de suas figuras típicas, mister a prova de que o agente tenha deixado de prover, sem justa causa, a subsistência do sujeito passivo. Prova a ser produzida pela acusação, porque, em favor da ré, milita a presunção da inocência. Insuficiência de prova quanto ao dolo específico de abandono, elemento normativo do tipo penal previsto no art. 244 do CP. Acusada que, inclusive, ao sair de casa, levou a filha consigo e, posteriormente, antes de deixar a filha aos cuidados do pai, procurou o Conselho Tutelar para expor sua situação, condutas incompatíveis com o dolo do abandono. Absolvição que se impõe” (TJRS, Apelação 70018719526, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 13-2-2008).

“O agente que, por absoluta carência de meios, deixa de assistir economicamente as pessoas de sua obrigação não está sujeito à pena prevista pelo art. 244 do CP, visto que o crime de abandono material é doloso por essência. O delito de abandono material (art. 244 do CP) só se tipifica, quando o réu, possuindo recursos para prover o sustento da família, deixa de fazê-lo propositadamente” (TJPR, Apelação 0429158-1, Rel. Carlos Augusto A. de Mello, j. 13-12-2007).

“O inadimplemento da pensão alimentícia, por si só, não tipifica o delito do art. 244 do Código Penal, o qual exige a demonstração dos elementos objetivos e do ânimo deliberado de abandono. A execução civil, inclusive com a modalidade de cominação de prisão, é

suficiente à manutenção da paz jurídica. No caso em tela, inclusive, o acusado pagou todas as parcelas que estavam atrasadas" (TJRS, Apelação 70020652137, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 22-11-2007).

"Patente o dolo necessário à configuração do delito tipificado no art. 244, *caput*, do Código Penal, quando o acusado abandonou o filho aos cuidados da mãe, deixando de efetuar o pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada e de prestar qualquer outra forma de auxílio, nem mesmo demonstrando interesse em visitar o infante eventualmente" (TJRS, Apelação 70018406991, Rel. Roque Miguel Fank, j. 10-10-2007).

"O acusado, sem qualquer justificativa, deixou de atender às necessidades básicas de seu filho. Agiu, é certo, intencionalmente. Ao mudar de cidade e constituir nova família, entendeu por bem deixar de prover a subsistência do filho tido com a primeira mulher. Em outras palavras, desobrigou-se da paternidade, deixando-o aos cuidados exclusivos da mãe e dos parentes, quando tinha capacidade de, por qualquer forma, alcançar o mínimo de suas condições. Apelo ministerial provido para condenar o apelado, como incurso no art. 244 do Código Penal, à pena de 1 ano de detenção, substituída por restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, e à sanção pecuniária correspondente a um salário mínimo vigente à época do fato" (TJRS, Apelação 70015369689, Rel. Marlene Landvoigt, j. 8-8-2007).

"Abandono material. Depreende-se do conjunto probatório que o réu costumava atrasar o pagamento da pensão alimentícia de sua filha, mas acabava efetuando o mesmo com os valores que obtinha à época. Conforme bem salientado pela magistrada *a quo*, o pagamento parcial não significa que houve abandono material da filha. Saliente-se que, para a configuração do delito do art. 244 do Código Penal, o autor deve possuir condições de pagar a referida pensão alimentícia e deixá-la de pagar por sua livre vontade. O réu trabalha com lavagens de carros em um posto de gasolina, auferindo os seus rendimentos mediante as comissões que recebe por serviço prestado. Diante desse fato, não é improvável que o réu não possuísse condições materiais para o pagamento da pensão alimentícia da filha, pois o rendimento percebido varia de acordo com o volume de serviços prestados" (TJRS, Apelação 70008910069, Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 21-3-2007).

"Não há que se falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em razão do deferimento de guarda provisória de menores de idade (5 anos, 4 anos, e 40 dias, respectivamente) a guardiães de fato antes da citação da genitora ou de curador especial. Isto porque a situação em que as crianças se encontravam era de emergência, uma vez que vítimas de maus-tratos e abandono material, estando a genitora internada em hospital psiquiátrico para tratamento de doença mental. Ademais, a referida decisão judicial apenas objetivou assegurar o superior interesse das crianças, protegendo-as. Precedente (REsp 124.621/SP)" (STJ, RMS 11.064/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 22-3-2005).

"Crime de abandono material. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Improcedência. Não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do ora Paciente, porquanto a denúncia descreve, de forma consistente e suficiente para a deflagração da persecução penal, a existência, em tese, de fato tipificado como abandono material, caracterizado pelo descumprimento do dever legal de prover a subsistência de seus dependentes" (STJ, RHC 15.493/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-4-2004).

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a assistência familiar, no particular aspecto da assistência aos filhos menores.

2 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos somente serão os pais (legítimos, naturais ou adotivos); outras pessoas, mesmo tutor, não podem ser autor deste crime, a não ser por meio do instituto do concurso de pessoas. *Sujeito passivo* é o filho menor de dezoito anos, sendo irrelevante a natureza da filiação, aliás, agora proibida pela CF.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em o agente entregar (deixar sob os cuidados, guarda ou vigilância) filho menor de dezoito anos a pessoa capaz de colocá-lo em perigo moral (cáften, meretriz) ou material (ébrio, contumaz, portador de doença infectocontagiosa etc.). O § 2º prevê uma conduta autônoma desprovida de perigo, referente ao sujeito que auxilia (ajuda) a enviar o menor ao exterior.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de entregar menor de dezoito anos a pessoa com a qual pode ficar em perigo. Na hipótese de saber que pode correr perigo, o dolo pode ser direto ou eventual; na hipótese em que deve saber, o elemento subjetivo só pode ser dolo eventual. A nosso juízo é inadmissível a forma culposa (contra: Heleno Fragoso).

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a entrega efetiva do menor (art. 245, *caput*), ou, na segunda hipótese, com o auxílio nos atos praticados para enviar o menor ao exterior (art. 245, § 2º). Admite-se a tentativa, embora de difícil configuração.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo abstrato, instantâneo, próprio (*caput*), formal, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Forma qualificada (§ 1º)

Há duas formas que qualificam o crime: a) quando o elemento subjetivo especial do tipo consiste no especial de fim de obter lucro; b) quando o filho é enviado para o exterior.

8 Questões especiais

O tutor não pode ser sujeito ativo deste crime, que admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* arts. 238 e 239 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

9 Pena e ação penal

Detenção, de um a dois anos, para o *caput*. A forma qualificada comina pena de reclusão, de um a quatro anos (§§ 1º e 2º). Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Tráfico internacional de crianças — pretendido trancamento, no fato de ter transitado em julgado a decisão proferida no juízo civil, deferindo a adoção de menor por casal estrangeiro — circunstância que não inibe o juízo penal de apurar eventual fraude no procedimento, onde teriam atuado falsas mães biológicas. Tendo o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 28, de 24-9-1990 e o Governo Federal, por força do Decreto n. 99.710, de 21-11-1990, incorporado ao direito pátrio os preceitos contidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, não mais há de se discutir sobre a competência da justiça federal em casos de tráfico internacional de criança, aplicando-se a hipótese do art. 109, V, da CF/88" (STJ, RHC 6.322/PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 21-10-1997).

Abandono intelectual

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o direito à instrução fundamental dos filhos menores. Tutela-se, enfim, a educação dos filhos menores, procurando assegurar-lhes a educação necessária para facilitar-lhes o convívio social.

2 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos são os pais (legítimos, naturais ou adotivos). *Sujeito passivo* é o filho em idade escolar, qual seja, aquela compreendida entre sete e quatorze anos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada consiste em *deixar de prover*, ou seja, de providenciar a instrução primária de seu filho. O tipo apresenta um elemento normativo, contido na expressão "sem justa causa", isto é, omitir as medidas necessárias para que seja ministrada instrução ao filho em idade escolar. Como causas que justifiquem a omissão do agente podem ser entendidas "as dificuldades de acesso às escolas e a falta de escolas, tão comum em alguns Estados, além do grau de instrução rudimentar ou nula dos próprios

pais” (Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 135).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de deixar de prover a instrução primária de filho em idade escolar. Não há nenhum elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime quando, por tempo juridicamente relevante, o sujeito não providencia a instrução fundamental do filho. A tentativa é praticamente indemonstrável.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime omissivo próprio, permanente, unissubsistente e de mera conduta.

7 Questões especiais

A idade escolar de que fala o tipo é apenas uma qualidade pessoal do sujeito passivo. Não há configuração do delito quando a educação do menor é ministrada em casa, em decorrência do local em que se encontra. *Vide* art. 229 da CF.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são a detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Abandono intelectual. Art. 246 do Código Penal. Evasão escolar decorrente da vontade da adolescente, que não mais desejava estudar e foi viver com o namorado, inobstante os esforços da genitora, incabível a responsabilização criminal desta. Ausente o dolo, ou seja, a vontade dos genitores em impedir que o filho frequente a escola e, não sendo o delito punível a título de culpa, não há como receber a denúncia. Não será processando criminalmente os genitores que se resolverá o problema, muito mais complexo, de cunho social, cuja solução demanda atendimento sociopsicológico do adolescente e de sua família” (TJRS, Recurso Crime 71000939157, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 4-12-2006).

"Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno" (STJ, MS 7.407/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 24-4-2002).

Art. 247. Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I — frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II — frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III — resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV — mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico é a formação e educação moral do menor, embora o tipo penal não consagre esse *nomen juris*.

2 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos serão não apenas os pais como qualquer pessoa a quem o menor foi confiado, isto é, que o tenham sob seu poder, guarda ou vigilância. *Sujeito passivo* é o menor de dezoito anos, submetido ao poder ou confiado à guarda ou vigilância do agente.

3 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo é o verbo *permitir* (dar liberdade, tolerar, admitir), de maneira expressa ou tácita, que menor de dezoito anos realize qualquer das condutas previstas nos incisos I a IV. O primeiro caso (inciso I) prevê que o menor compareça *com habitualidade* a casa de jogo ou mal-afamada

(cassino, cabaré, casa de carteado) ou *conviva* (tenha contato habitual) com pessoa viciosa ou de má vida, como viciados em drogas, prostitutas etc. O inciso II também exige a frequência na conduta do menor em assistir ou participar de espetáculos que venham a pervertê-lo ou ofender-lhe o pudor. Na conduta do inciso III o menor reside (fixa residência, mora) ou trabalha (presta serviço, mediante pagamento) em casa onde é realizado o meretrício. O último inciso diz respeito ao menor que mendigue (viva como pedinte) ou sirva a mendigo para excitar (estimular, despertar) a comiseração (compaixão) pública.

3.1 Habitualidade

O comparecimento uma ou outra vez ao local proibido é insuficiente para caracterizar o sentido do verbo *frequentar*, que tem o sentido de reiteração, repetição, ou seja, *habitualidade*. Somente o comparecimento reiterado terá idoneidade para tipificar a conduta proibida nos incisos I e II do dispositivo em exame.

3.2 Pessoa viciosa ou de má vida

O significado e o alcance de expressões como essas também mudam ao longo do tempo, especialmente passados mais de sessenta anos. *Pessoa viciosa* pode ser compreendida como desregrada, descomprometida com o bom comportamento; *de má vida*, por sua vez, refere-se ao aspecto moral, particularmente em relação aos sadios costumes sociais.

3.3 Espetáculo capaz de perverter ou ofender o pudor

Perverter tem o sentido de corromper, de depravar; *ofender o pudor* quer dizer atingir o pudor, envergonhar. É necessário que o menor *frequente* espetáculos que apresentem cenas ou atos depravados, despudorados, capazes de prejudicar a sua formação moral.

3.4 Mendigo que excita a comiseração pública

Comiseração pública é a piedade, a pena, a compaixão que a situação mendicante de alguém pode despertar na sociedade. Mendigo é o pedinte andarilho, que busca nas ruas as migalhas doadas que possam garantir-lhe a sobrevivência.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de permitir a liberalidade do menor em qualquer das formas previstas no tipo penal. Para o inciso IV se exige também o elemento subjetivo especial do tipo, consistente no *especial fim* de excitar a comiseração pública.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime quando o menor pratica quaisquer das condutas previstas, no caso de permissão anterior. Se a permissão for posterior à prática, a consumação dá-se com o assentimento. Admite-se a tentativa, em princípio, somente se a permissão for antes da prática da conduta.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo, de perigo abstrato, omissivo e de forma vinculada.

7 Questões especiais

O agente poderá incorrer em erro a respeito do local ou atividade (art. 20 do CP). A prática de mais uma conduta dá lugar ao concurso material, pois não se trata de crime de conteúdo variado. Admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais); arts. 50, § 4º, do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) e 240 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são a detenção, de um a três meses, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Abandono moral – Art. 247, IV, do Código Penal — Excitação da comiseração pública — Inexistência — Não se pode concordar com a condenação, pela prática do crime do art. 247, IV, do Código Penal, se a acusada, vítima de extrema miséria, permite que a filha menor vá para a rua em busca de algum dinheiro, que servirá para prover de alimentos a

ela e os demais irmãos, não restando evidenciado o objetivo de excitar a comiseração pública" (TJMG, Apelação 1.0000.00.353417-9/000(1), Rel. Antonio Carlos Crunivel, j. 11-11-2003).

Capítulo IV - Dos Crimes contra o Pátrio Poder, Tutela ou Curatela

Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes

Art. 248. Induzir menor de 18 (dezoito) anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de 18 (dezoito) anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos são o pátrio poder, a tutela ou a curatela, mais especialmente os direitos a seu exercício.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são aqueles que detêm o direito/dever de exercer o pátrio poder, tutela ou curatela, isto é, são os pais, tutores ou curadores, bem como menor de dezoito anos ou interdito.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São três figuras típicas. A primeira consiste em *induzir* (persuadir, incitar) menor de dezoito anos ou interdito à fuga, ou seja, "deve ser no sentido de que o menor escape por seus próprios meios e para os fins que se

propuser". A segunda conduta é *confiar* (entregar, transmitir) a outrem o incapaz, de modo arbitrário. A terceira conduta, finalmente, é *deixar de entregá-lo* (menor de dezoito anos ou interdito), caracterizando a sonegação de incapaz. Essa modalidade apresenta dois elementos normativos, que são as expressões "sem justa causa" e "legitimamente".

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no tipo. Não há exigência de elemento subjetivo especial do tipo, tampouco previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime: a) com a efetiva fuga do incapaz; b) com a entrega; c) com a recusa injustificada do agente. Admite-se a tentativa somente nas duas últimas modalidades (induzimento a fuga e entrega arbitrária).

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo, material e plurissubsistente no induzimento a fuga, comissivo, instantâneo e de mera conduta na entrega arbitrária e omissivo puro e permanente na sonegação de incapaz.

7 Questões especiais

Aquele que, separado judicialmente e desprovido de pátrio poder, recusa-se a entregar filho menor incorre nas sanções do art. 359 do CP (nesse sentido, TACrimSP, *RT*, *500*:346). No crime do art. 248, o menor é persuadido a sair do local onde se encontra, o que não ocorre no art. 249, no qual o incapaz é retirado do lugar. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são detenção, de um mês a um ano, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"No crime de subtração de incapaz, o menor é tirado do poder de quem o tem, sob sua guarda, em virtude de lei ou ordem judicial, ao passo que o de sonegação de incapaz consiste na recusa de entrega (retenção), sem justa causa, do incapaz a quem legitimamente o reclame" (TAMG, Apelação 14.549, Rel. Edelberto Santiago, j. 17-11-1986).

"Há justa causa para a ação penal, pelo delito do art. 248 do CP, instaurada contra quem vende recém-nascido cuja guarda lhe fora confiada pela mãe" (TACrimSP, HC 90.250, Rel. Albano Nogueira, j. 19-3-1979).

Subtração de incapazes

Art. 249. Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

DOUTRINA

1 Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos são a garantia e a proteção da instituição familiar, particularmente em relação aos direitos relativos ao pátrio poder, à tutela ou à curatela, mais especificamente os direitos a seu exercício.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o pai, tutor ou curador destituídos ou temporariamente privados do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda (§ 1º). *Sujeitos passivos* são os pais, tutores ou curadores e, especialmente, o incapaz.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *subtrair* (tirar, retirar, furtar) o incapaz do poder, guarda ou vigilância de quem de direito. Para tipificar esta infração, o comportamento deve ser de tal ordem que crie um estado ou situação que inviabilize a guarda ou vigilância do responsável. Eventual consentimento do incapaz é irrelevante, na medida em que este não tem capacidade para consentir.

3.1 Meios ou formas de execução

Os meios de execução, em tese, são irrelevantes para a tipificação do crime, que pode ser mediante violência ou grave ameaça ou, simplesmente, mediante "sedução", fraude, ardil, estratagema ou até mesmo com o consentimento da vítima, embora legalmente inválido. Essas questões, contudo, devem ser objeto de avaliação na dosimetria da pena.

3.2 Crime subsidiário

Somente haverá este crime se não caracterizar outro de natureza mais grave, e não apenas quando constitua elemento de outro crime, como refere equivocadamente o preceito secundário. Essa questão é facilmente resolvida através do conflito aparente de normas.

3.3 Fuga do menor: atipicidade

Se o menor fugir, sozinho, procurando, posteriormente, a companhia e a proteção do agente, não se constituirá este crime. Contudo, o eventual auxílio à iniciativa do menor, contribuindo para sua realização, a nosso juízo, tipifica o crime (contrário: Heleno Fragoso).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de subtrair menor ou interdito do poder ou guarda de quem legalmente o detenha. É indispensável, evidentemente, que o agente tenha conhecimento de que o incapaz se encontra sob a guarda ou proteção legal de outrem.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva subtração do incapaz, mesmo que o

agente não consiga consolidar seu domínio sobre a vítima, mantendo uma posse intranquila. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo, comissivo, material, comum e subsidiário.

7 Subtração de incapazes e outros crimes

Se a subtração ocorrer para fim libidinoso, há o delito previsto nos arts. 219 ou 220 do CP. Caso a finalidade da subtração seja a obtenção do resgate, configura-se o crime do art. 159 (extorsão mediante sequestro). Quando o sujeito realizar a conduta típica com o emprego de violência (física ou moral), responderá em concurso com ela. Não é sujeito ativo aquele que venha a acolher o menor interdito. Se o objetivo do agente for meramente a privação de liberdade do incapaz, incorrerá no art. 146 (constrangimento ilegal).

8 Perdão judicial

Por política criminal, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se o agente restituir o menor ou interdito sem que este tenha sofrido maus-tratos ou privações. Essa devolução, nessas condições, não deixa de caracterizar uma espécie de “arrependimento posterior”, que, nesta hipótese, recebe um tratamento mais benéfico do que aquele previsto no art. 16 do CP.

9 Questões especiais

A subtração poderá dar-se por induzimento, porém seus elementos diferem dos previstos no art. 248 do CP. Admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais); art. 237 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Subtração de incapaz. Incabível. Comprovado pelos depoimentos que o apelante constrangeu a criança a entrar no veículo e a manteve privada de sua liberdade, sob ameaça de arma de fogo, telefonando para a mãe, afirmando que ia matá-la, pratica o réu o delito do art. 148, § 1º, do Código Penal, e não subtração de incapaz” (TJRS, Apelação 70021148168, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 18-10-2007).

“Há crime de subtração de incapaz, se o acusado se excedeu na autorização que a representante legal do menor tinha lhe dado, tirando o menor de sua convivência” (TJMG, Apelação 1.0114.04.040156-3/001(1), Rel. Paulo Cezar Dias, j. 24-4-2007).

“Não há crime de subtração de incapazes se os menores que eram levados pelo acusado para a sua casa eram abandonados e viviam nas ruas, em situação de risco” (TJMG, Apelação 1.0024.02.652603-8/001(1), Rel. José Antonino Baía Borges, j. 17-2-2005).

“Falsidade ideológica. Sequestro. Desclassificação para o delito do art. 249 do CP (subtração de incapaz). Comprovada a ocorrência dos delitos de falsidade ideológica, por meio de certidão de nascimento falsa, e subtração de incapaz, eis que a ré subtraiu criança permanecendo com ela por trinta e sete dias, cuidando-a como se fosse sua filha. Declarada extinta a punibilidade, pela prescrição, quanto ao delito de subtração de incapaz” (TJRS, Apelação 70005965991, Rel. Silvestre Jasson Ayres Torres, j. 17-3-2004).

TÍTULO VIII - DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

Capítulo I - Dos Crimes de Perigo Comum

Incêndio

Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º As penas aumentam-se de um terço:

I — se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;

II — se o incêndio é:

a) em casa habitada ou destinada a habitação;

b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;

c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;

d) em estação ferroviária ou aeródromo;

e) em estaleiro, fábrica ou oficina;

f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;

g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Incêndio culposo

§ 2º Se culposo o incêndio, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer das chamas provenientes de um incêndio. A simples exposição a perigo justifica a proteção, uma vez que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do bem incendiado. *Sujeitos passivos* são a coletividade e aqueles que têm sua integridade pessoal ou patrimonial lesada ou ameaçada pelo dano.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *causar incêndio*, devendo este ser entendido como "a voluntária causação de fogo relevante, que, investindo uma coisa individuada, subsiste por si mesmo e pode propagar-se, expondo a perigo coisas outras, ou pessoas, não determinadas ou indetermináveis de antemão". O incêndio é fogo perigoso, potencialmente lesivo à vida, à integridade corporal ou ao patrimônio de um número indeterminado de pessoas. É irrelevante, para a caracterização do crime, a natureza da coisa incendiada, bem como os meios executórios dos quais se vale o agente, desde que idôneos para a configuração do incêndio.

3.1 Fogo ou incêndio não perigoso

Se o incêndio ou mesmo o simples fogo não for perigoso, isto é, não representar um perigo real, concreto, efetivo a um número indeterminado de pessoas ou bens, não caracterizará o crime de incêndio, podendo, no máximo, tipificar crime de dano, desde que se trate de coisa alheia (art. 163).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de causar incêndio. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial

do tipo. A existência de um fim especial poderá agravar a pena, qualificar o crime ou, quem sabe, tipificar outra infração penal. Se visar a obtenção de vantagem pecuniária, em proveito próprio ou alheio, a pena será majorada em um terço (§ 1º, I). Poderá configurar crime contra a segurança nacional (art. 20 da Lei n. 7.170/83).

5 Perigo a pessoa certa e determinada

Somente haverá o crime em análise se o incêndio acarretar perigo para um número indeterminado de pessoas ou de bens. Se o agente visar expor a perigo somente uma pessoa certa e determinada, o crime será aquele do art. 132 do CP.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a superveniência da situação de perigo comum, e não apenas com o início do fogo. Não se trata de perigo abstrato, sendo necessárias não apenas a produção de fogo autônomo e relevante, mas também a verificação do perigo concreto, efetivo, embora não se exija a produção de chamas. Admite-se a tentativa.

7 Classificação doutrinária

Crime comum, de perigo concreto e coletivo, simples, de forma livre, comissivo ou omissivo, plurissubsistente.

8 Formas qualificadas

§ 1º, I — Se o crime é cometido com o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio: não havendo perigo à incolumidade pública, o agente que incendeia coisa própria a fim de obter indenização de valor seguro responde pelo delito do art. 171, § 2º, V, do CP. Entretanto, em ocorrendo perigo comum, não há falar em fraude, mas sim em incêndio qualificado, que absorve esta.

II — Se o incêndio é: a) em casa habitada ou destinada a habitação: basta que o agente saiba ser a casa destinada a habitação, sendo desnecessária a presença de pessoas dentro dela; b) em edifício público (de propriedade da União, do Estado ou do Município) ou destinado a uso público (igrejas, cinemas, teatros) ou a obra de assistência social (hospitais, creches,

sanatórios) ou a veículo de cultura (museus, bibliotecas); c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo (barcos, trens, ônibus, aviões, embora não ocupados por pessoas ou coisas); d) em estação ferroviária ou aeródromo (aqui se incluem as construções portuárias e as estações rodoviárias); e) em estaleiro, fábrica ou oficina (mesmo que se verifique a ausência de pessoas no local); f) em depósito de explosivo (matéria detonante ou deflagrante), combustível (substância capaz de fomentar o fogo) ou inflamável (substância facilmente combustível); g) em poço petrolífero ou galeria de mineração (em razão da gravidade dos efeitos produzidos); h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta (lavoura é terra cultivada; pastagem é campo coberto de ervas para a alimentação do gado; mata é o conjunto de árvores de grande porte, e floresta é agrupamento de matas).

9 Forma culposa

Decorre da inobservância, pelo agente, do cuidado objetivamente necessário, exigido pelas circunstâncias, com a consequente produção de um estado de perigo coletivo. Embora o dispositivo em exame não o defina, a culpa pode decorrer de negligência, imprudência ou imperícia.

10 Concurso com o crime de homicídio

Quando o sujeito ativo objetiva, com a produção do incêndio, matar ou lesionar pessoa certa, haverá concurso formal entre o delito de incêndio e homicídio qualificado (art. 121, parágrafo único, III), tentado ou consumado, ou o de lesão corporal, com a agravante do art. 61, II, *d*. Se o incêndio é motivado por inconformismo político, *vide* Lei n. 7.170/83, art. 20.

11 Incêndio em mata ou floresta

Caracteriza-se o delito insculpido no art. 41 da Lei n. 9.605/98 (“Provocar incêndio em mata ou floresta”) quando do incêndio não advir perigo à incolumidade pública, visto que aquele dispositivo tutela o ambiente, resguardando a integridade das matas e florestas.

12 Incêndio em lavoura ou pastagem

Se o fogo, porém, for provocado em lavoura ou pastagem, poderá incorrer o agente nas penas do art. 250, já que o art. 41 da Lei de Crimes Ambientais refere-se tão somente ao fogo potencialmente lesivo às matas e florestas (cf. Luiz Regis Prado, *Crimes contra o ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 141).

13 Poluição atmosférica decorrente de incêndio

Para a hipótese de poluição atmosférica oriunda de incêndio, com resultados lesivos à saúde humana, aos animais e à flora, *vide* art. 54 da Lei n. 9.605/98. *Vide* ainda: art. 173 do CP; arts. 41 e 54 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais); art. 26, *e*, da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal); art. 10, *a*, da Lei n. 5.197/67 (proteção à fauna); e, no tocante ao § 2º, Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

14 Questões especiais

Trata-se de fato atípico a acusação de incêndio em coisa própria, sem a produção de perigo comum. Não se verificando risco à incolumidade pública e não sendo própria a coisa, o delito será de dano simples (art. 163, *caput*, do CP) ou qualificado (art. 163, parágrafo único, II). Se o agente provoca o incêndio com o intuito de expor a perigo um número determinado de pessoas, responderá pelo crime do art. 132 do CP. Se o agente faz fogo, por qualquer modo, em floresta e demais formas de vegetação, sem tomar as precauções adequadas (queima controlada ou queimada), responde pela contravenção penal ínsita na alínea *e* do art. 26 do Código Florestal, e não pelo delito de incêndio doloso ou culposo (art. 250 do CP), desde que não haja risco à coletividade.

15 Pena e ação penal

Para a modalidade simples (*caput*), a pena é de reclusão, de três a seis anos, e multa. Nas *formas qualificadas*, as penas são aumentadas em um terço. Tratando-se de incêndio culposo, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Incêndio. Comete o delito previsto no art. 250, § 1º, II, *a*, do CP, o agente que ateia fogo em residência habitada ou destinada a habitação, expondo a perigo a integridade física e o patrimônio dos moradores e vizinhos” (TJRS, Apelação 70022812325, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 21-2-2008).

“Incêndio. Imperiosa a condenação, quando o conjunto probatório indica a autoria do acusado pela prática de incêndio. Pela dicção da norma incriminadora do art. 250 do CP basta que o delito exponha a perigo o patrimônio de outrem” (TJRS, Apelação 70020316063, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 6-12-2007).

“Crime de incêndio. Apenamento. Comunicação ao TRE. Art. 15, III, CF. A conduta criminalizada no art. 250, CP, é apenada com reclusão, ao invés de detenção. É obrigatória a comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral acerca do trânsito em julgado da condenação, órgão competente para avaliar a capacidade eletiva do cidadão. Precedentes” (TJRS, Apelação 70021262845, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 22-11-2007).

“Art. 250, § 1º, II, *a*, do CP. Agravante do art. 61, II, *h*, do CP. Duplo incêndio. Alegação afastada. Desígnio único. Presente um único desígnio, de incendiar o prédio onde residia a ex-companheira, deve ser afastada a pretensão de reconhecimento de duplo incêndio. Constatado que o réu sabia que a filha da ex-companheira residia na parte inferior do prédio, juntamente com duas crianças, impõe-se o reconhecimento da majorante da casa habitada, bem como da agravante de crime cometido contra criança” (TJRS, Apelação 70020144853, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 6-9-2007).

“Incêndio. A ausência de perícia não é hábil a afastar a materialidade do fato. A prova testemunhal é apta a suprir a ausência de laudo técnico. A pena de multa não pode ser afastada, pois integra o preceito secundário do tipo penal do art. 250, de forma cumulativa” (TJRS, Apelação 70020031217, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 12-7-2007).

“Art. 250, § 1º, II, *a*, do CP. Ausência de laudo pericial. Prova testemunhal suficiente. Condenação. Coerente prova testemunhal é suficiente para atestar materialidade e autoria do delito de incêndio, quando ausente laudo pericial. Apelo ministerial provido” (TJRS, Apelação 70018562488, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 28-6-2007).

“Incêndio culposo. Comete o delito previsto no art. 250, § 2º, c/c o art. 258, 2ª parte, do CP, a agente que, agindo com imprudência, provoca explosão ao inserir óleo diesel em lamparina ainda acesa, permitindo, assim, que o fogo se alastrasse pela residência da vítima, causando a morte de uma pessoa. Condenação mantida” (TJRS, Apelação 70019171529, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24-5-2007).

“Incêndio. Prova pericial. O crime do art. 250 do CP exige, para comprovação de sua materialidade, laudo pericial, como determina o art. 173 do CPP. Existência de dois laudos contraditórios. Prevalência do laudo elaborado por perito oficial, que concluiu pelo curto-circuito como causa provável do incêndio. Sentença absolutória mantida” (TJRS, Apelação 70009086125, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 16-9-2004).

“O crime de incêndio é material (resultado natural ou material) e de perigo concreto (resultado jurídico). Todavia, a verificação da assertiva, feita no v. acórdão recorrido, acerca do *summatum opus*, exigindo a análise fático-probatória, esbarra no óbice insculpido na Súmula 7/STJ” (STJ, REsp 498.839/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 5-8-2003).

“O incêndio é crime em que se expõe, conscientemente, a incolumidade pública, a perigo ou dano, pela destruição de um objeto pelo fogo. A pena do crime de incêndio é aumentada em até 1/3, sempre que evidentes as circunstâncias previstas no § 1º, do art. 250, do Código Penal. A expressão ‘casa habitada ou destinada à habitação’, inserida na letra *a*, do inc. II, do § 1º, do art. 250 do Código Penal, abrange as edificações que sirvam de habitação, ainda que eventualmente” (STJ, REsp 109.867/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 4-

12-2001).

Explosão

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 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 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 n. II do mesmo parágrafo.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer das condutas proibidas. A simples exposição a perigo justifica a proteção, uma vez que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo*, além da coletividade, é a pessoa especificamente atingida pelos efeitos da explosão.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *expor a perigo*, que tem o sentido de *arriscar, colocar em perigo* o bem protegido. Difere do tipo do art. 132, por acrescentar, como bem jurídico protegido, o "patrimônio" de outrem, além da forma de sua execução. Trata-se, na verdade, de exposição a perigo da vida, integridade física e patrimonial de número incerto de pessoas, mediante: a) explosão, que "é ato ou efeito de rebentar com violência, estrondo e deslocamento de ar"; b) arremesso de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos (consiste no lançamento a distância de artefato feito de substância explosiva, que pode ser de dinamite ou nitroglicerina, ou o TNT, os explosivos à base de ar líquido, as gelatinas explosivas etc.); c) colocação de dinamite ou substância de efeitos análogos (pôr em determinado local).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de causar explosão ou arremessar ou colocar engenho de dinamite ou substância análoga. É indispensável que o agente tenha consciência, ademais, de que expõe a perigo a vida, a incolumidade física ou patrimônio de número indeterminado de pessoas. Não há necessidade de fim especial, isto é, de elemento subjetivo do tipo, que, se existir, poderá caracterizar outro crime, ou então caracterizar uma majorante (visar a obtenção de vantagem pecuniária — § 2º).

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o arremesso ou a colocação do engenho, instalando-se uma situação de iminente perigo. A tentativa é admissível nas duas primeiras modalidades.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo concreto e coletivo, de forma vinculada alternativa, de conteúdo variável, formal, pluriofensivo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Forma privilegiada

Quando o artefato usado não se tratar de dinamite ou substância de efeitos análogos (§ 1º), mas sim de explosivo menos danoso, como a pólvora.

8 Formas majoradas

Ocorrem quando se verifica a ocorrência de qualquer das hipóteses elencadas no art. 250, § 1º, I e II.

9 Forma culposa

Se a explosão resulta da desatenção do agente, que não observa as regras de cuidado exigíveis pelas circunstâncias. A modalidade culposa prevista no § 3º restringe-se à hipótese de explosão, não abarcando o mero arremesso ou a colocação do artefato explosivo. A culpa pode decorrer de negligência, imprudência ou imperícia.

10 Dano qualificado

Não ocorrendo perigo à incolumidade pública, e não sendo própria a coisa, responderá o agente pelo delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, II).

11 Questões especiais

É imprescindível para o delito de *explosão* que ocorra *perigo concreto* à vida, integridade física ou patrimônio alheio; caso contrário, a conduta poderá caracterizar o delito insculpido no art. 42 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). Contempla-se também a implosão, em que há um processo endotérmico de dilatação de gases (explosão endotérmica). Se a explosão ofende a segurança nacional, *vide* art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei da Segurança Nacional). Os §§ 1º e 3º admitem suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual ou

inferior a um ano. *Vide* ainda arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

12 Pena e ação penal

A pena prevista para o *caput* é de reclusão, de três a seis anos, e multa. As penas aumentam-se de um terço se ocorrem as hipóteses do § 1º, I e II, do art. 250. Na forma privilegiada, a pena é de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Em se tratando de incêndio culposo com emprego de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; se outra a substância, a pena é de detenção, de três meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Crimes de incêndio e explosão, na forma qualificada. Absolvição em grau de recurso, por inexistência de prova. Hipótese na qual os recorridos, condenados em primeiro grau de jurisdição por suposto envolvimento na explosão do Osasco Plaza Shopping, foram absolvidos em grau de recurso" (STJ, REsp 880.283/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-12-2006).

"Explosão. Configura-se o delito do art. 251, § 1º, quando o agente arremessa artefato explosivo, não consistente em dinamite ou similar, em direção à vítima, expondo a risco sua integridade física" (TJRS, Apelação 70008695405, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 12-8-2004).

"Delito de explosão (art. 251, §§ 1º e 2º, do Código Penal). Prova que atesta a prática, pelo réu, do agir comportamental que lhe é imputado. Preparou artefatos tendentes a explodir a pólvora e um botijão de gás que fora preparado, com o corte da mangueira que leva o gás ao fogão, colocando-o na garagem da residência onde moram as vítimas imediatas" (TJRS, Apelação 70005752522, Rel. Marco Antônio Barbosa Leal, j. 4-11-2003).

Uso de gás tóxico ou asfixiante

Art. 252. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer das condutas proibidas. A simples exposição a perigo justifica a proteção, uma vez que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser o *sujeito ativo*. O *sujeito passivo*, ao lado da coletividade, é a pessoa que tem sua vida, a integridade física ou patrimônio ofendidos ou ameaçados por qualquer gás tóxico ou asfixiante.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta criminalizada é *expor* a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de indiscriminado número de pessoas. Na execução dessa exposição a perigo o agente utilizará gás *tóxico* (que ocasione o envenenamento) ou *asfixiante* (que produza sufocação). A natureza ou qualidade do gás deve ser comprovada através de exame pericial.

3.1 Toxicidade do gás: potencialidade lesiva

É indispensável que o gás tenha toxicidade suficiente para pôr em risco a vida, saúde ou patrimônio de outrem. A detonação de ampola de gás lacrimogêneo, mesmo em recinto fechado, não tem a toxicidade suficiente para criar o perigo exigido pelo tipo penal. A conduta é atípica.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é dolo, representado pela vontade consciente de expor a perigo o bem jurídico protegido por meio do uso de gás tóxico ou asfixiante. Pode configurar-se também o dolo eventual. Se houver dolo de dano, que também pode ser eventual, caracterizar-se-á outro crime.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se com a instalação da situação de perigo comum, ou seja, de

perigo concreto. É indispensável a ocorrência efetiva de perigo para a incolumidade pública. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Crime comum, formal, pluriofensivo, de perigo concreto e coletivo, unissubjetivo.

7 Forma culposa

A forma culposa, a exemplo das demais figuras, poderá configurar-se quando o agente agir com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, pode decorrer da não observância (parágrafo único) do cuidado necessário pelo sujeito ativo do delito. A culpa não decorre da simples possibilidade de saber que se trata de gás tóxico ou asfixiante.

8 Letalidade do gás: irrelevância

Para a caracterização do crime, não é preciso que o gás seja mortal. Se o gás não é tóxico ou asfixiante, poderá o ato configurar contravenção penal (art. 38 da Lei das Contravenções Penais).

9 Questões especiais

O agente que com sua conduta visa expor a perigo de vida número determinado de pessoas pratica o delito constante do art. 132 do CP. Caso a intenção do sujeito ativo seja provocar a morte de certa pessoa, responderá ele também pelo delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III, do CP), em concurso formal. O presente artigo admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual ou inferior a um ano. Art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são a reclusão, de um a quatro anos, e multa. Se o crime for culposo, a pena cominada será de detenção, de três meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Proibição de uso da substância pela Resolução n. 19/00 da Anvisa. Trata-se do brometo de metila de gás liquefeito, inflamável, altamente tóxico, incolor à temperatura e pressão ambiente e, em razão de sua alta persistência na atmosfera, a substância também é prejudicial à camada de ozônio. Destarte, o Brasil é signatário da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985) e do Protocolo de Montreal (1987) — promulgado e publicado no Brasil pelo Decreto n. 99.280, de 6-6-1990 — comprometendo-se internacionalmente a reduzir e proibir substâncias — dentre as quais o brometo de metila — degradadoras da Camada de Ozônio. Muito embora não haja hierarquia formal estrita, entre os diversos atos administrativos exarados acerca da matéria, que imponha, a princípio, o afastamento de um ou de outro, o conflito deve se resolver favoravelmente ao ato emanado pela autoridade competente, qual seja, a da Anvisa, carecendo os demais órgãos de legitimidade para tratar do assunto. Outrossim, a resolução deve preponderar pela precaução e preservação do meio ambiente (proteção à camada de ozônio) e à saúde (toxicidade do produto), na linha do compromisso assumido pelo Brasil nos atos internacionais” (TRF-3ª Região, Apelação em MS 2000.61.00.010798-1, Rel. Alexandre Sormani, j. 31-1-2007).

“Uso de gás tóxico ou asfixiante. Réu denunciado na forma dolosa e condenado na modalidade culposa, circunstância não compreendida, explícita ou implicitamente, na denúncia. Sentença nula. Se a nulidade da sentença não foi arguida no apelo, a absolvição é um imperativo” (TJRS, Apelação 70003453883, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 14-2-2002).

Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante

Art. 253. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer das condutas proibidas. A simples exposição a perigo justifica a proteção, uma vez que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualquer qualidade ou condição. *Sujeito passivo* é a coletividade, isto é, o Estado, que é, por presunção, titular da incolumidade pública.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São cinco as modalidades de condutas típicas alternativamente previstas: (1) *fabricar* (elaborar, criar, produzir); (2) *fornecer* (entregar a outrem, a título gratuito ou oneroso); (3) *adquirir* (obter, gratuita ou onerosamente); (4) *possuir* (ter sob guarda ou à disposição); e (5) *transportar* (conduzir ou remover de um lugar para outro). A lei *presume* o perigo comum, sendo dispensável a sua superveniência.

3.1 Elemento normativo: sem licença da autoridade

Tais condutas devem ser realizadas "sem licença de autoridade". Trata-se de *elemento normativo* referente à ausência de uma causa de justificação, que, uma vez presente, exclui a tipicidade. O desconhecimento da inexistência dessa licença, ou mesmo o desconhecimento da necessidade de tal licença, pode caracterizar erro de tipo.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal. Não é necessário nenhum elemento subjetivo especial do tipo. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se com a prática de qualquer das condutas típicas incriminadas. A tentativa é de difícil configuração.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo abstrato, comum, doloso, de conteúdo variável e vago.

7 Questões especiais

A contravenção do art. 18 da Lei das Contravenções Penais é absorvida pelo crime descrito no presente artigo. Se o fabrico de explosivos é meio para a prática do crime de *dano qualificado* (art. 163, parágrafo único, II), não se verifica o concurso material, mas sim a absorção daquele por este (*vide RT*, *378*:226 e *RF*, *223*:321). *Vide* arts. 22 e 26 da Lei n. 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal, em se tratando de danos nucleares. *Vide* ainda: art. 242 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são a detenção, de seis meses a um ano, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Posse ilegal de explosivos. Art. 16, parágrafo único, inc. III, da Lei n. 10.826/2003. A prova oral colhida foi uníssona ao apontar que um dos réus, em conjunção de esforços e conjugação de vontades com o outro, transportou o material explosivo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo nas sanções do art. 16, parágrafo único, inc. III, da Lei 10.826/2003, recaindo suas condutas no verbo *possuir*, exatamente como referido na denúncia, já que a descrição contida nesse tipo penal não contempla a modalidade *transportar*. A alegação de desconhecimento da necessidade de autorização para o transporte do material não vinga, pois segundo preceitua o art. 21, *caput*, primeira parte, do Código Penal, o desconhecimento da lei é inescusável" (TJRS, Apelação 70018142109, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 5-9-2007).

"O porte de artefato explosivo não enseja a competência federal, face à inexistência de lesão a bens, serviços ou interesses da União, não se configurando, também, como crime contra a segurança nacional se a motivação não tinha natureza política. Restando evidenciado o delito do art. 253 do CP, sobressai a competência da Justiça Comum Estadual" (STJ, Conflito de Competência 21.227/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16-12-1998).

Inundação

Art. 254. Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, no caso de culpa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer da conduta proibida. A simples exposição a perigo justifica a proteção, pois a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição. *Sujeito passivo* é a coletividade, ao lado das pessoas que têm sua vida e integridade física e patrimonial expostas a perigo pela inundação.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *causar* (dar causa, motivar, produzir) *inundação* (alagamento provocado pela saída de água de seus limites), expondo a perigo concreto e efetivo a vida, a integridade física ou o patrimônio alheio. O crime pode ser praticado por ação ou omissão, desde que, na segunda hipótese, haja o dever de evitar a inundação.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de causar inundação tendo a consciência de que expõe a perigo a vida, a integridade física ou patrimônio de outrem. Não há previsão de elemento subjetivo especial do tipo. Pune-se também a modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetivação da inundação, desde que dela decorra perigo concreto. Mesmo que haja a inundação, se houver o perigo real, efetivo, não se consumará este crime. Admite-se, em tese, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo concreto e coletivo,

plurissubsistente, pluriofensivo, comissivo e omissivo.

7 Forma culposa

O próprio preceito secundário prevê, atipicamente, a modalidade culposa. Caracterizar-se-á a forma culposa se a inundação decorrer da desatenção das regras de cuidados exigíveis pelas circunstâncias.

8 Inundação e perigo de inundação

Não há que confundir a tentativa de inundação com o crime de perigo de inundação (art. 255). A distinção entre ambos é feita pelo elemento subjetivo, "pois no perigo de inundação o agente não quer o alagamento nem assume o risco de produzi-lo".

9 Questões especiais

Se não se configura perigo à incolumidade pública, a inundação poderá, conforme o caso, caracterizar o crime de *usurpação de águas* (art. 161, § 1º, I) ou dano (art. 163). *Vide* art. 20 da Lei n. 7.170/83, na hipótese de devastamento atentatório à segurança nacional.

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, para a conduta dolosa são a reclusão, de três a seis anos, e multa. Para a modalidade culposa, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos. Ação penal: pública incondicionada.

Perigo de inundação

Art. 255. Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que uma vez decorrer das condutas proibidas. A simples exposição a perigo justifica a proteção, uma vez que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é a coletividade, em especial aqueles que têm sua vida e integridades física e patrimonial ameaçadas de dano.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São três as ações alternativamente previstas: *remover* (deslocar, transpor, transferir, mudar de lugar), *destruir* (eliminar, fazer desaparecer) ou *inutilizar* (tornar inútil, inoperante ou imprestável). O objeto material é o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, cuja remoção, destruição ou inutilização cause perigo concreto e efetivo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas proibidas com a consciência de que pode expor a perigo a vida, saúde ou integridade física ou patrimônio de outrem.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática de qualquer das condutas descritas, criando o perigo comum, independentemente da ocorrência efetiva da inundação. É inadmissível, teoricamente, a tentativa.

6 Questões especiais

No crime em exame o sujeito ativo não quer a inundação, embora tenha conhecimento do perigo de sua ocorrência. Entendem alguns que a superveniência da inundação faz com que o agente responda pelo crime do art. 255 em concurso formal com a modalidade deste artigo.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são a reclusão, de um a três anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

Desabamento ou desmoronamento

Art. 256. Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer da conduta proibida. A simples exposição a perigo justifica a proteção, pois a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Aqui se inclui até mesmo o dono do imóvel que sofre o desabamento. *Sujeitos passivos* são a coletividade e aqueles diretamente lesados pelo desabamento ou desmoronamento.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *causar* (originar, produzir, provocar) desabamento ou desmoronamento. O desabamento ou o desmoronamento podem ser totais ou parciais, desde que motivem o aparecimento de perigo concreto para pessoas e bens. “Desabamento é a construção.

Desmoronamento é de solo, é de terra, é de rocha" (Magalhães Drumond, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 71, apud Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 49).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de provocar desabamento ou desmoronamento, com a consciência de que haverá perigo para a incolumidade pública. O dolo eventual também pode configurar-se. O fim especial do agente é irrelevante para a configuração deste crime.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a criação da situação de perigo concreto e comum, quer pelo desabamento, quer pelo desmoronamento. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo concreto e coletivo, material, de forma livre, comissivo ou omissivo e pluriofensivo.

7 Forma culposa

No parágrafo único há previsão da modalidade culposa, quando o desabamento ou desmoronamento resulta da não observância, pelo sujeito ativo, do dever de cuidado necessário.

8 Questões especiais

Caso não sobrevenha risco à incolumidade pública, poderá o desabamento caracterizar a contravenção prevista no art. 29 da Lei das Contravenções Penais. Se não houve perigo comum, restringindo-se o desabamento com vítimas à área interna do terreno, desclassifica-se para os arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, do CP. Se o desabamento ou desmoronamento foi alcançado mediante emprego de explosivo, com a consequente produção de perigo concreto, é mister a aplicação do princípio da consumação, respondendo o agente apenas pelo delito do art. 251. Admite-se a suspensão

condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual ou inferior a um ano. *Vide* art. 30.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são, para o crime doloso, reclusão, de um a quatro anos, e multa. Para a forma culposa, a pena cominada é a detenção, de seis meses a um ano, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Em se evidenciando na letra da denúncia e da sentença condenatória a causação culposa da morte e das lesões corporais dos operários da obra, não há falar em configuração do delito previsto no art. 256 do Código Penal, mas, sim, nos crimes de homicídio e lesão corporal culposos" (STJ, HC 34.493/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 30-5-2006).

Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento

Art. 257. Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer das condutas proibidas. A simples exposição a perigo justifica a proteção, já que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, incluindo-se o próprio

proprietário do aparelho ou material de salvamento. *Sujeitos passivos* são a coletividade e aqueles diretamente lesados pelas condutas proibidas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São três as figuras típicas previstas neste artigo, devendo ambas ocorrer por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade: a) *subtrair* (tirar, levar astuciosamente); b) *ocultar* (encobrir, esconder) ou *inutilizar* (destruir, tornar inútil). O objeto material é o aparelho, material ou qualquer outro meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; c) *impedir* (obstar) ou *dificultar* (tornar difícil) serviço de tal natureza. Para tanto, pode o agente utilizar-se de quaisquer meios (violência, fraude, ameaça).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas incriminadas no tipo penal, consciente da existência de inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade pública. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do injusto. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Na primeira figura, o crime se consuma com a efetiva subtração, ocultação ou inutilização dos objetos descritos, mesmo que não haja frustração de salvamento ou de socorro. Admite-se, em tese, a tentativa; na segunda figura, a consumação ocorre com o impedimento ou a dificultação da realização do serviço; nessas hipóteses, também é admissível a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo abstrato, comum, doloso, de conteúdo variado e de forma vinculada alternativa.

7 Questões especiais

O comportamento omissivo, por si só, não caracteriza este crime, salvo se o omitente tiver o dever legal de impedir a produção do resultado (art.

13, § 2º). Se o incêndio, inundação ou naufrágio for resultado da conduta do agente, poderá responder pelo crime em concurso material com o previsto no art. 257. Caso o sujeito ativo tenha subtraído ou danificado o aparelho ou material alheio destinado ao socorro ou salvamento, responderá pelo crime de furto (art. 155) ou dano (art. 163), em concurso material.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

Formas qualificadas de crime de perigo comum

Art. 258. Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

D O U T R I N A

1 Crime qualificado pelo resultado

A primeira parte do artigo descreve o delito qualificado pelo resultado ou preterdoloso, em que a lesão corporal de natureza grave ou morte é imputada ao agente do crime doloso contra a incolumidade pública a título de culpa. A segunda parte trata de lesão corporal ou morte provocada pelo atuar culposo do sujeito ativo do delito de perigo comum.

2 Majoração da pena

Na primeira parte, o dispositivo comina pena privativa de liberdade aumentada até a metade no caso de lesão corporal de natureza grave e aplicada em dobro se resulta morte. A segunda parte determina que, em se tratando de lesão corporal, a pena é aumentada de metade, e na hipótese de morte aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um

terço.

3 Concurso de crimes

Em havendo várias vítimas, responderá o agente por apenas um delito qualificado pelo resultado, excluindo-se o concurso formal (nesse sentido, *JTACrimSP*, *84*:211; *RT*, *599*:370). Se o crime resulta com morte e lesão corporal, aplica-se a qualificadora da morte, por ser mais grave (nesse sentido, *JTACrimSP*, *84*:211).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Pena-base (cálculo). Incêndio (Cód. Penal, art. 250, § 1º, I). *Habeas corpus* (correção da pena). No cálculo da pena-base, o juiz há de dar toda atenção às circunstâncias estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal. Unicamente a elas, é o que a melhor técnica recomenda. Quando a circunstância por si só já qualifica o crime, não pode ela ingressar no processo mental da primeira fase de fixação da pena. *Non bis in idem*" (STJ, HC 42.273/MG, Rel. Min. Nilson Naves, j. 14-2-2006).

"Incêndio. Prova pericial. Desclassificação. Se a acusação imputa a ação de atear fogo em casa habitada, provocando incêndio, no qual ocorreu a morte de uma pessoa e lesão corporal grave em outra, o crime a ser identificado é o do art. 250, § 1º, II, *a*, combinado com o art. 258 e não o do art. 121, § 2º, III, tudo do Código Penal. A distinção entre uma hipótese e outra se estabelece, fundamentalmente, pela indeterminação das pessoas que possam ser vitimadas. Nesse tipo de infração é imprescindível, além dos laudos necroscópico e de lesão, o de incêndio, pena de nulidade" (TJRS, Recurso Crime 683048870, Rel. Gilberto Niederauer Corrêa, j. 9-2-1984).

Difusão de doença ou praga

Art. 259. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum resultante de doenças e pragas que possam causar danos a florestas, plantações ou animais de utilidade econômica. A simples exposição a perigo justifica a proteção, pois a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime, e, se ocorrer, representará apenas o exaurimento do crime.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, incluindo-se o próprio proprietário de floresta, plantações ou animais. *Sujeitos passivos* são a coletividade e aqueles diretamente lesados pelas condutas proibidas. A incolumidade pública.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Difundir significa espalhar, disseminar, propagar. *Doença* é a perturbação, a alteração da saúde ou, ainda, o processo que causa enfraquecimento ou morte dos animais; no caso, deve tratar-se de doença grave, isto é, de moléstia grave e transmissível (ex.: peste bubônica, febre aftosa, lagarta das plantas, gelequídeo). *Praga* é qualquer outro mal grave que atinge a coletividade de plantas ou animais; *praga,* à semelhança da epidemia, é “um surto maléfico e transeunte”, capaz de danificar floresta, plantação ou animais de utilização econômica.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de difundir doença ou praga, tendo consciência de causar perigo comum. Não há necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do injusto. Pune-se também a modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a real difusão de doença ou praga, desde que seja potencialmente lesiva, isto é, desde que seja idônea a causar dano a floresta, plantação ou animais. Não é necessária a comprovação real do

perigo comum, sendo suficiente sua idoneidade perigosa. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato, material, unissubjetivo, plurissubsistente, de forma livre.

7 Forma culposa

A modalidade culposa está prevista no parágrafo único, e ocorre quando a difusão é produto de desatenção do agente ao cuidado exigível pelas circunstâncias.

8 Questões especiais

O presente artigo, segundo Regis Prado, foi tacitamente revogado pelo disposto no art. 61 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), que comina pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, para o agente que "disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas" (*Crimes contra o ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 160 e s.). Para caracterizar este delito, é preciso que a difusão afete número considerável de plantas ou animais. Admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* Lei n. 4.771/65 (Código Florestal) e Lei n. 5.197 (proteção à fauna). Consultar ainda, no tocante ao parágrafo único, arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, para a forma dolosa, são reclusão, de dois a cinco anos, e multa; para a forma culposa, a pena é de detenção, de um a seis meses, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

Capítulo II - Dos Crimes contra a Segurança dos Meios de Comunicação e Transporte e outros

Serviços Públicos

Perigo de desastre ferroviário

Art. 260. Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro:

I — destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação;

II — colocando obstáculo na linha;

III — transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia;

IV — praticando outro ato de que possa resultar desastre:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Desastre ferroviário

§ 1º Se do fato resulta desastre:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 2º No caso de culpa, ocorrendo desastre:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, entende-se por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, em especial a segurança dos meios de transporte, de comunicações e outros serviços públicos.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive empregados ou funcionários da empresa ferroviária. *Sujeito passivo* é o Estado, isto é, a coletividade, assim como os titulares dos bens jurídicos lesados pelas condutas proibidas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. A conduta típica consiste em *impedir* (interromper, obstruir) ou *perturbar* (alterar, modificar, atrapalhar) serviços de transporte por estrada de ferro (§ 3º), de modo que possa resultar em desastre ferroviário. Além dos exemplos dos incisos I a III, o crime *pode ser praticado por qualquer ato* (IV), sendo necessária a ocorrência de perigo concreto. Entende-se por desastre "todo o acidente grave ou complexo que expõe a perigo a incolumidade de pessoas e a integridade de coisas, de maneira indeterminada, sem que se exija um acontecimento extraordinário, excepcional e que ocasione a comoção pública" (Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 184).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas incriminadas, ou seja, a vontade de impedir ou perturbar perigosamente serviço de estrada de ferro, tendo consciência de poder ocasionar desastre ferroviário. É indispensável a consciência do perigo de desastre, embora este não seja objeto da vontade do agente.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a real situação de perigo, ou seja, com a *superveniência* do perigo de desastre. Não se trata, pois, de perigo abstrato, mas de perigo concreto, real, efetivo, que se caracteriza com a probabilidade da ocorrência de desastre. As condutas tipificadas, mesmo realizadas, podem, *in concreto*, não acarretar qualquer probabilidade de desastre, deixando, nesse caso, de configurar-se o crime. Admite-se, em tese, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo concreto, material, comissivo ou omissivo e de forma livre.

7 Forma qualificada

Está prevista uma figura de crime preterdoloso: o tipo-base prevê um crime de perigo concreto que, se evoluir para um dano (desastre), não representará simples exaurimento, mas constituirá uma figura qualificada, ou seja, um crime de dano, na forma preterdolosa (§ 1º).

8 Forma culposa

Está prevista também a modalidade culposa, quando ocorre o desastre em razão de imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, quando o sujeito ativo age com inobservância do cuidado objetivo exigido pelas circunstâncias (§ 2º).

9 Atividade de cunho político

A conduta que tem como objetivo simular uma situação de perigo será, quando muito, punida a título de culpa. Caso se observe cunho político na ação do sujeito, deve-se verificar o art. 15 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

10 Questões especiais

O crime de perigo de desastre ferroviário absorve o previsto no art. 266, quando for "provocado pela omissão de aviso decorrente de impedimento ou embaraço de serviço telegráfico, telefônico ou radiotelegráfico" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. 9, p. 65). *Vide* arts. 258 e 263 do Código Penal, caso resulte morte ou lesão corporal em alguém. *Vide* art. 29 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais); Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

11 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, para o *caput*, são reclusão, de dois a cinco anos, e multa; para a figura qualificada, são reclusão, de quatro

a doze anos, e multa; para a forma culposa, é de detenção, de seis meses a dois anos. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Desastre ferroviário. Via férrea administrada por sociedade de economia mista. Competência (estadual/federal). A segurança dos meios de transporte, em princípio, não constitui interesse próprio da União nem envolve seus serviços. Sociedade de economia mista não justifica se desloque a competência para a área federal. Caso de perigo de desastre ferroviário, a ser, então, processado na esfera estadual" (STJ, Conflito de Competência 45.652/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 22-9-2004).

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

Art. 261. Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 1º Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Prática do crime com o fim de lucro

§ 2º Aplica-se, também, a pena de multa, se o agente pratica o crime com intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, se ocorre o sinistro:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a segurança dos meios de transportes marítimo, fluvial e aéreo.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, até mesmo o proprietário da embarcação ou aeronave. *Sujeito passivo* é a coletividade, isto é, o Estado, e, em ocorrendo sinistro, também os titulares dos bens jurídicos ofendidos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São previstas duas modalidades de conduta: a) *expor* (colocar, pôr) a perigo embarcação ou aeronave; b) *praticar* (realizar, executar) qualquer ato que vise impedir (interromper, obstruir) ou dificultar (tornar difícil, custoso) a navegação marítima, fluvial ou aérea, excluída a lacustre. *Embarcação* é entendida como "não apenas o navio propriamente dito, senão também qualquer outra construção flutuante destinada a transporte coletivo (de pessoas ou coisas), seja qual for a sua força motriz, sua forma ou composição" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 80). *Aeronave* é qualquer aparelho capaz de transportar pessoas ou coisas pelo espaço.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea. Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto. Se houver, contudo, o especial fim de obter vantagem econômica, será aplicada cumulativamente a pena de multa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com criação efetiva do estado de perigo, ou seja, com a probabilidade de dano ou desastre consequente da ação praticada. É

irrelevante que a embarcação ou aeronave encontre-se em movimento ou estacionada. A tentativa é, teoricamente, admissível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo concreto, material, de dano (§ 1º), de forma livre, plurissubsistente, e de tendência (§ 2º).

7 Forma qualificada

A ocorrência de naufrágio (perda), submersão (afundamento) ou encalhe (impedimento a flutuação) de embarcação ou queda (precipitação ao solo ou água) ou destruição (assolamento, despedaçamento) de aeronave qualificam o crime, na forma preterdolosa.

8 Forma culposa

Quando sobrevém desastre, em decorrência da inobservância do cuidado objetivo exigido pelas circunstâncias (§ 3º).

9 Questões especiais

Quando a destruição (total ou parcial) de embarcação ou aeronave se der por incêndio ou explosão, configura-se o delito do art. 250, § 1º, II, *c*, ou do art. 251, § 2º. Compreende a expressão "vantagem econômica" várias hipóteses, entre elas o dinheiro. *Vide* arts. 252 e 262 do CP. *Vide* art. 15 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) e art. 35 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, para a hipótese do *caput*, é reclusão, de dois a cinco anos; para a forma qualificada é de reclusão, de quatro a doze anos (§ 1º); na figura majorada, é acrescida pena de multa (§ 2º). À forma culposa comina-se pena de detenção, de seis meses a dois anos. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato dos controladores de voo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas" (STJ, Conflito de Competência 91.016/MT, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27-2-2008).

"Atentado contra a segurança de transporte marítimo. Modalidade culposa. Pela prova dos autos a conduta do réu revela a materialidade, a autoria e a culpabilidade pelo crime de atentado contra a segurança de transporte marítimo. Manutenção da decisão que condenou o réu nas penas do art. 261, § 3º, do Código Penal, pois houve culpa consciente. O capitão agiu com negligência e imperícia ao decidir levar o navio até o porto de desembarque e tentar evitar o resultado danoso, que foi o naufrágio/encalhe" (TRF-4ª Região, Apelação 1998.04.01.094504-3, Rel. Amir José Finocchiaro Sarti, j. 8-6-1999).

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262. Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:

Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2º No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, em especial a segurança dos meios de transportes.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, incluindo-se o proprietário dos veículos de transporte público. *Sujeito passivo* é a coletividade, por meio do Estado; havendo sinistros, também os titulares dos bens jurídicos lesados.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São duas as condutas incriminadas: a) *expor* a perigo*;* b) *impedir* ou

dificultar o funcionamento. O objeto material é *outro meio de transporte público* — aqueles não mencionados pelo art. 261 do CP —, como embarcações lacustres, ônibus etc. Considera-se transporte público não apenas o que é exercido pelo Estado (ou autarquia), mas todo aquele que serve ao interesse público, ainda que explorado por empresa particular (concessionária do Poder Público).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de expor a perigo transporte público. É possível o dolo eventual. Nas figuras de *impedir* ou *dificultar*, é necessário que o agente tenha *consciência* de criar perigo comum, embora este não seja objeto de sua vontade.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva superveniência da situação de perigo de desastre, expondo número indeterminado de pessoas. A tentativa é admitida.

6 Forma qualificada

Está prevista uma figura de crime preterdoloso: o tipo-base prevê um *crime de perigo concreto*, que, se evoluir para um dano (desastre), não representará simples exaurimento, mas constituirá uma figura qualificada, ou seja, um *crime de dano*, na forma preterdolosa (§ 1º).

7 Forma culposa

Quando o desastre provier de desatenção do agente ao cuidado objetivo necessário nas circunstâncias, configurará a modalidade culposa.

8 Questões especiais

Vide arts. 263 e 258 do CP. Se o agente tem como objetivo matar uma pessoa determinada, há concurso com o art. 121 do CP (homicídio). O *caput* e o § 2º admitem a suspensão condicional do processo em razão das penas mínimas abstratamente cominadas — igual ou inferior a um ano. *Vide* art. 15 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional); arts. 60, 61 e 89 da

Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais); art. 27 da Lei n. 6.453/77 (responsabilidade civil e criminal por danos nucleares).

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de um a dois anos (*caput*). A forma qualificada comina pena de reclusão, de dois a cinco anos. Para a forma culposa a pena é de detenção, de três meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O art. 262 do CP tutela a incolumidade pública e especialmente os meios de transporte. Expõe a perigo por meio de transporte quem, de forma rudimentar e caseira, adapta seu veículo a GLP. Havendo na adaptação feita 'pequenos vazamentos' de gás no interior do veículo (perigo real) é o que basta para tipificar o crime do art. 262 do CP pois, porventura ocorrendo explosão, o crime é outro mais grave" (TACrimSP, Apelação 432.847-4, Rel. Brenno Marcondes, *JTACrimSP*, 87:402).

Forma qualificada

Art. 263. Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.

D O U T R I N A

Trata-se de forma qualificada, que abrange os artigos antecedentes (260 a 262) — se resulta lesão corporal ou morte. Estabelece a aplicação, nesses artigos, do disposto no art. 258 do CP, quando do sinistro ou desastre ocorrer morte ou lesão corporal em algum indivíduo.

Arremesso de projétil

Art. 264. Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de

detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a segurança dos meios de transporte público terrestres, aéreos e fluviais ou marítimos.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado, ou seja, a coletividade, constituída por um número indeterminado de pessoas ou coisas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica é *arremessar* (atirar, lançar com força) projétil — qualquer coisa ou objeto sólido e pesado que se lança no espaço. O *arremesso* deve ser feito contra veículo de transporte público em movimento, observado nessa condição maior perigo. O transporte pode estar sendo realizado por terra, água ou ar. Somente veículo de *transporte público*, em movimento, pode ser objeto deste crime. Assim, não o tipificará o arremesso de projétil a veículo particular, ou estacionado.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de arremessar projétil contra veículo de transporte público, com a consciência de que pode causar perigo comum.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o simples arremesso, não sendo necessário que o objeto atinja o alvo, desde que se trate de objeto idôneo a produzir perigo comum. Ao contrário dos crimes descritos nos artigos anteriores, trata-se de

perigo abstrato ou presumido. Não se admite a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo abstrato, instantâneo, unissubjetivo, unissubsistente, comissivo e de mera conduta.

7 Forma qualificada

Está prevista uma figura de crime preterdoloso: o tipo-base prevê um *crime de perigo abstrato*, que, se evoluir para um dano — *lesão corporal* ou *morte* —, não representará simples exaurimento, mas constituirá uma figura qualificada, ou seja, um *crime de dano*, na forma preterdolosa (dolo + culpa) (parágrafo único).

8 Questões especiais

Para a configuração do crime exige-se que o projétil seja capaz de causar dano a pessoa ou coisas, ou seja, idôneo para produzir perigo. Caso o agente tenha como objetivo atingir pessoa determinada, responde pelo crime previsto no art. 121 ou 129 do CP. O arremesso é compreendido em sentido amplo — feito manualmente ou em qualquer aparelho, como arma de fogo. Em veículo estacionado não tem razão de ser (pode configurar crime de dano). Admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* arts. 28 e 37 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais); arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção de um a seis meses; para a figura preterdolosa, as penas são de seis meses a dois anos (lesão corporal), e se resulta morte a pena é a mesma do homicídio culposo (art. 121, § 3º), elevada de um terço. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Transporte de passageiros – arremesso de objeto para o interior do veículo – lesão em passageiro – fato de terceiro excludente de responsabilidade. A presunção de culpa da

transportadora pode ser ilidida pela prova de ocorrência de fato de terceiro, comprovadas a atenção e cautela a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte a empresa. O arremesso de objeto, de fora para dentro do veículo, não guarda conexidade com a atividade normal do transportador. Sendo ato de terceiro, exclui a responsabilidade do transportador pelo dano causado ao passageiro. Precedentes" (STJ, REsp 231.137/RS, Rel. Min. Castro Filho, j. 29-10-2003).

"Arremesso de projétil. Se a prova testemunhal constante nos autos está a indicar o denunciado como autor do delito, mormente quando uma das testemunhas arroladas pela defesa confirma a presença do acusado no local do delito, impossível se mostra o deferimento do pleito absolutório" (TJDF, Apelação 20010310050544, Rel. Gilberto de Oliveira, j. 17-9-2002).

"Arremesso de projétil. Lançamento de pedras contra ônibus durante movimento grevista. Causação de ferimentos no motorista e numa passageira. Conjunto probatório indicativo da autoria do lançamento das pedras que produziram lesões nas vítimas. Pena corporal substituída por multa. Sentença condenatória devidamente fundamentada. Recurso improvido" (TJDF, Apelação 1568595, Rel. Carlos Augusto Faria, j. 26-10-1995).

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública

Art. 265. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumentar-se-á a pena de um terço até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, em especial dos serviços públicos, tais como água, luz, força ou calor, entre outros de utilidade pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o próprio fornecedor, funcionário que exerça atividades relativas aos serviços de utilidade pública. *Sujeito passivo* é o Estado, ou seja, a coletividade, além dos

titulares dos bens jurídicos atingidos pela conduta criminosa.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação delituosa consiste em *atentar* contra a segurança, tornando incerta ou insegura a prestação dos serviços, ou contra o funcionamento destes, de modo que possa perturbar sua real atividade com risco de paralisação. *Atentar contra a segurança* é tornar insegura a operação de serviço, tornando-o perigoso; atentar contra o funcionamento é colocar o serviço em risco de paralisação.

3.1 Espécies de serviços públicos

Os serviços mencionados são os de água, luz, força ou calor, mas, com a expressão "qualquer outro de utilidade pública", o tipo abrange ainda os serviços de gás, limpeza, hospitalares etc.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente dirigida à prática do atentado, com consciência de criar perigo comum. Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto. Se o ato tiver cunho político ou ideológico, poderá atentar contra a Lei de Segurança Nacional.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime quando o sujeito executa qualquer ato idôneo a perturbar a segurança ou o funcionamento dos serviços de utilidade pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, configurando-se com a simples ação, ainda que não se demonstre a efetiva probabilidade de dano. Admite-se, embora de difícil configuração e demonstração, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo abstrato, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente, de forma livre e formal.

7 Forma majorada

Será majorada (1/3 até metade), quando o agente causar dano à prestação

dos serviços, decorrente da subtração (furto) de material essencial à atividade (parágrafo único).

8 Questões especiais

Vide art. 15 da Lei n. 7.170/83, se o objetivo é perturbar a ordem políticosocial. É irrelevante que o serviço seja oferecido por entidade pública ou particular. Em caso de sociedade de economia mista — concessionária de serviço público estadual —, a competência é da Justiça Estadual. A infração prevista no *caput* admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* art. 27 da Lei n. 6.453/77 (responsabilidade civil e criminal por danos nucleares). Quando o meio de execução para a prática do crime for fogo ou explosivo, configura-se o delito do art. 250 (incêndio) ou do art. 251 (explosão) do CP.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de um a cinco anos, e multa. Na forma majorada, a pena é aumentada de um terço até a metade. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Atentado contra a segurança de serviço de utilidade publica (art. 265, CP). Recorrentes condenados em 1 (um) ano de reclusão — reconhecimento da prescrição da punibilidade, pela prescrição superveniente — exame de mérito prejudicado" (STJ, REsp 97.132/RJ, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 18-6-1998).

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico

Art. 266. Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regularidade nos serviços telegráficos, radiotelegráficos ou telefônicos, relativo à incolumidade pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive aquela que executa os referidos serviços. *Sujeito passivo* é o Estado, ou seja, a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas incriminadas são: a) *interromper* (fazer parar, cessar) ou perturbar (modificar, atrapalhar, desorganizar) a realização dos serviços; b) *impedir* (interromper, não permitir) ou dificultar (tornar difícil, custoso) o seu restabelecimento. O objeto material é o serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico. *Telégrafo* é a instalação que permite a transmissão de mensagens a distância, por meio de um código de sinais, através dos fios; no *radiotelégrafo* as mensagens são emitidas através de ondas eletromagnéticas, e o telefone é o aparelho capaz de reproduzir a distância a palavra falada, bem como os sons.

3.1 Abrangência do tipo penal

Não se trata de interromper ou perturbar o funcionamento de um aparelho (telegráfico ou telefônico), ou dificultar ou impedir determinada comunicação (art. 151, § 1º, III, do CP), mas se trata da interrupção ou perturbação do serviço telegráfico ou telefônico como um todo, isto é, trata-se de ato capaz de perturbar o funcionamento *de todo o sistema telegráfico ou telefônico*, ou, pelo menos, de parte dele.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de *interromper* ou *perturbar* qualquer dos serviços enumerados no tipo penal, *impedir* ou *dificultar* seu restabelecimento, podendo atingir número indeterminado de pessoas. Não há necessidade de qualquer elemento

subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a interrupção ou perturbação da prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal, ou quando o sujeito ativo consegue impedir ou dificultar seu restabelecimento. A despeito de tratar-se de crime de *perigo abstrato*, admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo comum e abstrato, comissivo ou omissivo, formal e de forma livre e unissubjetivo.

7 Forma majorada

A pena é majorada em dobro quando a prática do crime se der por ocasião de calamidade pública (catástrofe, infortúnio).

8 Questões especiais

Se o sujeito tem por fim interromper ou perturbar a comunicação entre pessoas determinadas, pode-se configurar o crime previsto no art. 151, § 1º, III, do CP. *Vide* art. 15 da Lei n. 7.170/83 (fins políticos); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais); art. 41 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) e Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações). A enumeração dos serviços prevista no tipo é taxativa, não se admitindo a analogia com o serviço postal ou radiotelefônico. Pratica o crime o sujeito que aplica violência contra as instalações e aparelhos, bem como contra o pessoal dos serviços mencionados no tipo (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 89).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de um a três anos, e multa. Para a figura majorada, é cominada pena em dobro. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Perturbação de serviço telefônico. O agente que liga para o n. 190, a fim de passar um trote, ofendendo os policiais militares que lá trabalham, não comete o crime previsto no art. 266 do CP, que exige a presença do dolo específico, qual seja, a vontade livre e consciente de perturbar o serviço telefônico. Absolvição decretada” (TJRS, Apelação 70008081531, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6-5-2004).

Capítulo III - Dos Crimes contra a Saúde Pública

Epidemia

Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena — reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente em relação à saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualquer qualidade ou condição especial. *Sujeito passivo* é o Estado, isto é, a coletividade, bem como as eventuais pessoas efetivamente atingidas pela epidemia.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é *causar* (provocar, produzir, originar) epidemia, mediante a propagação (ato de multiplicar, espalhar, disseminar) de germes patogênicos. Por *epidemia* entende-se “o surto de uma doença acidental e

transitória, que ataca um grande número de indivíduos, ao mesmo tempo, em determinado país ou região (Bento de Faria, *Código Penal brasileiro comentado*, Rio de Janeiro, Record, 1961, v. 6, p. 253). *Germes patogênicos* são apenas os seres unicelurares que produzem moléstias infecciosas. É irrelevante o modo de propagação utilizado pelo agente, desde que seja idôneo para contagiar inúmeras pessoas.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar a ação tendente a causar epidemia; e o elemento subjetivo especial do tipo consiste no especial fim de causar epidemia com a propagação de germes patogênicos. A falta do elemento subjetivo especial afasta a tipicidade deste crime, podendo dar lugar a outro crime, por exemplo, envenenamento de água potável.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva propagação da epidemia, ou seja, quando numerosas pessoas são acometidas pela doença. Admite-se, em tese, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo concreto e coletivo, plurissubsistente, comissivo ou omissivo e hediondo.

7 Forma qualificada

Está prevista uma figura de crime preterdoloso: o tipo-base prevê um *crime de perigo abstrato*, que, se evoluir para um dano — *morte* —, não representará simples exaurimento, mas constituirá uma figura qualificada, ou seja, um *crime de dano*, na forma preterdolosa (dolo + culpa) (parágrafo único). Nesse caso, aplica-se a pena em dobro (§ 1º).

8 Forma culposa

A modalidade culposa ocorre quando a epidemia causadora da morte decorre de inobservância do cuidado objetivo exigido pelas circunstâncias

(§ 2º).

9 Questões especiais

Caso a intenção do agente seja a de contaminar certa pessoa, poderá responder pelo delito do art. 131 do CP. A forma qualificada prevista no § 1º é a considerada crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/90, art. 1º. A modalidade culposa descrita na primeira parte do § 2º admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* art. 1º, III, *i*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária); art. 1º da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais). Urge não confundir epidemia com pandemia e endemia. Convém esclarecer que, se a "... disseminação se dá por extensa área do globo terrestre, haverá pandemia. Se a doença infecciosa é própria de certa localidade ou aí se instala e permanece, diz-se endemia" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 4, p. 5).

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é reclusão, de dez a quinze anos; se ocorrer morte (preterdolosa), a pena será duplicada; se a epidemia decorrer de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos; se da culpa resultar morte, a pena é de detenção, de dois a quatro anos.

Infração de medida sanitária preventiva

Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente em relação à saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualquer qualidade ou condição especial. *Sujeito passivo* é o Estado, isto é, a coletividade, bem como as eventuais pessoas efetivamente atingidas pela epidemia.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta nuclear tipificada é representada pelo verbo *infringir*, que tem o sentido de quebrantar, transgredir, violar. As *determinações do Poder Público* são materializadas através de leis, decretos, regulamentos, portarias, emanados de autoridade competente, visando impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, suscetível de transmitir-se por contato mediato ou imediato.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de infringir as determinações do Poder Público. Não há necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do injusto, nem previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a simples desobediência a determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa. Embora se trate de crime de perigo abstrato, admite-se, teoricamente, a possibilidade de configurar-se a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, de perigo abstrato e coletivo, comissivo ou omissivo, unissubjetivo, doloso.

7 Forma majorada

Ocorre se o sujeito ativo é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, dentista ou enfermeiro; convém acrescentar que, para a incidência da majorante, é necessário que haja o descumprimento de *especial dever* que incumba ao agente, no caso concreto, em razão do cargo ou profissão.

8 Questões especiais

Trata-se de norma penal em branco, visto que o seu complemento é ditado por lei ou atos administrativos emanados do Poder Público. Admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* art. 9º da Lei n. 7.649/88 (banco de sangue); art. 16 da Lei n. 7.802/89 (agrotóxicos); arts. 228 e 229 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de um mês a um ano, e multa. Configurando-se a majorante, tal pena é aumentada de um terço. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Infração de medida preventiva sanitária. A pena máxima cominada a esse delito é um ano de reclusão e o fato narrado na denúncia ocorreu em 20-7-2002. Diante de tais circunstâncias é imperativo o reconhecimento da prescrição abstrata da pretensão punitiva estatal" (TJRS, Apelação 70012435467, Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 17-1-2007).

"O delito do art. 268 do CP contém norma penal em branco, impondo-se, pois, para a sua configuração, que se demonstre qual a determinação do poder público descumprida" (TACrimSP, Apelação 143.065, Rel. Rafael Granato, j. 16-12-1976).

Omissão de notificação de doença

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente a seriedade que deve orientar o atendimento da saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é apenas o médico, tratando-se, por conseguinte, de crime próprio. *Sujeito passivo* é a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Deixar o médico de denunciar significa a omissão do médico em comunicar à autoridade pública a existência de doença cuja notificação é compulsória, ou seja, o médico infringe o *dever legal*, que lhe cabe por lei ou ato administrativo, de comunicar à autoridade competente a ocorrência de doença cuja notificação é compulsória.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de omitir a comunicação à autoridade pública sobre a existência de doença cuja notificação é compulsória. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se com a não comunicação no prazo estipulado em regulamento ou ato normativo, ou, quando não previsto prazo, com a prática de ato incompatível com o dever de denunciar. Não se admite a tentativa.

6 Classificação doutrinária

É crime próprio, omissivo puro e de perigo abstrato e coletivo.

7 Questões especiais

Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas por condições especiais de trabalho, comprovadas ou suspeitas (art. 169 da CLT). Embora se verifique a violação do segredo profissional com a

comunicação feita pelo médico, esta não caracteriza o crime do art. 154 do CP, devido à ausência do elemento normativo do tipo "sem justa causa", que exclui a tipicidade da conduta. Trata-se de norma penal em branco, complementada por lei ou ato administrativo. *Vide* Lei n. 6.259/75 (organização das ações de vigilância epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças); Lei n. 6.437/77; Dec. n. 78.231/76 (regulamenta a Lei n. 6.259/75); Portaria n. 1.100/96 do Ministério de Estado da Saúde (relaciona as doenças de notificação compulsória).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de seis meses a dois anos. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Desobediência. Delito caracterizado em tese. Médico que, em nome do sigilo profissional, se recusa a fornecer esclarecimento à Justiça, acerca de crime de que fora vítima a sua paciente. Inquérito, entretanto, instaurado por solicitação desta. Ausência, pois, de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* denegado. Inteligência dos arts. 330, 269 e 154 do CP – 'O dever de guardar segredo profissional não é absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade'" (TJSP, HC 136.052, Rel. Martins Bonilha, j. 9-5-1978).

"Omissão de notificação de doença – Febre tifoide – Imputação a farmacêutico – 'A denúncia à autoridade pública de doença cuja notificação é compulsória só é exigível do médico e não também do farmacêutico'" (TACrimSP, Apelação, Rel. Rafael Granato, *RT*, *492:355*).

Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal

Art. 270. Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:

Pena — reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: a pena cominada foi prevista pela Lei n. 8.072/90.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente em relação à saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário da água ou da substância alimentícia ou medicinal, quando essa substância for destinada a consumo. *Sujeito passivo* é o Estado, representando a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada é *envenenar* (colocar veneno, sendo este "a substância mineral ou orgânica que, absorvida, causa a morte ou dano sério ao organismo" — Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 417). Objeto material são: a) *água potável*, de uso comum ou particular: é a água destinada à alimentação, podendo ser de uso público ou particular; b) *substância alimentícia* destinada a consumo: é toda aquela que, sólida ou líquida, tenha por finalidade a alimentação do homem; c) *substância medicinal* destinada a consumo: é aquela utilizada interna ou externamente para a cura ou prevenção de doenças humanas.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de envenenar as substâncias mencionadas. Na hipótese descrita no § 1º, exige elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo *especial fim de agir*, qual seja, "para o fim de ser distribuída".

5 Consumação e tentativa

Na hipótese descrita no *caput*, a consumação ocorre com o efetivo envenenamento. No caso do § 1º, o crime se consuma com a entrega ou guarda do objeto material, desde que esteja presente a finalidade de ser distribuída. A tentativa é admissível.

6 Classificação doutrinária

Crime comum, de perigo abstrato e coletivo e permanente (na modalidade "ter em depósito"). Com o advento da Lei n. 8.930/94, que deu nova redação ao conteúdo do art. 1º da Lei n. 8.072/90, a conduta descrita no artigo em análise não mais configura crime hediondo.

7 Forma culposa

Se as condutas de envenenar, entregar a consumo ou ter em depósito são produtos da violação, pelo sujeito ativo, das regras de cuidado objetivo (§ 2º).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, para as hipóteses do *caput* e do § 1º, é reclusão, de dez a quinze anos. Para a modalidade culposa, a pena é detenção, de seis meses a dois anos. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O objeto jurídico tutelado pelo tipo penal inscrito no art. 270 do Código Penal é a incolumidade pública, não importando o fato de as águas serem de uso comum ou particular, bastando que sejam destinadas ao consumo de indeterminado número de pessoas" (STJ, HC 55.504/PI, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11-12-2007).

Corrupção ou poluição de água potável

Art. 271. Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é a coletividade, ou seja, um número indeterminado de pessoas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Corromper significa estragar, apodrecer, infectar; *poluir* é sujar, profanar, conspurcar. É necessário que a conduta recaia sobre *água potável* — que é aquela destinada à alimentação de indeterminado número de pessoas —, tornando-a *imprópria para o consumo* (não potável) ou nociva à saúde (potencialmente lesiva à saúde humana).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de corromper ou poluir água que sabe ser potável e destinada a consumo humano. Não há exigência de qualquer fim especial do agir.

5 Consumação e tentativa

O crime se consuma com a corrupção ou poluição de água potável, independentemente da eventual ocorrência de dano. A tentativa é, teoricamente, admissível, podendo-se verificar quando, por exemplo, o agente, após ter iniciado a ação, não consegue poluir ou corromper água potável e torná-la imprópria para consumo.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato e coletivo, e de conteúdo variado, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Forma culposa

Quando a corrupção ou poluição provier da desatenção ao dever objetivo de cuidado por parte do sujeito ativo, configurando imprudência, negligência ou imperícia, caracteriza a modalidade culposa.

8 Questões especiais

Será atípica a conduta do agente se a água já se encontrar poluída. Se a substância destinada a corromper ou poluir a água se tratar de veneno, o crime será o do art. 270 do CP. No caso do art. 270 a água é totalmente imprestável ao consumo humano; já no art. 271, seu uso é nocivo. O dispositivo em apreço, segundo Luiz Regis Prado, foi tacitamente revogado pelo art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) (cf. Luiz Regis Prado, *Crimes contra o ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 151 e s.). Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano.

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é reclusão, de dois a cinco anos. Em se tratando de conduta culposa, detenção, de dois meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Poluição de água potável (art. 271, *caput,* do CP). Poluição de poço mediante o emprego de animal em decomposição. Autoria e materialidade não evidenciadas. Não necessidade de comprovação técnica de anterior potabilidade, bastando o uso regular e contínuo pela comunidade. Sendo crime material, tal comprovação deve ser feita após, seja por perícia direta ou indireta, sob pena de ser o meio empregado inidôneo" (TJRS, Apelação 699477865, Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal, j. 29-6-2000).

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios

Art. 272. Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo:

Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º-A. Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

§ 1º Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: dispositivo com a redação final determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a saúde pública. As ações incriminadas apresentam-se, frequentemente, como fraude ou lesão patrimonial em atos de comércio, embora a sua gravidade decorra do perigo comum que produzem.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora o mais comum seja o crime ser praticado por industrial, comerciante ou mesmo agricultor. *Sujeito passivo* é a coletividade, assim como qualquer pessoa que seja lesada ou

colocada em perigo pela ação do sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Tanto a rubrica quanto o tipo penal foram alterados pela Lei n. 9.677/98, que classifica os crimes descritos nos arts. 272 a 277 do CPP como hediondos. As condutas incriminadas, alternativamente, são as seguintes: a) *corromper* (estragar, infectar); b) *adulterar* (contrafazer, deturpar); c) *falsificar* (dar ou referir como verdadeiro o que não é); e d) *alterar* (modificar, transformar). O objeto material é a *substância ou produto alimentício* (destinado à alimentação) destinado ao consumo. É preciso que a conduta do agente torne essa substância efetivamente danosa à saúde de indeterminado número de pessoas.

3.1 Ampliação de crimes hediondos

No § 1º-A são previstas penas idênticas ao *caput* para quem *fabrica* (produz), *vende* (comercializa, negocia, aliena de forma onerosa), *expõe* à venda (põe à vista, mostra, apresenta, oferece, exibe para a venda), *importa* (faz vir do exterior), *tem em depósito para vender* (coloca em lugar seguro, conserva, mantém para si mesmo), *distribui* (dá, reparte) ou *entrega a consumo* (repassa) a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido, adulterado.

3.2 Proteção a bebidas: crime hediondo

No § 1º — também alterado pela Lei n. 9.677/98 — foi estendida a mesma proteção às bebidas (com ou sem teor alcoólico).

4 Potencialidade lesiva das ações

É necessário que as ações de corromper, adulterar, falsificar ou alterar apresentem efetiva nocividade (danosa à saúde humana) ou sejam capazes de reduzir o valor nutritivo (propriedades nutricionais) da substância ou do produto alimentício.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal; nas hipóteses

descritas no § 1º-A, exige-se o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo *especial fim de agir* — "para vender".

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a corrupção, adulteração, falsificação ou alteração da substância ou do produto alimentício (inclusive bebidas sem teor alcoólico). No § 1º-A, consuma-se com a venda, exposição à venda, importação, depósito para vender, distribuição ou entrega a consumo. Admite-se a tentativa.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo concreto e coletivo, comissivo ou omissivo, de conteúdo variado e permanente (nas modalidades "exposição à venda" e "ter em depósito").

8 Forma culposa

Quando a nocividade da substância ou produto alimentício resultar da inobservância do cuidado objetivo exigido pelas circunstâncias (§ 2º), configurar-se-á a modalidade culposa.

9 Questões especiais

Ainda que o falsificador venda o produto, responderá unicamente pela conduta descrita no *caput*. O § 2º admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* art. 2º, III e V, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular), caso não se configure perigo à saúde pública; art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de quatro a oito anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Condutas apuradas — crimes contra a saúde pública – que se encontram tipificadas no art. 272 do CP na redação anterior à Lei n. 9.677/98, as quais se consumam no momento em que a substância se torna nociva à saúde. Ou seja, já no momento da fabricação e comercialização a competência se encontrava definida” (STJ, Conflito de Competência 34.540/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 26-6-2002).

“Crime de falsificação, etc. de substâncias ou produto alimentícios (art. 272 do CP). Nocividade à saúde. Exigência para caracterizá-lo. Para que se caracterize o delito previsto no art. 272 e parágrafos do Código Penal, é indispensável que a falsificação ou adulteração etc. das substâncias torne o produto nocivo à saúde. Não basta o processo fraudulento. É imprescindível que ele torne a coisa prejudicial a higidez humana” (TJRS, Apelação 70000988295, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 21-9-2000).

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena — reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I — sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II — em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III — sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV — com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V — de procedência ignorada;

VI — adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: a redação de todo este dispositivo foi determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente em relação à saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que pratique uma das ações descritas no dispositivo em exame, independentemente da qualidade de produtor ou comerciante. *Sujeito passivo* é a coletividade cuja saúde seja lesada ou colocada em perigo pela ação do sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Os núcleos do tipo previstos no *caput* são os verbos *falsificar* (dar ou referir como verdadeiro o que não é); *corromper* (estragar, infectar); *adulterar* (contrafazer, deturpar) e *alterar* (modificar, transformar). Nas mesmas penas incorrerá quem *importar* (fazer vir do exterior), *vender* (comercializar, negociar, alienar de forma onerosa), *expor à venda* (pôr à vista, mostrar, apresentar, oferecer, exibir para a venda), *tiver em depósito para vender* (colocar em lugar seguro, conservar, mantiver para si mesmo), *distribuir* (dar, repartir) ou *entregar a consumo* (repassar) o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

3.1 Objeto material do crime

O objeto material é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ou seja, próprios para o tratamento, a cura ou a prevenção de enfermidades. Incluem-se entre esses produtos, a teor do § 1º-A, os

medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Ademais, cabe assinalar que estará sujeito às penas previstas no *caput* quem importar, vender, expuser à venda, tiver em depósito para vender, distribuir ou entregar a consumo produtos em qualquer das seguintes condições, a saber (§ 1º-B): a) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; b) em desacordo com a fórmula constante do registro previsto na letra anterior; c) sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; d) com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; e) de procedência ignorada; ou f) adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

3.2 Inclusão de novos objetos materiais

A Lei n. 9.677/98 ampliou o rol dos objetos materiais destas infrações penais, incluindo, no § 1º, entre outros: a) *medicamento* (que já era abrangido por "remédio"); *matéria-prima* (substância a partir da qual se pode fabricar ou produzir outra); *insumos farmacêuticos* (produtos combinados resultantes de várias matérias-primas); *cosméticos* (produtos destinados à limpeza, conservação e maquiagem da pele); *saneantes* (produtos de limpeza em geral) (*vide* Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado*).

3.3 Produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais

É a substância destinada à cura ou ao alívio de doenças, bem como ao combate de males e enfermidades.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no artigo em exame. Na hipótese do *caput*, não há exigência de elemento *subjetivo especial do tipo*; nas demais hipóteses, porém, exige-se esse *elemento subjetivo*, consistente no especial fim de agir — "para vender" — no § 1º.

5 Crime hediondo

A Lei n. 9.677/98 alterou a pena de prisão de um a três anos para dez a

quinze anos de reclusão, mantendo a multa cominada. Referida lei criou outras figuras típicas, incluindo-as no *caput* e nos parágrafos. Por fim, a Lei n. 9.695/98 classificou estes crimes como hediondos, incluindo-os no rol do art. 1º da Lei n. 8.072/90.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (*caput*); ou com a efetiva importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, nas condições descritas no § 1º-B (§ 1º-A). O perigo para a saúde pública é presumido pela lei. A tentativa é, teoricamente, admissível.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato e coletivo, plurissubsistente, permanente (nas modalidades "ter em depósito" e "expor à venda") e de forma vinculada.

8 Forma culposa

Quando qualquer das condutas perpetradas decorre da desatenção às regras de cuidado objetivo pelo agente (§ 2º), configura-se a modalidade culposa.

9 Questões especiais

O texto do presente artigo foi alterado pela Lei n. 9.677/98, com a inserção de novos parágrafos, ampliação da tutela dispensada e elevação substancial das sanções penais, além de transformá-lo em crime hediondo (cf. art. 1º, VII, da Lei n. 8.072/90). *Vide* art. 2º, III, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular); Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, para o *caput* e os §§ 1º-A e 1º-B, são reclusão, de dez a quinze anos, e multa. Para a hipótese de crime

culposo (§ 2º), as penas são de detenção, de um a três anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A importação de produto de origem estrangeira destinado a fins medicinais, sem registro na ANVISA, determina a ocorrência do delito insculpido no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP" (TRF – 4ª Região, Apelação 2004.70.01.009626-3, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, j. 6-6-2007).

"Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Improvimento. Comete o crime previsto no art. 273, § 1º e § 2º do CP quem tem em depósito para venda produto falsificado ou alterado, ainda que não tenha ciência da falsificação" (TJRS, Apelação 70006624175, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 23-10-2003).

"O art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, tipifica a ação de vender, expor à venda ou ter em depósito para fins de comércio, distribuir ou entregar a consumo produto sem registro, quando este é exigível, no órgão de vigilância sanitária. Não há óbice legal à punição de uma conduta na esfera administrativa e na esfera penal, se houver sua previsão como infração à legislação sanitária federal, assim como sua tipificação no Código Penal ou na legislação penal especial" (STJ, RHC 12.264/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10-12-2002).

Emprego de processo proibido ou de substância não permitida

Art. 274. Empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: a cominação da pena deste dispositivo foi determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente naquilo que se refere a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que pratique uma das ações descritas no dispositivo em exame, embora normalmente seja o industrial ou o comerciante. *Sujeito passivo* é a coletividade cuja saúde seja lesada ou colocada em perigo pela ação do sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *empregar* (utilizar, aplicar), no fabrico de produto destinado ao consumo (empregado na alimentação de indeterminado número de pessoas), revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida na legislação sanitária.

3.1 Revestimento

Revestimento é tudo aquilo que cobre determinada superfície, com a finalidade de protegê-la ou embelezá-la.

3.2 Gaseificação artificial

Trata-se de operação provocada por um processo não natural, que tem a finalidade de reduzir algo sólido ou líquido a gás ou a vapor.

3.3 Substância corante, aromática ou antisséptica

Substância corante é a destinada a colorir ou tingir alguma coisa; aromática é a substância que contém propriedades odoríficas, perfumada, cheirosa; antisséptica é a substância capaz de impedir ou dificultar a proliferação de microrganismos.

3.4 Qualquer outra substância não permitida

Trata-se de uma previsão genérica (que não se confunde com interpretação analógica) para admitir a proibição do uso de outros meios similares, demonstrando que a enumeração do tipo não é *numerus clausus*.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar a conduta descrita no tipo penal. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo. Não há previsão de modalidade

culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o emprego do processo ou substância não expressamente permitida pela legislação sanitária. Não há previsão de modalidade culposa. Admite-se a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, instantâneo, de perigo comum, abstrato e coletivo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

Trata-se de norma penal em branco, que se complementa com a legislação sanitária. Caracterizam o delito previsto no art. 274 a venda, exposição à venda, manutenção em depósito ou entrega a consumo de produtos nessas condições. *Vide* art. 2º, III, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

A Lei n. 9.677/98 promoveu a modificação no tocante à sanção penal cominada para a figura delitiva em apreço. Assim, não apenas a modalidade de pena privativa de liberdade (detenção) mas também os seus limites (um a três meses) foram substancialmente alterados após o advento do citado diploma, estando fixada em reclusão, de um a cinco anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Emprego de processo proibido ou de substância não permitida. O emprego de açúcar na fabricação de vinho, ainda que em quantidade superior à permitida, não tipifica o delito previsto no art. 274 do CP, eis que não se trata de ingrediente proibido pela legislação sanitária" (TJRS, Apelação 70009907932, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 28-10-2004).

Invólucro ou recipiente com falsa indicação

Art. 275. Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: redação determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora seja mais comum ser praticado por comerciantes e fabricantes. *Sujeito passivo* é a coletividade em geral, e, em particular, aqueles que comprarem ou consumirem os produtos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada consiste em *inculcar* (fazer falsa indicação, dar a entender, indicar, citar) a existência de substância que não se encontra no conteúdo de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais ou que nele existem em quantidade inferior à mencionada. O objeto material é o invólucro (tudo aquilo destinado a envolver, embrulhar, cobrir o produto, p. ex., rótulo, bula) ou recipiente (o que serve para acondicionar o produto, p. ex., frasco, vidro, lata) de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar a ação descrita no tipo penal, ou seja, fazer a falsa indicação. Não

há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a simples falsa indicação, independentemente de venda ou entrega do produto a consumo público. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, instantâneo, de perigo abstrato e coletivo, unissubjetivo, plurissubsistente e comissivo.

7 Questões especiais

A Lei n. 9.677/98 promoveu a modificação no tocante à sanção penal cominada para a figura delitiva em apreço. Assim, além da previsão de pena de multa cumulativa, houve alteração da modalidade de pena privativa de liberdade cominada e de suas respectivas margens penais (no regime anterior: detenção, de um a três meses). A falsa indicação exteriorizada em folhetos, catálogos, prospectos não tipifica o delito do art. 275, mas poderá, conforme o caso, configurar o delito do art. 175 do CP.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas são reclusão, de um a cinco anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Mistura de aguardente em uísque, ou só o uso do primeiro líquido, em garrafa rotulada com o nome de outro produto, para dizer que aquela bebida alcoólica é uísque, como ocorre na hipótese em testilha, não configura o crime (art. 272), porque o produto final não apresentou nocividade à saúde. É isto o que informa o laudo pericial do serviço de inspeção vegetal. Trata-se, por outro lado, da infração penal do art. 275 do mesmo diploma legal, pois o agente afirmou, indicou, apregoou que aquela bebida continha substâncias que não entravam em sua composição ou existiam em quantidade inferior a mencionada. Ademais, neste caso, a consumação independe de qualquer outro resultado, uma vez que a presunção de perigo é absoluta” (TJRS, Apelação 70000988295, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 21-9-2000).

“A mera aposição de rótulo falso em recipiente de produto alimentício configura o delito do

art. 275 do Código Penal" (STF, HC 44.807/GB, Rel. Min. Amaral Santos, j. 16-2-1968).

Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores

Art. 276. Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora normalmente seja praticado por comerciante. *Sujeito passivo* é a coletividade, e particularmente o sujeito que sofrer direta e pessoalmente o risco ou dano decorrente da ação do sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas alternativamente incriminadas (idênticas às descritas nos arts. 272, § 1º-A, e 273, § 1º) são: a) *vender*; b) *expor* à venda; c) *ter em depósito* para vender; ou d) de qualquer forma *entregar a consumo*. O objeto material é o produto, nas condições dos arts. 274 e 275 do CP. Como a lei não exige a prática da atividade comercial do agente, não é necessário que se caracterize a habitualidade, sendo suficiente apenas uma das condutas.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar uma das condutas criminalizadas, sendo necessário que o agente

tenha consciência de que se trata de produto nas condições referidas nos arts. 274 ou 275; na modalidade de "ter em depósito", há o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo *especial fim de agir*, "para vender".

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a realização de qualquer das condutas previstas. A tentativa é, teoricamente, admissível. Ação penal: pública incondicionada.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, de conteúdo variado, comum (na modalidade de vender ou entregar a consumo) e permanente (nas modalidades "expor à venda" e "ter em depósito"), de perigo comum, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Concurso de crimes

Se o agente pratica o crime inscrito nos arts. 274 ou 275 do CP e, logo depois, realiza qualquer das condutas previstas no art. 276, responderá apenas por aquele, constituindo o art. 276 *post factum* impunível.

8 Questões especiais

A Lei n. 9.677/98 alterou substancialmente a sanção penal cominada desta figura delitiva. Assim, não apenas a modalidade de pena privativa de liberdade (detenção) e seus limites (um a três meses) foram modificados com o advento do citado diploma, mas também se adotou a cominação cumulativa da pena de multa. Trata-se de infração que admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. Sendo produto de primeira necessidade, art. 2º, III, da Lei n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de um a cinco anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

Substância destinada à falsificação

Art. 277. Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: artigo com redação determinada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora normalmente seja praticado por comerciante. *Sujeito passivo* é a coletividade, e particularmente o sujeito que sofrer direta e pessoalmente o risco ou dano decorrente da ação do sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas incriminadas, alternativamente, são as seguintes: a) *vender*; b) *expor à venda*; c) *ter em depósito para vender*; d) *ceder*. Com exceção desta última, as outras três condutas são idênticas às previstas nos arts. 272, § 1º-A, e 273, § 1º, lá examinadas. *Ceder*, por sua vez, significa entregar a outrem, de qualquer forma, o produto incriminado. O objeto material é a substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

3.1 Substância destinada à falsificação

Não é necessário que a "substância" sirva unicamente para falsificar produtos mencionados. Assim, a finalidade falsificadora deve ser examinada casuisticamente. Deve-se ter especial cuidado ao examinar,

quando a substância tiver múltipla destinação, necessitando ficar bem demonstrada a finalidade concreta da razão do agir do autor.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar uma das condutas criminalizadas; exige-se, igualmente, o elemento subjetivo especial do tipo, qual o fim especial de destinar à falsificação do produto. A existência de outra finalidade, ainda que as condutas sejam praticadas, não configurará este crime.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva realização de qualquer das condutas incriminadas. Embora admissível, a tentativa é de difícil ocorrência.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, de perigo abstrato e coletivo, de conteúdo variado e permanente (nas modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”), unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

A Lei n. 9.677/98 alterou substancialmente a sanção penal cominada para esta figura delitiva, ampliando os seus limites e modificando a modalidade de pena privativa de liberdade prevista. Configura crime único a prática de duas ou mais condutas, pois se trata de tipo misto alternativo. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de um a cinco anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A ausência do exame pericial competente, do produto falsificado, arreda a configuração do delito previsto no art. 277 do CP" (TJSP, Apelação, Rel. Onei Raphael, RT *440:359*).

"Na descrição do disposto no art. 277 do CP, o que se visa proteger é a consciência de todos, impedindo-se que o ato de fraudar venha em detrimento da natural qualidade ou garantia dos produtos alimentícios na sua inteireza" (TACrimSP, Apelação 381.241-8, Rel. Roberto de Almeida, j. 2-4-1985).

Outras substâncias nocivas à saúde pública

Art. 278. Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, no especial aspecto da saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora normalmente seja praticado por comerciante. *Sujeito passivo* é a coletividade, e particularmente o sujeito que sofrer direta e pessoalmente o risco ou dano decorrente da ação do sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São as seguintes as condutas alternativamente incriminadas: a) *fabricar*; b) *ter em depósito para vender*; c) ou, de qualquer forma, *entregar a*

consumo. O objeto material indicado é a coisa ou substância (objeto material) nociva (lesiva ou danosa) à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal (ex.: loções, esmaltes, papéis, roupas, cigarros, brinquedos etc.).

3.1 Crime subsidiário e alternativo

Quando se tratar de produtos destinados à alimentação ou a fins medicinais, o agente responderá pelos tipos dos arts. 272 e 273. Para evitar dúvidas, o artigo fez ressalva expressa nesse sentido.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar uma das condutas descritas no tipo, com conhecimento de que se trata de substância nociva à saúde pública. O elemento subjetivo do tipo refere-se ao especial fim de agir, “para vender”. Somente é exigido elemento subjetivo especial do tipo na modalidade de “ter em depósito”, que deve ser para “fim de vender ou entregar a consumo”.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a realização de qualquer das condutas tipificadas. A tentativa é admissível, embora de difícil ocorrência.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato e coletivo, de conteúdo variado, formal e permanente (nas modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”), unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Forma culposa

Haverá a modalidade culposa quando a prática da conduta for resultado da desatenção ao cuidado objetivo necessário por parte do agente.

8 Questões especiais

O art. 278 exige a nocividade efetiva da coisa ou substância, ou seja, deve ser realmente danosa à saúde pública. Se o agente realiza mais de uma

das condutas descritas, responderá por só um crime, por se tratar de tipo misto alternativo. Para que se realize o crime é irrelevante o grau de nocividade do produto, o qual deverá ser apreciado pelo juiz apenas quando da aplicação da pena (art. 59). *Vide* arts. 63 e 64 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); art. 74 do Dec. n. 98.816/90 (regulamenta a Lei de Agrotóxicos — Lei n. 7.802/89).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de um a três anos, e multa. A forma culposa comina pena de detenção, de dois meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Entrega, a consumo, de sangue contaminado (art. 278 do Código Penal). Dolo plenamente caracterizado, segundo os fatos apurados nas instâncias ordinárias. Pena fixada dentro dos limites legais, por decisão suficientemente fundamentada" (STF, HC 68.867/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 17-12-1991).

Substância avariada

Art. 279. (*Revogado pela Lei n. 8.137, de 27-12-1990*.)

Medicamento em desacordo com receita médica

Art. 280. Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente no aspecto da saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e não apenas o farmacêutico, mas toda e qualquer pessoa que fornecer, de qualquer modo, a substância medicinal em desacordo com a receita médica (balconista, prático etc.) (contra: Magalhães Noronha). *Sujeito passivo* é a coletividade, bem como aquele que recebe a substância diversa da prescrita em receita médica.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Consiste em *fornecer* (dar, entregar, ceder, vender), a título gratuito ou oneroso, substância medicinal (terapêutica ou profilática) em desacordo com receita médica (elemento normativo do tipo). Por receita médica entende-se "a prescrição feita pelo médico, por escrito, em regra, em papel com seu timbre" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 1986, v. 4, p. 50).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de fornecer a substância medicinal sabendo que está em desacordo com a receita médica. É irrelevante o desconhecimento de risco para a saúde da vítima, na medida em que o perigo é presumido.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a entrega efetiva da substância em desacordo com a receita médica. Admite-se, em tese, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato e coletivo, formal, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Forma culposa (parágrafo único)

Tipificar-se-á a figura culposa quando o fornecimento da substância resultar da desatenção ao dever de cuidado exigido.

8 Questões especiais

Em se tratando de substância corrompida, adulterada, modificada ou alterada, incidirá o agente nos delitos inscritos nos arts. 272 ou 273 do CP. Ainda que a substituição feita pelo farmacêutico seja benéfica, responderá ele pelo crime do art. 280, pois a lei penal tutela a saúde pública ameaçada por semelhante arbitrariedade (nesse sentido: *RT*, *592*:342, e *JTACrimSP*, *83*:255). Caso o farmacêutico entenda haver na receita manifesto equívoco por parte do médico, deverá localizar este para que corrija expressamente o erro (art. 254 do regulamento do Departamento Nacional de Saúde); não encontrando o médico e sendo urgente a entrega do medicamento, poderá o farmacêutico corrigir a receita, agindo em estado de necessidade (art. 24 do CP).

9 Pena e ação penal

A pena cominada é a detenção, de dois meses a um ano. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O crime do art. 280 do CP se consuma com a entrega da substância medicinal não correspondente à receita, pois só então se apresenta o perigo que a lei, na espécie, presume" (TACrimSP, HC, Rel. Isnard dos Reis, *RT*, *297:408*).

Art. 281. (*Revogado pela Lei n. 6.368, de 21-10-1976*.)

Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica

Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, em especial a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Na primeira parte do artigo, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo (crime comum). Na segunda, apenas o médico, dentista ou farmacêutico podem ser sujeito ativo, pois somente estes podem *exceder os limites*. Sujeito passivo é a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São tipificadas duas figuras neste artigo: a) *exercer* (desempenhar, praticar), ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico *sem a autorização legal* (elemento normativo do tipo). A *finalidade* lucrativa qualifica o delito. Convém destacar que, além da habilitação profissional, é necessário o registro do título, diploma ou licença na repartição do órgão competente; b) *exercer* a profissão de médico, dentista ou farmacêutico excedendo-lhe os limites. Na primeira hipótese, exerce-se a profissão sem ter tal qualificação ou, pelo menos, sem estar inscrito regularmente no órgão competente. Na segunda hipótese, o agente tem a qualificação profissional e está devidamente inscrito no órgão competente, mas se excede no seu exercício. Trata-se aqui de norma penal em branco, pois esses limites são determinados por leis especiais.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de exercer ilegalmente a profissão ou se exceder no seu exercício. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo, mas, se houver o fim especial de lucro, o crime será qualificado.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o exercício habitual e reiterado da profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Em razão da habitualidade necessária, não se admite a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum na primeira parte e próprio na segunda, de perigo abstrato e coletivo, de concurso necessário e habitual.

7 Forma qualificada

Ocorre quando agente comete o crime com intuito de obter vantagem econômica.

8 Exercício ilegal de outras profissões

Em se tratando de exercício ilegal de profissão, ou atividade diferente da de médico, dentista ou farmacêutico, *vide* art. 47 da Lei das Contravenções Penais. Incide no art. 359 do CP o médico, dentista ou farmacêutico que, suspenso ou privado por decisão judicial do exercício de sua profissão, continua a desempenhá-la. *Vide* art. 47 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

9 Questões especiais

Distingue-se o delito do art. 282 do crime do art. 284 porque, no curandeirismo, o agente é pessoa ignorante e rude, que se dedica à cura de moléstias por meios grosseiros, enquanto no exercício ilegal da medicina o agente demonstra aptidões e conhecimentos médicos, embora não seja autorizado a exercer a medicina.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de seis meses a dois anos. Na figura qualificada aplica-se, cumulativamente, a pena de multa. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Art. 282, parágrafo único, do CP. Optometrista. Exercício ilegal da medicina. Constatado que o réu realizava apenas atos inerentes à profissão de tecnólogo em optometria, inexistindo prova de que também realizasse atos privativos de médico oftalmologista, a absolvição deve ser mantida” (TJRS, Apelação 70022513485, Rel. Gaspar Batista, j. 21-2-2008).

“Responsabilidade civil do Estado. Auto de infração. Acupuntura. Suspensão das atividades profissionais. Ato ilícito. Inocorrência. Revela-se lícita a determinação prévia, pela administração pública, no exercício do poder de polícia, que impõe restrição ao profissional da fisioterapia que exercia a atividade de acupuntura sem o respectivo alvará, ainda que o auto de infração tenha indicado, equivocadamente, a infração como exercício ilegal da medicina” (TJRS, Apelação Cível 70015335078, Rel. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 15-2-2007).

“Condenado o paciente à pena de 6 (seis) meses de detenção pela prática de exercício ilegal de medicina (art. 282, CP), a prescrição passa a ser regulada pela pena *in concreto*. Nos termos dos arts. 109 e 110 do Código Penal, se entre os marcos interruptivos transcorreram mais de dois anos, impõe-se declarar a extinção da punibilidade do acusado, em face da incidência da prescrição da pretensão punitiva na sua modalidade retroativa ou intercorrente” (STJ, HC 43.042/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16-6-2005).

“Exercício ilegal de arte farmacêutica e curandeirismo. Embora o curandeirismo seja prática delituosa típica de pessoa rude, sem qualquer conhecimento técnico-profissional da medicina e que se dedica a prescrever substâncias ou procedimentos com o fim de curar doenças, não se pode descartar a possibilidade de existência do concurso entre tal crime e o de exercício ilegal de arte farmacêutica, se o agente também não tem habilitação profissional específica para exercer tal atividade” (STJ, HC 36.244/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 22-2-2005).

“Homicídio simples e exercício ilegal da medicina. Pronúncia. Acertada a pronúncia pelo crime de exercício ilegal de medicina, que é conexo ao de homicídio, devendo ser também julgado pelo Tribunal do Júri, a teor do que dispõe o art. 78, I, do CPP” (TJRS, RESE 70008260945, Rel. Manuel José Martinez Lucas, j. 28-4-2004).

“Exercício ilegal da medicina. Não infringe a norma o art. 282, do Código Penal, a ré que exerce a função de parteira, distinta da atividade médica-obstetra, mesmo que não possua documentação legal para exercer tal profissão. A assistência prestada pela acusada não constitui o crime em exame, pois o que ocorreu foi o exercício ilegal da profissão de parteira. É assente no direito a vedação de interpretação analógica de regra de direito penal *in malan partem*. Inadmissível, pois, a condenação da acusada, por não constituir o fato ilícito penal” (TJRS, Apelação 70000304063, Rel. Saulo Brum Leal, j. 16-3-2000).

“Exercício ilegal da medicina. Charlatanismo. Atuação como crime-meio para se chegar ao delito-fim. Absorção pelo delito mais grave. Exercício ilegal da medicina — acusado que, sendo médico, atendia como tal e ministrava medicação a ser adquirida em estabelecimento comercial especializado. Condenação mantida. Inteligência do art. 282 do Código Penal” (TJRS, Apelação 297005175, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 9-4-1997).

Charlatanismo

Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:
Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, destacando-se principalmente a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o próprio médico, que anuncia cura por método secreto e infalível. *Sujeito passivo* é a coletividade, e especialmente a pessoa lesada ou iludida pelo sujeito ativo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

Os núcleos alternativamente indicados são *inculcar* (propor como vantajoso, indicar, aconselhar) ou *anunciar* (apregoar, difundir, noticiar) cura por meio secreto ou infalível. A inculca ou anúncio é de cura por meio secreto (oculto) ou *infalível* (que não falha, indefectível). O anúncio do meio ou a cura por médicos é permitido nos termos do Dec.-lei n. 4.113/42, e por dentistas, conforme a Lei n. 5.081/76, desde que não se trate de moléstias para as quais não haja tratamento próprio, podendo, inclusive, constituir infração disciplinar.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de inculcar ou anunciar cura por processo secreto ou infalível, tendo conhecimento da falsidade. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo. Não há previsão, tampouco, de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a conduta de inculcar ou anunciar cura por

processo secreto ou infalível, com conhecimento da falsidade. O perigo para a saúde pública é presumido. Admite-se a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato e coletivo e de conteúdo variado.

7 Questões especiais

O charlatanismo não se confunde com exercício ilegal da medicina (art. 282). Neste crime o agente entende ser eficaz o tratamento ou meio por ele prescrito. Naquele o sujeito ativo conhece a ineficácia do meio por ele inculcado ou anunciado. Se o agente pratica o crime com finalidade lucrativa, haverá concurso formal com o delito de estelionato (art. 171). *Vide* arts. 27 e 47 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de três meses a um ano, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Liberdade de culto — charlatanismo — Curandeirismo — Denúncia — Inépcia — A denuncia deve descrever o fato delituoso com todas suas circunstâncias, de modo a ensejar o exercício do direito de defesa. O charlatanismo e o curandeirismo integram o rol dos crimes contra a saúde pública, ou seja, praticado contra número indeterminado de pessoas. Crimes de perigo concreto (probabilidade de dano). O direito penal da culpa é incompatível com o perigo abstrato, hipótese ocorrente no plano hipotético. O homem responde pelo que fez ou deixou de fazer. Refute-se a simples suposição. Dessa forma, a denúncia precisa indicar o resultado (sentido normativo). Caso contrário, será inepta. A liberdade de culto e garantia constitucional, com proteção do local e da liturgia” (STJ, HC 1.498/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18-12-1992).

Curandeirismo

Art. 284. Exercer o curandeirismo:

I — prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II — usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III — fazendo diagnósticos:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente a saúde pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (feiticeiro, cartomante, pai de santo, médium etc.). *Sujeito passivo* é a coletividade, bem como qualquer pessoa que seja tratada pelo agente.

3 Tipo objetivo

O núcleo do tipo é o verbo *exercer* (desempenhar, praticar). O *curandeirismo* pode ser conceituado como "o exercício da arte de curar de quem não tem a necessária habilitação profissional, por meios não científicos. Admite três modos de execução: a) *prescrevendo* (receitando), *ministrando* (dando a consumo) ou *aplicando* (utilizando) habitualmente qualquer substância; b) *usando gestos, palavras ou qualquer outro meio*; c) *fazendo diagnósticos* (identificando a doença pelos sintomas exteriorizados).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar, reiteradamente, qualquer das condutas descritas no art. 284.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática reiterada e com habitualidade do

curandeirismo, através das condutas descritas nos incisos do artigo em exame. É inadmissível a tentativa, em razão da habitualidade.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, de perigo abstrato e coletivo, formal, habitual e de forma vinculada.

7 Forma qualificada

Haverá a figura qualificada quando o agente exerce o curandeirismo com finalidade lucrativa. Nessa hipótese aplica-se cumulativamente a pena de multa.

8 Concurso com outros crimes

Os crimes dos arts. 282, 283 e 284 do CP não se confundem. Explica-se que, "enquanto o exercente ilegal da medicina tem conhecimentos médicos, embora não esteja devidamente habilitado para praticar a arte de curar, e o charlatão pode ser o próprio médico que abastarda sua profissão com falsas promessas de cura, o curandeiro (caribamba, mezinheiro, raizeiro) é o ignorante chapado sem os conhecimentos da medicina, que se arvora em debelador dos males corpóreos" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 154). Se o agente explora a credulidade pública despido do propósito curativo, pratica a contravenção do art. 27 da Lei das Contravenções Penais.

9 Questões especiais

Embora apenas o inciso I mencione expressamente o advérbio "habitualmente", a habitualidade é imprescindível para a caracterização do delito em qualquer de suas modalidades.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de seis meses a dois anos. A forma qualificada comina a pena pecuniária cumulativamente. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Curandeirismo. Perfuração da cavidade nasal. Lesão corporal de natureza grave. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida” (TJRS, Apelação 70012447579, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 5-10-2006).

“Paciente condenada pela prática do delito de curandeirismo. Se a inicial acusatória imputou à paciente a prática do delito de curandeirismo de forma genérica, deixando de detalhar qual a conduta por ela realizada que se adequa ao tipo penal atribuído, não explicitando quais os ‘trabalhos de curandeirismo’ foram praticados pela ré, resta configurado o constrangimento ilegal. O simples fato de a ré ter recebido valores da vítima, prometendo-lhe a cura de sua enfermidade, não autoriza a instauração de processo criminal, tendo em vista que, para se configurar o tipo penal do art. 284 do Estatuto Repressivo é necessária a prática de uma das condutas descritas em seus incisos” (STJ, HC 59.312/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12-9-2006).

“Prisão em flagrante. Liberdade provisória negada. Reiteração criminosa. Acusado sem endereço certo. A ordem solicitada em *habeas corpus* deve ser negada, porque o paciente, como admitiu em seu interrogatório e confirmado por certidões, já foi, mais de uma vez, condenado pelo crime de curandeirismo e, se solto, continua a praticá-lo. Esta reincidência impede a concessão de fiança ou a suspensão do processo” (TJRS, HC 298001298, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 19-2-1998).

“O curandeirismo ficou comprovado com a habitualidade com que o réu ministrava os ‘passes’ e obrigava, adultos e menores, a ingerirem sangue de animais e bebida alcoólica, colocando em perigo a saúde e levando os adolescentes a dependência do álcool” (STJ, REsp 50.426/MG, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 10-8-1994).

Forma qualificada

Art. 285. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

D O U T R I N A

O art. 285 determina a aplicação do art. 258 aos crimes previstos nos arts. 268 a 284 se do perigo à saúde pública resulta lesão corporal ou morte. O delito do art. 267 (epidemia) tem a lesão corporal como integrante da conduta típica e a morte como resultado qualificador (§§ 1º e 2º), daí a razão de sua exclusão, expressamente indicada no art. 285.

Vide arts. 1º e 9º da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos); art. 1º, III, *j*, da Lei n. 7.960/89.

Título IX - Dos Crimes contra a Paz Pública

Incitação ao crime

Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:
Pena — detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a paz pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada consiste em *incitar* (estimular, instigar, açular, provocar) a prática de crime, ou seja, excluem-se a contravenção ou fatos imorais. O crime deve ser determinado, pois a instigação feita genericamente, por ser vaga, não teria eficácia ou idoneidade. É necessário que a incitação ocorra em público: a publicidade do ato é elemento do tipo, sendo necessária a sua percepção por um indeterminado número de pessoas.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de incitar, ou seja, de estimular a prática de crime, tendo o agente ciência de que se dirige a um número indeterminado de pessoas.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a simples incitação, desde que perceptível por um número indefinido de pessoas. Admite-se a tentativa quando o meio de execução é a forma escrita.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, de forma livre, de perigo comum e abstrato, e

vago.

7 Questões especiais

Vide art. 23, IV, da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional). É indiferente para a configuração do crime que o instigamento recaia sobre pessoa determinada. O agente pode responder em concurso com a prática do crime pela pessoa instigada (art. 29 do CP), resultando em concurso material entre os dois ilícitos penais. *Vide* art. 155 do CPM (incitação à prática de crimes militares); art. 53, *a* a *l*, da Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 (entorpecentes); art. 20 da Lei n. 7.716/89 (crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor); arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais). *Vide* art. 3º da Lei n. 2.889/56 (crime de genocídio).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são detenção, de três a seis meses, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Incitação ao crime. Art. 286 do CPB. Nulidade da audiência preliminar decretada. No procedimento especial do Juizado Especial Criminal é expresso que a audiência preliminar será presidida por Juiz de Direito, proibindo, assim, a delegação de jurisdição (art. 72 da Lei 9.099/95). A denunciada incitou, instigou o adolescente a disparar contra a vítima, a fim de nela ocasionar lesões corporais. E isso é conduta tipificada pelo ordenamento penal, seja como crime ou ato infracional. A diferença está em quem pratica o ato, mas não há diferença se o instigador age incitando adulto ou adolescente” (TJRS, Recurso Crime 71001365543, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 13-8-2007).

“Substância entorpecente (técnica de cultivo). Incitação ao crime (investigação). Internet (veiculação). Competência (Justiça estadual). A divulgação, pela internet, de técnicas de cultivo de planta destinada à preparação de substância entorpecente não atrai, por si só, a competência federal. Ainda que se trate, no caso, de hospedeiro estrangeiro, a ação de incitar desenvolveu-se no território nacional, daí não se justificando a aplicação dos incisos IV e V do art. 109 da Constituição” (STJ, Conflito de Competência 62.949/PR, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11-10-2006).

“Incitação ao crime. Art. 286 do CP. Julgado o feito na jurisdição comum, a Turma Recursal Criminal não é competente para apreciar recurso de apelação. Declinada a competência para o egrégio Tribunal de Justiça do estado” (TJRS, Recurso Crime 71000824177, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 24-1-2006).

“Incitação ao crime: não o pratica quem, segundo a denúncia, não incitou ninguém à prática do delito, mas, ao contrário, teria acedido à instigação de terceiro” (STF, HC 75.755/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17-2-1998).

Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena — detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

DOUTRINA

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a paz pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem qualquer condição ou qualidade especial. *Sujeito passivo* é a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica é fazer apologia (elogiar, exaltar, enaltecer). O elogio é referente a fato criminoso ou a seu autor, "de forma que constitua incentivo indireto ou implícito à repetição da ação delituosa" (H. C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 283). É ainda requisito do tipo a publicidade, isto é, requer-se a percepção de um número indefinido de pessoas.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de fazer apologia do crime, consciente de que atinge um número indeterminado de pessoas. Não há exigência de qualquer fim específico.

5 Consumação e tentativa

Ocorre a consumação com a apologia, perceptível por um número indeterminado de pessoas. A tentativa é, teoricamente, admissível, desde que o meio não seja o oral.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, de forma livre, de perigo comum e abstrato, instantâneo e vago.

7 Questões especiais

A apologia feita ao autor do crime deve referir-se aos meios de execução necessários à prática deste, e não à personalidade do delinquente. Não configura o crime o elogio feito a crimes culposos ou a acontecimentos futuros. Esse crime é considerado forma de instigação indireta. Se o agente faz apologia a vários crimes, haverá concurso formal (art. 70 do CP). Admite-se concurso formal entre apologia e crime praticado posteriormente. *Vide* art. 22 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são detenção, de três a seis

meses, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Instigação e induzimento ao uso de entorpecentes. Hipótese na qual o impetrante alega a inépcia da exordial oferecida contra o réu, denunciado por instigação e induzimento ao uso de entorpecentes e associação para o tráfico, pois, na qualidade de cantor de *funk*, teria instigado e induzido o uso de substâncias ilícitas, especialmente as comercializadas pela facção criminosa da qual seria membro. Embora não se exija a descrição pormenorizada das condutas do agente, isso não significa que o órgão acusatório pode oferecer denúncia sem a devida descrição dos fatos, como no caso dos autos, em que a acusação nem sequer transcreveu trechos das músicas que fariam apologia ao crime, não tendo, ainda, demonstrado de que forma o réu teria concorrido para a divulgação das músicas na rede mundial de computadores" (STJ, HC 63.966/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24-4-2007).

"Apologia de crime ou criminoso – Contravenção penal — Paz pública — A denúncia deve descrever a infração penal, com todas as suas circunstâncias. No caso do art. 287, CP, indicar a conduta que elogia ou incentiva 'fato criminoso', ou 'autor do crime'. A apologia de contravenção penal não satisfaz elemento constitutivo desse delito. Além disso, imprescindível registrar que a apologia se deu publicamente, isto é, dirigida ou presenciada por número indeterminado de pessoas, ou em circunstância em que a elas possa chegar a mensagem. Só assim será relatado o resultado (perigo a paz pública), juridicamente entendido como a probabilidade (perigo concreto) de o crime ser repetido por outrem, ou seja, estimular terceiros a delinquência" (STJ, RHC 4.660/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 5-9-1995).

"No caso do art. 287, CP, indicar a conduta que elogia ou incentiva 'fato criminoso', ou 'autor do crime'. A apologia de contravenção penal não satisfaz elemento constitutivo desse delito" (STJ, RHC 3.997/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 8-11-1994).

Quadrilha ou bando

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.

DOUTRINA

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a paz pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, em um número mínimo de quatro, incluindo-se também os inimputáveis. *Sujeito passivo* é a coletividade, um número indeterminado de indivíduos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo é *associar-se*, que significa unir-se, ajuntar-se, reunir-se. É necessária a união de mais de três pessoas, caracterizando quadrilha ou bando, ou seja, exigem-se no mínimo quatro pessoas. Entende-se por quadrilha ou bando a reunião estável ou permanente (que não significa perpétua) para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A associação tem como objetivo a prática de crimes, excluídos a contravenção ou atos imorais.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de associar-se a outras pessoas com a finalidade de praticar crimes, criando um vínculo associativo entre os participantes. Exige-se o elemento subjetivo especial do tipo, caracterizando especial fim de cometer crimes.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a *simples associação* de mais de três pessoas para a prática de crimes, colocando em risco a paz pública, sendo desnecessária, pois, a *prática* de qualquer crime. A tentativa é absolutamente inadmissível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário, comissivo e permanente.

7 Forma qualificada

Qualifica-se o crime quando a quadrilha está armada (armas próprias ou inadequadas). A incidência da qualificadora (parágrafo único) não requer que todos os integrantes da quadrilha estejam armados.

8 Quadrilha ou bando e concurso de pessoas

A associação de forma estável e permanente, bem como o objetivo de praticar vários crimes, é o que diferencia o crime de quadrilha ou bando da coautoria. Para a configuração do crime é irrelevante que o bando tenha ou não praticado algum delito.

9 Questões especiais

A disposição legal, ao exigir uma quantidade mínima de pessoas, admite o inimputável como integrante da quadrilha. Quando os agentes têm como fim a prática de crimes previstos no art. 8º da Lei n. 8.072/90 (crimes considerados hediondos, § 1º), de tortura, terrorismo, tráfico de drogas, incidirão no tipo do art. 288 do CP e nas sanções do art. 8º da mesma lei, observada ainda a qualificadora do art. 288 e do crime cometido. Quando a quadrilha pratica algum crime, o integrante que concorre para a sua efetivação responde por ele em concurso material com o previsto no art. 288 do CP. *Vide* art. 1º, III, *l*, da Lei n. 7.960/89 (prisão temporária); arts. 35 e 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (entorpecentes); arts. 1º e 9º da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos); art. 2º da Lei n. 2.889/56 (crime de genocídio); arts. 16 e 24 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional); Lei n. 9.034/95 (crime organizado).

10 Pena e ação penal

Reclusão, de um a três anos. A forma qualificada comina pena em dobro. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Crime de quadrilha ou bando. Penas fixadas em 1 ano e 1 ano e três meses de reclusão. Prescrição superveniente. Ocorrência. Ordem concedida, para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição superveniente da pretensão punitiva estatal, tão somente quanto ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB)” (STJ, HC 90.767/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21-2-2008).

“Tentativa de homicídio qualificado em concurso. Formação de quadrilha. Concurso material” (STJ, HC 93.489/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21-2-2008).

“*Operação Anaconda*. Crime de quadrilha. O acórdão recorrido enumera os vultosos bens acumulados pelo ora Recorrente, e também por corréus, os quais, depois de exaustiva comparação com dados de rendimentos, imposto de renda, movimentações financeiras etc., são tidos como de origem ilícita, logrando demonstrar, diante do vasto acervo

probatório, que o grupo se locupletou com vantagens e ganhos ilícitos, decorrentes direta ou indiretamente do crime de quadrilha, valendo destacar a notória desproporcionalidade entre o patrimônio do Recorrente e seus rendimentos de origem lícita. Tendo concluído a instância ordinária pela existência de bens ilegalmente acumulados em decorrência direta ou indireta da atividade da quadrilha, não é possível, em sede de recurso especial, reabrir essa questão" (STJ, REsp 827.940/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14-2-2008).

"Mesmo nos crimes permanentes há necessidade de que o agente ativo seja encontrado em circunstância que autorize o reconhecimento do flagrante. Impossível o flagrante por crime de quadrilha se os demais corréus se encontravam presos desde longa data, não podendo se reunir com o paciente" (STJ, HC 65.834/AL, Rel. Min. Jane Silva, j. 4-10-2007).

"O crime de quadrilha ou bando é autônomo ou formal, ou seja, sua consumação se dá com a convergência de vontades e independe da punibilidade ulterior dos delitos visados" (STJ, HC 49.194/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26-6-2007).

"O reconhecimento da continuidade delitiva quanto ao crime contra a ordem tributária não obsta a caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal. (Precedentes)" (STJ, REsp 569.318/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15-2-2005).

Título X - Dos Crimes contra a Fé Pública

Capítulo I - Da Moeda Falsa

Moeda falsa

Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 12 (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.

§ 2º Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 3º É punido com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:

I — de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei;

II — de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem desvia e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em particular a circulação monetária.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa ofendida.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica é *falsificar* (imitar, reproduzir por fraude, passar por verdadeiro): a) *fabricando*, ou seja, há contrafação, cria-se um novo objeto; b) *alterando*, que significa modificar, alterar o já existente, para aumentar seu valor. A moeda metálica ou papel-moeda — objeto material — deve dispor de curso legal (recebimento obrigatório decorrente de lei) no País ou no estrangeiro.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de falsificar a moeda mediante contrafação ou alteração. Não se exige nenhum elemento subjetivo especial, nem mesmo de colocá-la em circulação.

5 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, comissivo, plurissubsistente e instantâneo.

6 Falsificação grosseira: atipicidade

A falsificação grosseira não constitui esse crime, pois é necessário que aquela seja hábil para enganar “uma pessoa de diligência ordinária”. A moeda que não possui curso legal exigido pelo tipo — está fora de

circulação — pode configurar-se meio de execução para a prática de estelionato (art. 171 do CP).

7 Questões especiais

Entende-se que ocorre crime único na falsificação de várias moedas, na mesma ocasião. No entanto, se em épocas diferentes, admite-se crime continuado. Se o falsificador põe em circulação moeda fabricada a partir de fragmentos de moeda verdadeira configura-se o delito em exame e não o delito do art. 290 do CP. *Vide* arts. 43 e 44 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais); e, quanto ao § 2º, *vide* ainda art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Figura do § 1º: crime subsequente à falsificação

As condutas incriminadas são: a) importar ou exportar; b) adquirir; c) vender; d) trocar; d) ceder; e) emprestar; f) guardar; g) introduzir na circulação. O objeto material é a moeda falsificada.

9 Figura privilegiada: crime subsequente

Quando o agente recebe de boa-fé a moeda falsa, após conhecer a falsidade, e a restitui à circulação (§ 2º).

10 Figura qualificada (§ 3º)

As condutas típicas são fabricar, emitir ou autorizar a fabricação ou emissão: a) de moeda com título ou peso inferior ao estabelecido por lei; b) de papel-moeda (cédula) em quantidade superior à autorizada, ou seja, de forma irregular. *Título* é a proporção ou teor de liga metálica legalmente estabelecida para a composição de moeda.

10.1 Desviar e fazer circular moeda não autorizada (§ 4º)

Os núcleos são *desviar* (mudar a direção, o destino) e *fazer circular*, ou seja, o agente retira o dinheiro do local onde se encontra e o põe em circulação antecipadamente, de forma abusiva. O elemento material é moeda verdadeira.

11 Concurso de crimes

Quando o agente pratica mais de uma das condutas típicas responde por um só crime. Se o agente introduz na circulação moeda falsa, de forma ardilosa, responde em concurso material com o crime de estelionato. A figura privilegiada (§ 2º) admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano.

12 Questões especiais

Funcionário público é aquele definido no art. 327 do CP. Se o funcionário público tiver lucro com a prática desse crime poderá responder, em concurso formal, com o delito do art. 312 do CP (peculato) ou outro delito patrimonial. A emissão de moeda metálica em excesso é figura atípica.

13 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de três a doze anos, e multa. Para a forma *privilegiada* a pena é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Na hipótese da figura qualificada as penas cominadas são reclusão, de três a doze anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 73 do STJ:* "A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual".

"Condenação pelo crime do art. 289, § 1º, do CP. Direito de apelar em liberdade. Inexistência. O direito de apelar em liberdade pode ser denegado, ainda que o réu permaneça solto durante a instrução criminal, nas hipóteses em que se evidencia, no momento da prolação da sentença condenatória, qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP. Resta devidamente fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva do recorrente, com expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, em virtude da reiterada atividade delitiva, que demonstra a possibilidade de prática de novos delitos (Precedentes)" (STJ, RHC 20.465/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-11-2007).

"Falsificação de moeda. R$ 50,00. Princípio da insignificância. Pequeno valor. Inaplicabilidade. No caso de crime de falsificação de moeda, a norma não busca resguardar somente o aspecto patrimonial, mas também, e principalmente, a moral administrativa, que se vê flagrantemente abalada com a circulação de moeda falsa. A menor quantidade de notas ou o pequeno valor de seu somatório não é apto a quantificar o

prejuízo advindo do ilícito perpetrado, a ponto de caracterizar a mínima ofensividade da conduta para fins de exclusão de sua tipicidade" (STJ, REsp 964.047/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25-10-2007).

"O crime de introdução de moeda falsa em circulação, previsto no art. 289, § 1º, do CP, pode ser elidido com a demonstração de ausência de dolo, o que não ocorreu no caso concreto. Hipótese em que a agente usou cédula falsa no comércio e foi presa em flagrante com outras de igual natureza escondidas em sua roupa. Inexistência de prova quanto à alegada boa-fé. Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a fé pública, notadamente o de moeda falsa do art. 289, § 1º, do CP. Precedente: ACR n. 4.916/CE, Quarta Turma, Rel. Lázaro Guimarães, *DJ* 21-6-2007, p. 1449" (TRF – 5ª Região, Apelação 2006.83.00.006159-3, Rel. Margarida Cantarelli, j. 4-9-2007).

"Não se apresentando grosseira a falsificação e possuindo a cédula falsa, portanto, potencialidade lesiva, configura-se, em princípio, o crime de moeda falsa, de competência da Justiça Federal" (STJ, Conflito de Competência 82.647/TO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22-8-2007).

"O crime de moeda falsa exige, para sua configuração, que a falsificação não seja grosseira. A moeda falsificada há de ser apta à circulação como se verdadeira fosse. 2. Se a falsificação for grosseira a ponto de não ser hábil a ludibriar terceiros, não há crime de estelionato. 3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica" (STF, HC 83.526/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16-3-2004).

"Crime de moeda falsa. Competência. Justiça federal. Anulação do processo desde o recebimento da denúncia. O crime de moeda falsa (art. 289 do Código Penal), por ofender serviço afeto privativamente à União, é da competência da Justiça Federal, vez que inexistente previsão legal de sua delegação" (TJRS, Apelação 70001206093, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 26-7-2000).

Crimes assimilados ao de moeda falsa

Art. 290. Formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições, ou já recolhidos para o fim de inutilização:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. O máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos e o da multa a Cr$ 40.000 (quarenta mil cruzeiros), se o crime é cometido por funcionário que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, aquele que sofre o prejuízo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações incriminadas consistem em: a) formar cédula, nota ou bilhete representativo, ou seja, o agente, por justaposição de fragmentos de cédulas verdadeiras — inutilizadas ou recolhidas —, forma outra nota, hábil a circular legitimamente; b) suprimir (eliminar, anular) sinal de inutilização das cédulas recolhidas, com o objetivo de fazê-las circular novamente; c) restituir, introduzir, pôr novamente em circulação o objeto material — cédula falsificada, suprimida ou que foi recolhida para inutilização.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo; e o elemento subjetivo especial do tipo consiste no fim especial de restituir à circulação (na modalidade suprimir).

5 Consumação e tentativa

A consumação ocorre com a falsificação, supressão do sinal ou a circulação. A tentativa é admissível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime de ação múltipla, plurissubsistente, formal (na modalidade suprimir) e comum.

7 Forma qualificada

Se o agente era funcionário da repartição onde estava recolhido o dinheiro, ou tinha fácil acesso a ela, em razão de seu cargo.

8 Questões especiais

A forma qualificada cominava um valor para a multa. No entanto, com o advento da Lei n. 7.209/84, a pena pecuniária será fixada na forma do art. 49 do CP. Urge não confundir esse crime com o previsto no artigo antecedente (art. 289) — falsificação por alteração. Se o agente, de boa-fé, recebe dinheiro nas condições descritas por este artigo, responde pelo crime de receptação (art. 180). *Vide* arts. 43 e 44 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a oito anos, e multa (*caput*). Na forma qualificada, a pena máxima é elevada a doze anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada, sendo de competência da Justiça Federal.

Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas alternativamente incriminadas são: a) fabricar; b) adquirir; c) fornecer (a título oneroso ou gratuito); d) possuir; e) guardar. O objeto

material é o maquinismo, aparelho, instrumento, bem como qualquer objeto que seja mais adequado à falsificação de moeda, isto é, o objeto deve ser daqueles que, mais propriamente, mais adequadamente, ou via de regra, são usados para falsificar moeda, e mais, que a tal fim sejam destinados no caso concreto.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das ações descritas no tipo penal. Não se exige qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a realização de uma das condutas típicas. A tentativa é admissível, excluindo-se a modalidade fornecer.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime instantâneo, permanente (figuras possuir e guardar), de conteúdo variado, de forma livre e subsidiário.

7 Questões especiais

Se o agente pratica mais de uma das condutas previstas, responde somente por um crime do tipo misto cumulativo. Quando utiliza objeto e falsifica moeda responde pelo crime do art. 289 (falsificação), que absorve o previsto no art. 291 do CP.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a seis anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Crimes de moeda falsa e petrechos para sua fabricação. Competência da justiça federal. Restando dúvida quanto à qualidade da falsificação, bem como havendo conexão com o crime do art. 291 do Código Penal, a competência é da Justiça Federal” (STJ, Conflito de Competência 30.147/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24-8-2005).

"Petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do CP). Se os petrechos ou instrumentos apreendidos não se prestam apenas para a contrafação da moeda, já que podem ser utilizados para a prática de outras fraudes, como, por exemplo, o 'conto do paco', a competência para conhecer da ação penal é da Justiça Estadual" (STJ, Conflito de Competência 7.682/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 16-6-1994).

Emissão de título ao portador sem permissão legal

Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos neste artigo incorre na pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em particular a moeda de curso legal.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado, bem como aquele que foi prejudicado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações previstas no tipo são emitir (pôr em circulação) nota, bilhete, ficha, vale ou título ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago, bem como recebê-los ou utilizá-los como dinheiro (parágrafo único). Título ao portador é aquele "transmitido por simples tradição manual, independentemente de autorização do devedor. Este acha-se obrigado, não com determinada pessoa, mas exclusivamente perante o portador do título, seja ele quem for" (Washington de Barros Monteiro,

Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1994, v. 5, p. 377). A expressão "sem permissão legal" é elemento normativo do tipo.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, é a vontade de emitir o título, consciente de que não há permissão para a sua circulação. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no momento em que o título é posto em circulação, ou seja, quando ocorre sua transferência para qualquer pessoa. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, instantâneo e comum.

7 Questões especiais

Os títulos referidos pelo tipo devem conter promessa de pagamento em dinheiro. Trata-se de norma penal em branco, pois a permissão legal encontra-se fora do tipo. *Vide* art. 3º do Dec. n. 177-A/1893 (debêntures); Lei n. 6.404/76 (sociedades por ações).

8 Pena e ação penal

Detenção, de um a seis meses, ou multa. O parágrafo único comina pena de detenção, de quinze dias a três meses, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

Capítulo II - Da Falsidade de Títulos e outros Papéis Públicos

Falsificação de papéis públicos

Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I — selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo;

— Inciso I com redação dada pela Lei n. 11.035, de 22 de dezembro de 2004.

II — papel de crédito público que não seja moeda de curso legal;

III — vale postal;

IV — cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público;

V — talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável;

VI — bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I — usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo;

II — importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário;

III — importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria:

a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado;

b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

— § 1º com redação dada pela Lei n. 11.035, de 22 de dezembro de 2004.

§ 2º Suprimir, em qualquer desses papéis, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 3º Incorre na mesma pena quem usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º Quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem este artigo e o seu § 2º, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 5º Equipara-se a atividade comercial, para os fins do inciso III do § 1º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.

— § 5º acrescentado pela Lei n. 11.035, de 22 de dezembro de 2004.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em especial a legalidade de títulos e outros papéis públicos.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa; quando, no entanto, for praticado por funcionário público, prevalecendo-se do cargo, aplica-se o art. 295. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, qualquer pessoa que seja efetivamente lesada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *falsificar*, fabricando (criando, produzindo) ou alterando (modificando): I — selo destinado a controle tributário (selo adesivo que comprova o pagamento), papel selado (selo fixo) ou qualquer papel de emissão legal destinada à arrecadação de tributos; II — papel de crédito público, títulos da dívida pública, como apólices; III — vale postal; IV — título de crédito referente a objeto empenhado e comprovante de depósito; V — papéis que têm relação com a receita estatal, ou seja, de ordem tributária; VI — bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte de administração federal, estadual ou municipal. Pune-se, ainda, aquele que: a) usa (vende, empresta, troca); b) suprime (elimina), em qualquer desses títulos, quando legítimos, carimbo ou sinal que indica a sua

inutilização (§ 2º) ou os usa novamente (§ 3º).

3.1 Inovações da Lei n. 11.035/2004

O novo diploma legal não acrescentou nada de novo ao inciso I, afora a correção na redação do texto, excluindo a velharia que representavam as expressões "selo postal" e "estampilha", e adequou à abrangência da voracidade do fisco, substituindo as expressões "imposto ou taxa" por "tributos". Trocou seis por meia dúzia. Os demais incisos do *caput* permaneceram inalterados, inclusive a sanção não foi alterada.

3.2 "Post factum" impunível e exaurimento do crime

O texto revogado já pretendia, equivocadamente, punir o *exaurimento* do crime, com a criminalização da conduta de quem *usasse* qualquer dos documentos falsificados referidos no art. 129. O § 1º foi transformado em três incisos, acrescendo, no inciso I, além do uso, a criminalização da *guarda, posse* ou *detenção* de qualquer dos documentos referidos no dispositivo. No entanto, a exemplo do que ocorria com o texto revogado, essas condutas somente serão puníveis se forem praticadas por outra pessoa que não o autor da falsificação.

3.3 Selo falsificado destinado a controle tributário

Desde que o legislador brasileiro descobriu que o crime é representado por verbos nucleares (utilizou dez no inciso II), passou a arrolá-los abusivamente na tipificação das infrações penais, ignorando os princípios mais comezinhos de sintaxe, desinência, concordância verbal e pronominal, "assassinando" diariamente o nosso vernáculo. É irrelevante que reúna, numa mesma oração, verbos intransitivos, transitivos diretos ou indiretos, defectivos etc. Preocupa-se apenas em arrolar o maior número deles, atribuindo-lhes invariavelmente o mesmo complemento. As condutas criminalizadas nesse dispositivo também não são puníveis quando praticadas pelo autor da falsificação.

3.4 Crime especial quanto ao autor

As condutas (doze verbos) relacionadas no inciso III do § 1º necessitam terem sido praticadas no "exercício de atividade comercial ou industrial", embora, como prevê o § 5º, é irrelevante que esse exercício seja irregular ou

clandestino.

3.5 Responsabilidade penal dos camelôs (§ 5º)

Os empresários já eram abrangidos pela redação anterior. Agora, com o novo texto, foram alcançados também os camelôs. Finalmente, um governo que tem a coragem de dar dignidade aos camelôs, atribuindo-lhes a mesma responsabilidade penal dos comerciantes legalizados (§ 5º). Esse é o resultado da "equiparação" à atividade comercial de "qualquer forma de comércio irregular ou clandestino". Não deixa de ser mais uma forma de "inclusão social", tão perseguida pelo atual governo popular. Com efeito, todas as condutas descritas no novo tipo penal, com exceção do "exportar", são próprias do conhecido comércio informal (irregular ou clandestino) praticado, fundamentalmente, pelos camelôs e sacoleiros de Foz do Iguaçu. A abrangência do parágrafo em exame não deixa nenhuma modalidade de comércio informal fora do alcance do poder repressivo penal público.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de fabricar ou alterar qualquer dos papéis mencionados, falsificando-os; exige-se o elemento subjetivo especial do tipo, consistente no especial fim de torná-los novamente utilizáveis (§ 2º).

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática das ações previstas no tipo. Admite-se a tentativa, excluída a modalidade usar.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum (não exige sujeito ativo qualificado ou com alguma condição especial); instantâneo (o resultado ocorre de imediato, não se alongando no tempo); formal (não exige resultado naturalístico); de forma livre (que pode ser cometido por qualquer meio e de qualquer forma pelo agente); unissubjetivo (pode ser praticado por apenas um agente), plurissubsistente (em geral a conduta é integrada por vários atos) e comissivo (as incontáveis condutas implicam ações ativas).

7 Forma privilegiada

Quando o agente recebe os títulos falsificados de boa-fé e os usa ou os restitui à circulação, após ter ciência da imitação (§ 4º).

8 Questões especiais

É irrelevante que a empresa de transporte (VI) seja pública ou particular, exigindo-se, no entanto, a sua administração pelo poder estatal. O agente que falsifica e usa objeto é punido apenas pelo crime de falsificação. *Vide* arts. 36 e parágrafo único, 37 e 39 da Lei n. 6.538/78 (serviços postais); Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais). *Vide* art. 295 do CP, quando o agente for funcionário público.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a oito anos, e multa, a mesma do § 1º. Aos §§ 2º e 3º é cominada pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa. No § 4º é de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Crimes de estelionato e falsificação de papéis públicos – Guia previdenciária social – Posterior quitação pelo contribuinte – Dificuldades do INSS para ser ressarcido – Prejuízos – Competência do juízo federal. 'Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorre lesão à autarquia federal' (Súmula 107/STJ). *Mutatis mutandis*, havendo prejuízos aos interesses do INSS, o Juízo Federal se torna o competente para processar e julgar o feito" (STJ, Conflito de Competência 89.539/SP, Rel. Jane Silva, j. 26-9-2007).

"Falsificação de papéis públicos. Configuração. Falsificação de guia de DARF. Hipótese em que o recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 293, V, do Código Penal, porque teria falsificado guias de arrecadação da Receita Federal (DARFs), através da inserção de autenticação, como forma de comprovação do recolhimento dos tributos. O inciso V do art. 293 do CP refere-se a guia, isto é, impresso para pagamento de tributos, depósitos, etc., ou qualquer outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas, denotando sua especialidade com relação ao tipo penal previsto no art. 299 do CP" (STJ, REsp 705.288/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 4-8-2005).

"Competência. Falsificação de papéis públicos. Lesão a particular. Inexistindo lesão direta a bens, serviços ou interesses da União Federal, compete à Justiça Estadual processar e julgar crime de falsificação de papéis públicos, praticado mediante falsificação de guias de

recolhimento de seguro obrigatório (DPVAT) e falsificação de guias de recolhimento de taxas e impostos sobre propriedade de veículos automotores (IPVA)" (STJ, Conflito de Competência 20.147/SP, Rel. Vicente Leal, j. 10-3-1999).

Petrechos de falsificação

Art. 294. Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, referente aos selos e sinais.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Tratando-se de funcionário público, que se prevalece do cargo, a pena é majorada, nos termos do art. 295. *Sujeito passivo* é o Estado, representando a coletividade.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações alternativamente incriminadas são: a) fabricar; b) adquirir; c) fornecer; d) possuir; e) guardar. O elemento material é o objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer papel mencionado no art. 293 do CP.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de praticar uma das condutas descritas no dispositivo em exame, com a ciência de que se trata de objeto destinado à falsificação dos papéis públicos referidos no art. 293.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática de qualquer das ações incriminadas, independentemente da produção de qualquer resultado. As figuras da "posse" e da "guarda" configuram crime permanente, autorizando a prisão em flagrante enquanto sua consumação se protrai no tempo. A tentativa, teoricamente, é possível nas figuras de fabricar, adquirir e fornecer.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, comum, de ação múltipla, instantâneo e permanente (nas figuras possuir e guardar), unissubjetivo, unissubsistente.

7 Questões especiais

Vide art. 295 do CP, se o crime é praticado por funcionário público. O objeto especialmente destinado à falsificação é aquele mencionado pelo art. 291 do CP. Quando o agente falsifica os petrechos e falsifica o título, responde pelo crime do art. 289 do CP, que absorve o delito em análise. *Vide* arts. 1º e 38 da Lei n. 6.538/78, quando se trata de selo ou vale postal; art. 1º, VI, do Dec. n. 982/93 (crimes de natureza tributária); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de um a três anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Petrechos de falsificação. O reconhecimento da atipicidade da conduta, eventuais irregularidades no laudo da perícia grafotécnica e a ausência de provas suficientes para o crime previsto no art. 294 do Código Penal (Petrechos de falsificação) são questões que demandam um profundo exame probatório para sua verificação. Inviável, pois, em uma ação de cognição sumária como o *habeas corpus*, proceder sua análise" (STJ, RHC 17.284/MT, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 6-10-2005).

"Falsificação de papéis públicos. Petrechos de falsificação. Concurso aparente de normas. *Ant factum* impunível. Não há concurso material de crimes na hipótese em que o agente fabrica, adquire, fornece, possui ou guarda objetos destinados à falsificação de papéis públicos, pois a segunda consubstancia mero ato preparatório ou *ant factum* impunível" (STJ, HC 11.799/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 16-5-2000).

Art. 295. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

D O U T R I N A

Trata-se de figura majorada que incide sobre os arts. 293 e 294 do CP, quando o sujeito ativo é funcionário público (art. 327 do CP) e comete o crime prevalecendo-se do cargo que ocupa.

Capítulo III - Da Falsidade Documental

Falsificação do selo ou sinal público

Art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I — selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município;

II — selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I — quem faz uso do selo ou sinal falsificado;

II — quem utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio;

III — quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

— Inciso III acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

§ 2º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, no particular aspecto dos selos e

sinais.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, a pessoa prejudicada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em: a) falsificar, fabricando (criando) ou alterando (modificando): I — selo público destinado a autenticar atos oficiais do poder federal, estadual ou municipal; II — selo ou sinal atribuído legalmente a entidade de direito público de tabelião; b) usar selo ou sinal falsificado (§ 1º); c) utilizar, de forma indevida, selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de terceiro ou de proveito próprio ou alheio (§ 1º, II).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de falsificar, fabricando ou alterando o selo ou sinal, ciente de que é destinado à autenticação de documentos oficiais. Não há exigência de qualquer finalidade especial.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a falsificação (total ou parcial), com a utilização do selo falso, ou com a verificação efetiva do prejuízo (dano) ou vantagem. Admite-se a tentativa, excluindo a figura de usar selo falso.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, material (no uso indevido), instantâneo e simples.

7 Forma majorada

Há previsão de majoração de pena (para alguns, qualificadora) quando o agente é funcionário público e pratica o crime prevalecendo-se do cargo (§ 2º).

7.1 Prevalecendo-se do cargo

A expressão *prevalecendo-se do cargo* (§ 2º) "não significa valer-se o agente do posto ocupado, mas abusar, no exercício das funções respectivas, das funções específicas de sua competência, utilizando-as maliciosamente para a prática do crime" (Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 17).

8 Questões especiais

Quando o usuário é o próprio falsificador, responde apenas pelo crime de falsificação. É atípica a simples detenção do objeto material — selo ou sinal falsificado. Se o agente utiliza *indevidamente* selo ou sinal por meio de crime (furto, roubo etc.), incorre nas sanções previstas para os delitos em concurso material. Entende-se que não caracteriza o especial fim de agir (elemento subjetivo do tipo) a prática do crime "em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio" (§ 1º, II). *Vide* art. 3º, § 3º, do Dec. n. 982/93 (crime de natureza tributária).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a seis anos, e multa (*caput*), a mesma cominada às hipóteses dos §§ 1º e 2º. Na forma qualificada, a pena é igual à do *caput*, aumentada de sexta parte. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Consta na denúncia que os 13 espelhos de cédula de identidade, apesar de materialmente falsos, estavam sem fotografias e sem impressões datiloscópicas. Todavia, entendo possível considerar tratar-se de crime tentado, ou, mesmo, o previsto no art. 296, inciso II, do Código Penal — falsificação de selo ou sinal público — uma vez que os 'espelhos', segundo a denúncia, possuíam sinais públicos falsos, ostentando chancelas mecânicas representando assinatura de pessoa indicada como Delegado de Polícia Diretor do Instituto de Identificação do Estado de São Paulo" (TRF – 3ª Região, HC 2002.03.00.036619-0, Rel. Cotrim Guimarães, j. 11-10-2005).

"Crime de falsificação de selo ou sinal público na modalidade de utilização (inciso II do § 1º do art. 296 do CP). De acordo com a denúncia, o impetrante/paciente, que é presidente de entidade de ensino não reconhecida ou autorizada, utilizava-se de 'certificados' encimados com o selo da República Federativa do Brasil, comumente usado em documentação oficial do MEC, para que candidatos a cargos públicos se habilitassem. Sua conduta, pelo menos

à primeira vista, é típica" (STJ, RHC 1.829/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 29-3-1993).

"Falsificação de selo ou sinal público. Art. 296, II, do Código Penal. O tipo restringe-se a mera conduta, sendo despiciendo o prejuízo a terceiro. A substituição de folha do processo por outra numerada por pessoa estranha ao Cartório, com imitação da rubrica do serventuário, alcança o objeto jurídico protegido pelo dispositivo legal — a fé pública, considerado o sinal de autenticidade. O dolo decorre da vontade livre e consciente de praticar o ato" (STF, HC 68.433/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19-2-1991).

Falsificação de documento público

Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (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.

— § 3º e respectivos incisos acrescentados pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

§ 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.

— § 4º acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a fé pública, particularmente em relação à autenticidade de documento público.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, quem for prejudicado. Tratando-se de funcionário público, a pena será majorada em um sexto, se cometer o crime prevalecendo-se de seu cargo.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações incriminadas são: a) *falsificar*, no todo (contrafação total, com formação global, por inteiro) ou em parte (contrafação parcial, com acréscimo de dizeres, letras etc.), documento público; b) *alterar* (modificar, adulterar dizeres, letras) documento público verdadeiro.

3.1 Documento público

Por documento público entende-se aquele que é elaborado na forma prescrita em lei, por funcionário público, no exercício de suas atribuições, compreendido o documento formal e substancialmente público, observadas as "formalidades condicionantes de sua eficácia jurídica do País (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 223), e também os traslados, fotocópias autenticadas, certidões ou telegramas, desde que referentes a ato oficial de funcionário público, e ainda o mencionado pelo § 2º.

4 Folha de pagamento ou documento de informações (§ 3º, I)

A Lei n. 9.983/2000 incluiu os §§ 3º e 4º no artigo em exame, criando novas figuras típicas, especificando algumas falsidades documentais. No § 3º as infrações são comissivas e no § 4º são omissivas. Na primeira hipótese, as condutas tipificadas, divididas em três incisos, são *inserir* ou *fazer inserir* dados que mencionam, incondizentes com a verdade. *Inserir* tem o sentido de introduzir ou colocar, ao passo que *fazer inserir* significa estimular, incentivar que outrem introduza ou coloque, "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".

4.1 Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado (II)

Inserir ou *fazer inserir*, 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. A falsidade aqui é ideológica, em descompasso com a figura do *caput*.

4.2 Documento contábil ou qualquer outro documento (III)

Inserir ou *fazer inserir*, 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. Isso é uma especificação do crime de falsidade ideológica, descrito no art. 299.

5 Falsidade ideológica confundida com falsidade material

Chega a ser constrangedora a equivocada inclusão no art. 297 (que trata de falsidade material) de condutas que identificam falsidade ideológica, quando deveriam ter sido introduzidas no art. 299, com a cominação de pena que lhes parecesse adequada. A falsidade material, com efeito, altera o aspecto formal do documento, construindo um novo ou alterando o verdadeiro; a falsidade ideológica, por sua vez, altera o conteúdo do documento, total ou parcialmente.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de falsificar ou alterar documento público, com a consciência de que o faz ilicitamente. É desnecessária a finalidade específica de prejudicar.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal, independentemente do uso posterior ou qualquer outra consequência. A tentativa é, teoricamente, admissível.

8 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, comissivo, formal, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

9 Figura majorada

Quando o sujeito ativo é funcionário público (art. 327 do CP) e pratica o crime prevalecendo-se do cargo (*vide* nota ao artigo anterior) — § 1º.

10 Falsificação grosseira: estelionato

A falsificação deve ser aquela capaz de enganar, ou seja, não há esse crime quando a falsificação se apresenta de forma grosseira, podendo ocorrer um delito patrimonial, como o estelionato. Quanto à falsidade no crime de estelionato, *vide* comentários do art. 171 do CP. Entende-se que para a configuração do delito do art. 297 do CP faz-se necessário o exame de corpo de delito.

11 Falsificação e sonegação fiscal: absorção

Quando a falsificação tem como fim a sonegação fiscal (Lei n. 5.729/65), esse crime absorve a falsidade. Nesse sentido: TJSP, *RT*, *518*:329. Entende-se que, se o agente falsifica o documento público e depois o utiliza, será punido apenas pelo crime de falsificação.

12 Falsificação total ou parcial: irrelevância

A falsificação ou adulteração pode produzir um documento completamente novo ou simplesmente alterar um documento verdadeiro, introduzindo-lhe elementos não verdadeiros.

13 Questões especiais

Quanto aos títulos transmissíveis por endosso (§ 2º), como cheque, duplicata, que, após determinado prazo, puderem ser transferidos apenas "mediante cessão civil, deixam de ser equiparados a documentos públicos" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 266). A simples eliminação de palavras de um texto caracteriza o delito do art. 305 e não a alteração. *Vide* arts. 1º e 3º, § 3º, do Dec. n. 982/93 (crime de natureza

tributária); art. 64 da Lei n. 8.383/91 (altera a legislação do Imposto de Renda); art. 49, IV, da CLT; art. 348, §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral); art. 2º da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

14 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a seis anos, e multa. A figura majorada comina a mesma pena, aumentada de sexta parte. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O agente que omite dados na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atentando contra interesse da Autarquia Previdenciária, estará incurso nas mesmas sanções do crime de falsificação de documento público, nos termos do § 4º do art. 297 do Código Penal, sendo a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito, consoante o art. 109, inciso IV, da Constituição Federal" (STJ, Conflito de Competência 58.443/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-2-2008).

"Inexiste ilegalidade em face da fixação da pena-base, para o crime de falsificação de documento público, pouco acima do mínimo legal de 2 anos, em vista das circunstâncias que cercam o cometimento do delito, que denotam a participação do paciente em forte esquema de adulteração de passaportes, com objetivos não totalmente esclarecidos; tudo, a caracterizar o dolo excessivo e a personalidade inclinada ao cometimento de crimes" (STJ, HC 87.574/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11-12-2007).

"Estelionato e falsificação de documento público. Absorção do *falsum* pelo estelionato. Delitos autônomos. Hipótese na qual o paciente, mesmo após ter consumado a prática dos dois delitos de estelionato, continuou a utilizar o documento adulterado, a fim de falsear a sua identificação, pelo fato de ostentar inúmeros antecedentes criminais. Crime de falsificação de documento público que não se exauriu nos referidos estelionatos, porquanto continuou a utilizar a identidade adulterada, mesmo após a utilização dos cheques receptados, não havendo que se falar em aplicação da Súmula 17/STJ" (STJ, HC 90.136/RJ, Rel. Jane Silva, j. 20-11-2007).

"Ocorrendo o crime de falsificação de documento e de uso desse mesmo documento, o delito do art. 297, do Código Penal, constitui crime-meio e é absorvido pelo crime-fim, de uso de documento falso (CP, art. 304)" (TJPR, Apelação 387408-4, Rel. Miguel Kfouri Neto, j. 15-2-2007).

"O uso dos papéis falsificados, quando praticado pelo próprio autor da falsificação, configura *post factum* não punível, mero exaurimento do *crimen falsi*, respondendo o falsário, em tal hipótese, pelo delito de falsificação de documento público (CP, art. 297) ou, conforme o caso, pelo crime de falsificação de documento particular (CP, art. 298). Doutrina. Precedentes (STF)" (STF, HC 84.533/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-9-2004).

Falsificação de documento particular

Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, particularmente em relação à autenticidade dos documentos particulares.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado, bem como eventual pessoa lesada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações aqui incriminadas são as mesmas previstas no artigo anterior (*vide* art. 297 do CP). No entanto, o objeto material deste tipo é o *documento particular*. É considerado todo escrito devido a um autor determinado contendo a exposição de fatos ou declarações de vontade, dotado de significação ou relevância jurídica (H. C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, 3. ed., p. 331-2). *Documento particular* é aquele não compreendido pelo art. 297 e seu § 2º, ou seja, é aquele *elaborado* sem a intervenção de funcionário ou de alguém que tenha fé pública.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de falsificar ou alterar documento particular. Não se exige qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a simples falsificação ou alteração do

documento, independentemente de seu uso posterior. Admite-se, em tese, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comissivo, comum, de conteúdo variado, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

O falsificador não responde pelo crime de uso (art. 304 do CP) quando se utiliza do documento falsificado. *Vide* art. 3º, § 3º, do Dec. n. 982/93 (crime de natureza tributária); art. 349 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral); art. 1º, III e IV, da Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são a reclusão, de um a cinco anos, e a multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A pena cominada para o crime de falsificação de documento público é mais grave do que a prevista para o estelionato e para a falsificação de documento particular. Logo, deve preponderar o local da consumação do crime de falsificação de documento público, por aplicação da regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal" (STJ, Conflito de Competência 86.419/GO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12-9-2007).

"Confissão documental do paciente. Exame de corpo de delito. Não houve condenação pelo crime de falsificação de documento particular (Código penal, art. 298), ante a inexistência do exame de corpo de delito. Outras provas foram consideradas para amparar a condenação pelo crime de estelionato, tornando prescindível a realização de perícia" (STF, HC 82.122/SE, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 30-5-2003).

Falsidade ideológica

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente

relevante:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, referente à autenticidade dos documentos.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa lesada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas alternativamente incriminadas consistem em: a) *omitir* (não dizer, não mencionar), em documento público ou particular, a declaração que nele devia constar; b) *inserir* (introduzir — diretamente) ou c) *fazer inserir* (forma indireta), nele, *declaração falsa* ou *diversa* da que devia ser escrita. A *declaração* deve recair sobre *fato juridicamente relevante*, ou seja, "é mister que a declaração falsa constitua elemento substancial do ato de documento. Uma simples mentira, mera irregularidade, simples preterição de formalidade etc., não constituirão" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 17. ed., v. 4, p. 161).

3.1 Falsidade ideológica e falsidade material: distinção

O tipo refere-se à falsidade ideológica e não à material, diferenciando-se as duas de modo que, enquanto a *falsidade material* afeta a autenticidade ou a inalterabilidade do documento na sua forma extrínseca e conteúdo

intrínseco, a *falsidade ideológica* afeta-o tão somente na sua ideação, no pensamento que suas letras encerram. A falsidade ideológica versa sobre o conteúdo do documento, enquanto a falsidade material diz respeito a sua forma. No falso ideológico, basta a potencialidade de dano independente de perícia.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade de falsificar documento, público ou particular, e o elemento subjetivo do tipo consiste no especial fim de agir "de prejudicar direito, criar obrigações ou alterar a verdade".

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a prática das condutas típicas. A tentativa é admitida nas modalidades inserir e fazer inserir.

6 Classificação doutrinária

Crime comum, comissivo ou omissivo, simples e de conteúdo variado.

7 Forma qualificada

Dois os qualificadores do tipo: a) quando o agente é funcionário público e pratica o crime valendo-se do cargo (*vide* nota do art. 296 do CP); b) se a falsificação ou alteração é de assentamento do registro civil.

8 Falsidade e simulação fraudulenta

Entende-se que a simulação configura o crime de falsidade ideológica. No entanto, "cumpre notar que a simulação fraudulenta (servindo de documento de engano e locupletação ilícita), em certos casos deixa o quadro dos *crimina falsi* para figurar entre os crimes patrimoniais" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 284), como duplicata simulada, fraude à execução etc. O registro de filho alheio como próprio (parágrafo único) atualmente é previsto no art. 249 do CP. E a conduta de "promover no registro civil a inscrição de nascimento existente" é crime no art. 241 do CP.

9 Folha assinada em branco

Quanto à falsidade em folha assinada em branco entende-se que: a) *é crime de falsidade ideológica*, se a folha foi abusivamente preenchida pelo agente, que tinha sua posse legítima; b) se o papel estava sob a guarda do agente ou foi obtido por outro meio criminoso, sendo preenchido de forma abusiva, há crime de *falsidade material* (art. 297 ou 298); c) quando, na hipótese anterior, houver revogação do mandato ou "tiver cessado a obrigação ou faculdade de preencher o papel", o agente também responde por *falsidade material* (H. C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, 3. ed., p. 358; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, v. 4, 1994, p. 53).

10 Questões especiais

Se o falsificador usa o documento falsificado, responde apenas pelo crime do art. 299 do CP. *Vide* art. 168, § 1º, II, da Lei n. 11.101/2005 (nova Lei de Falências); art. 125, III, da Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro); art. 49, I, da CLT; arts. 315 e 350, parágrafo único, da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais). Quando o objetivo do agente é cometer o crime de sonegação fiscal, *vide* nota ao art. 297 do CP.

11 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de um a cinco anos, e multa (documento público); reclusão, de um a três anos, e multa (documento particular). A figura majorada comina a mesma pena, aumentada de sexta parte. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Petição apresentada em juízo com endereço inverídico não caracteriza o documento previsto na falsidade ideológica, pois este é sempre sujeito a averiguação pelo oficial de justiça. Conduta descrita na exordial acusatória que não se subsume a falsidade ideológica, pois o elemento objetivo do delito, caracterizado pelo ato de falsear a verdade, assim como o elemento subjetivo, manifestado pelo intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, não restaram devidamente caracterizados na espécie. Estando flagrantemente demonstrada a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, diante da ausência de elemento constitutivo

do tipo, consistente no intuito de falsear a verdade causando prejuízo a outrem, correta a alegação de falta de justa causa para investigações policiais e instauração de ação penal" (STJ, RHC 20.414/RS, Rel. Jane Silva, j. 11-12-2007).

"*In casu*, da análise dos autos, constata-se a atipicidade da conduta imputada aos pacientes, considerando que a mesma não se subsume ao tipo penal do art. 299, do Código Penal, ante a ausência das elementares do núcleo do tipo penal. De fato, a conduta imputada aos pacientes é atípica uma vez que a troca das palavras 'não aprovado' por 'não apreciado' não resultou em prejuízo, criou obrigação ou alterou a verdade sobre fato juridicamente relevante, na forma como estabelecido no art. 299, do Código Penal, razão pela qual deve ser concedida a ordem a fim de que seja trancado o inquérito policial quanto a este fato" (TRF – 1ª Região, HC 2007.01.00.018194-0, Rel. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, j. 18-9-2007).

"Tendo o agente sido preso em flagrante, declinando nome falso perante a autoridade policial, não há que se falar em falsidade ideológica, nem em falsa identidade, pois tal fato constitui-se num reflexo do direito à ampla defesa, seja para fugir de um passado criminoso ou em autodefesa, inexistindo, pois, nessa conduta, o dolo específico reclamado nas figuras delitivas em comento" (TJMG, Apelação 1.0647.02.021284-9/001(1), Rel. Antônio Armando dos Santos, j. 10-7-2007).

"A utilização de carteira de identidade de terceiro, substituindo o agente a fotografia do verdadeiro portador pela sua, para a abertura de conta-corrente em estabelecimento bancário, caracteriza o delito de falsidade ideológica descrito no artigo 299 do Código Penal, e não o crime previsto no artigo 307 do mesmo Estatuto, uma vez que o documento de identidade utilizado pelo réu não era falso, não correspondendo apenas a fotografia colada no documento. A configuração do delito de falsidade ideológica não exige a existência de dano efetivo, sendo suficiente a potencialidade de um evento danoso. [...] Não pode o crime de falsidade ideológica ser absorvido pelo crime de estelionato quando a potencialidade lesiva não se exaure no falso" (TJDF, Apelação 2001.01.1.088041-5, Rel. Roberval Casemiro Belinati, j. 9-5-2007).

"O crime de falsidade ideológica, quando utilizado como meio para cometimento do crime de apropriação indébita (crime-fim), é por este absorvido" (STJ, REsp 318.395/SE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18-12-2003).

Falso reconhecimento de firma ou letra

Art. 300. Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público; e de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em particular a autenticidade de firma ou letra dos documentos.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público que possua fé pública para reconhecer a firma ou a letra. *Sujeito passivo*, mediato, é o Estado, bem como a pessoa lesada, imediatamente.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada é *reconhecer* (admitir, atestar) como verdadeiras a firma (assinatura) ou a letra (manuscrito) quando não o é, conferindo fé ao documento, público ou privado. "Reconhecer como verdadeiro" significa atribuir tal condição a firma ou letra que não a tem, ou seja, reconhecê-las como verdadeiras quando na realidade são falsas.

3.1 Firma ou letra: definições

Firma é a *assinatura* por extenso ou abreviadamente; *letra* é o manuscrito integral de alguém que também subscreve o documento. O *reconhecimento* pode ser autêntico, semiautêntico, por semelhança ou indireto. A lei não os distingue para efeitos de tipificação do crime.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade de praticar a conduta incriminada, com conhecimento de que a firma ou letra não é falsa. O erro quanto à autenticidade exclui o dolo. Como não há previsão de modalidade culposa, mesmo que o erro seja evitável, a conduta será atípica, desde que não se trate de um simulacro de erro. Não há exigência de elemento subjetivo especial do tipo.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o reconhecimento feito pelo funcionário público, independentemente da utilização do documento ou da produção de eventual prejuízo. A tentativa é, teoricamente, admissível. Em sentido contrário, não admitindo tentativa: Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado*, p. 761.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, próprio, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

É irrelevante para a configuração do crime o meio utilizado pelo agente para o reconhecimento. Aquele que falsifica o documento e o apresenta ao agente desse crime poderá responder pelo art. 300 (partícipe) e pelo art. 297 ou 298, em concurso material. *Vide* art. 304 do CP; art. 352 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de um a cinco anos, e multa (documento público); e de um a três anos, e multa (documento particular). Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Falso reconhecimento de firma. Não tendo as provas colhidas o condão de atestar tenha o apelado concorrido para o falso reconhecimento de firma perpetrado por sua mãe, não se pode responsabilizá-lo pelo crime tipificado no art. 300 do Código Penal" (TJRS, Apelação 70013794334, Rel. Roque Miguel Fank, j. 14-6-2006).

"O delito de falso reconhecimento de firma ou letra (art. 300 do CP), por cominar pena máxima de 3 (três) ou 5 (cinco) anos de reclusão, é da competência da vara comum, porquanto extrapola o novo limite de 2 (dois) anos estabelecido pelo art. 2º da Lei n. 10.259, de 14-1-2001. À unanimidade, julgaram procedente o conflito, estabelecendo a competência ao juízo suscitado, Vara Criminal da Comarca de Carazinho" (TJRS, Conflito de Competência 70004638292, Rel. Roque Miguel Fank, j. 9-10-2002).

Certidão ou atestado ideologicamente falso

Art. 301. Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Falsidade material de atestado ou certidão

§ 1º Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em especial relativamente a certidões e atestados emitidos por funcionário público.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é o *funcionário público* (*caput*) ou *qualquer pessoa* (§ 1º). As ações incidem sobre fato ou circunstância "inerente ou atinente à pessoa a quem se destina o atestado ou certidão e condicionante da obtenção de um benefício de ordem de caráter público" (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 292). No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado*, p. 763.

Sujeito passivo é o *Estado*.

3 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade de praticar qualquer das condutas descritas no dispositivo em exame; e o elemento subjetivo do tipo, que consiste no especial fim de obter lucro.

4 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática de qualquer das condutas tipificadas, independentemente de qualquer outro resultado ou consequência; consuma-

se, enfim, no momento em que o agente conclui a certidão ou o atestado. Admite-se a tentativa, embora seja difícil a sua configuração.

5 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, próprio (*caput*), comum (§ 1º) e instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo e plurissubjetivo.

6 Figura majorada

Quando o agente pratica o crime com o fim de lucro (§ 2º), a pena é majorada em um sexto.

7 Questões especiais

Entende-se que, quando for o caso de certidão ou atestado escolar, caracteriza-se o crime do art. 297 do CP. Quando a prática do crime tem fins políticos, *vide* art. 175 do CE. O art. 301 admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* ainda art. 304 do CP.

8 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a detenção, de dois meses a um ano. O § 1º comina pena de detenção, de três meses a dois anos. Na figura majorada, aplica-se, além da pena privativa de liberdade (*caput* ou § 1º), a de multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A fraude cometida para obtenção de benefício previdenciário, ainda que consistente na sua mera aprovação, configura o crime de estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal), que por suas circunstâncias especiais tem natureza permanente, regulando-se a prescrição pela regra do art. 111, inciso III, do Código Penal, cessando a permanência quando do recebimento da última parcela do benefício fraudulento. Portanto, a aduzida prática do delito de certidão ou atestado ideologicamente falso consistiu em crime-meio. Tratando-se de conflito aparente entre normas, deve ser observado o princípio da consunção, na forma da progressão criminosa (*antefactum* impunível), onde o delito menos grave, que é praticado como meio necessário para a realização do crime mais grave (crime-fim), fica por este absorvido" (TRF – 3ª Região, Recurso Criminal 2003.61.81.008189-3, Rel. Cotrim Guimarães, j. 27-4-2004).

“Desclassificação do crime de estelionato para certidão ou atestado ideologicamente falso. Matéria de direito passível de ser analisada pela via do *Habeas Corpus*. Hipótese que a pena máxima em abstrato cominada para o delito corretamente tipificado autoriza a extinção da punibilidade pela prescrição” (TRF – 3ª Região, HC 2001.03.00.032831-7, Rel. Castro Guerra, j. 8-10-2002).

“O crime previsto no § 1º, do art. 301, do Código Penal (falsidade material de atestado ou certidão), diverso daquele tipificado no *caput* do aludido dispositivo, não é delito próprio de servidor público, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Precedentes” (STJ, REsp 251.009/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1º-10-2002).

“Diversamente do tipificado no *caput* do art. 301 do Código Penal (Certidão ou Atestado Ideologicamente Falso), o crime previsto no § 1º daquele artigo (Falsificar Material de Atestado ou Certidão) não é crime próprio de servidor público, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, REsp 209.245/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 1º-3-2001).

Falsidade de atestado médico

Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, particularmente em relação ao atestado médico.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é somente o médico. *Sujeito passivo* é o Estado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada é *dar* (fornecer, entregar) *atestado falso*, que é o objeto material. É necessária a realização da conduta no exercício da profissão médica, ou seja, relativa aos atos que incumbem ao médico, em sua atividade. O atestado deve versar sobre *fato relevante*, como, por

exemplo, a constatação de doença ou enfermidade. Assim, o simples prognóstico não o configura.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de dar ou emitir atestado médico falso. A existência eventual do elemento subjetivo especial do tipo (parágrafo único), consistente no *especial fim* de obter lucro, configura a forma majorada.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a entrega do atestado falso ao interessado ou a outra pessoa, visto que a conduta tipificada é "dar" atestado falso, independentemente de qualquer outro resultado ou consequência. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime próprio (sujeito ativo somente médico), formal, unissubjetivo, plurissubsistente, instantâneo e comissivo.

7 Forma qualificada

Quando o agente comete o delito com o fim de lucro (parágrafo único).

8 Questões especiais

Se o médico é funcionário público, comete o crime do art. 301 do CP. Pratica o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) o agente que, sendo funcionário público e em razão de seu ofício, fornece atestado com fim lucrativo. Admite-se, em tese, a configuração do art. 302 do CP no caso de atestação de óbito, sem qualquer exame no cadáver, mediante paga. Nesse sentido: STF, *RT*, *507*:48. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* ainda art. 304 do CP; Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a detenção, de um mês a um ano. A forma qualificada prevê também a aplicação de pena de multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Falsificação de atestado médico (art. 301, § 1º, do Código Penal). A falsidade ideológica do art. 302 do Código Penal exige a ciência do profissional de que atesta enfermidade inexistente. No caso sequer há prova segura de que o réu não sofria da enfermidade por ocasião do julgamento perante o Tribunal do Júri, pois inclusive já estava sob efeito de medicação" (TJRS, Recurso Crime 71001557610, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 31-3-2008).

"Atestado médico. Presunção de veracidade. A simples ausência do CID, que possibilitaria a identificação da doença, não acarreta isoladamente a presunção de falsidade do atestado médico" (TJRS, Recurso Cível 71001497171, Rel. Eduardo Kraemer, j. 20-2-2008).

"Falsidade de atestado médico. Art. 302 do Código Penal. Pela via estreita do remédio heroico não cabe discutir a prova no âmbito do *Habeas Corpus*. Suspeitando a Juíza de Direito em audiência de processo cível de possível falsidade em atestado médico, não se caracteriza como coação ilegal a determinação de abertura de inquérito para investigação do fato" (TJRS, HC 71001073519, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 23-10-2006).

Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica

Art. 303. Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica que tenha valor para coleção, salvo quando a reprodução ou a alteração está visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, para fins de comércio, faz uso do selo ou peça filatélica.

D O U T R I N A

Alteração legislativa: o presente artigo foi derrogado pelo art. 39 da Lei n. 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais (com pequena correção linguística), mas cominando pena menor, detenção de até dois anos e pagamento de três a dez dias-multa.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em especial os selos e peças filatélicas.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum, que não exige nenhuma qualidade ou condição especial. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, a pessoa lesada pelo fato praticado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *reproduzir* (copiar, produzir, fazer igual) ou *alterar* (modificar, contrafazer parcialmente, adulterar), bem como *usar* (parágrafo único), para fins comerciais, selo postal recolhido ou *peça filatélica* como carimbos, cartões, blocos, comemorativos, provas etc. É necessário que estes tenham valor para coleção. Trata-se de um tipo especial de falsificação, normalmente crime-meio para a prática de estelionato.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de falsificar ou alterar selo ou peça filatélica. A existência eventual do elemento subjetivo especial do tipo (parágrafo único), consistente no *especial fim* de obter lucro, configura a forma majorada.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva falsificação ou adulteração, ou seja, quando qualquer destas estiver concluída. Admite-se, teoricamente, a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, comum, comissivo e instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

Entende-se que este artigo e seu parágrafo único foram revogados pelo art. 39 e seu parágrafo único da Lei n. 6.538/78. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* art. 39 da Lei n. 6.538/78 (serviços postais); art. 89

da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de um a três anos, e multa; as mesmas penas são aplicadas ao parágrafo único. Ação penal: pública incondicionada.

Uso de documento falso

Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena — a cominada à falsificação ou à alteração.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa, excluído o autor da falsificação. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, a pessoa prejudicada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada é *fazer uso*, que significa empregar, utilizar, qualquer dos papéis falsificados ou alterados referidos nos arts. 297 a 302 do CP, como se fossem autênticos ou verdadeiros. É necessário que seja utilizado o documento falso em sua destinação específica. É indispensável a utilização efetiva do documento falso, sendo insuficiente a simples alusão.

3.1 Apresentação espontânea ou solicitação de autoridade

Quando se trata de Carteira Nacional de Habilitação, o simples porte caracteriza o crime, embora somente seja exibido por solicitação da Autoridade de Trânsito. Nessa hipótese, *portá-la* é “fazer uso”. Na hipótese

de outro documento, a nosso juízo, o simples “porte de documento”, que apenas é encontrado mediante revista da autoridade competente, não caracteriza este crime.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de usar documento falso, consciente da falsidade. Não é exigível qualquer fim especial do injusto. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a utilização do documento. A tentativa é de difícil configuração.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, instantâneo de efeitos permanentes, comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

Quando a falsificação do documento é grosseira, ou seja, sem potencialidade alguma de causar dano, não há o crime de uso. Nesse sentido: STF, *RJ*, *121*:140. A prescrição no delito desse art. 304 do CP começa a correr do primeiro ato de uso do documento, que, quando reiterado, caracteriza crime continuado. O falsificador que usa o documento é punido apenas por um crime — o de falsificação. Poder-se-á admitir a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual ou inferior a um ano — à falsificação ou alteração. Não basta trazer consigo o documento; é necessário que saia da esfera de domínio pessoal do sujeito ativo. *Vide* art. 49, III, da CLT; arts. 7º e 14 da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

8 Pena e ação penal

A pena cominada é a mesma cominada ao crime de alteração ou falsificação (arts. 297 a 302 do CP), de acordo com a natureza do documento, pública ou privada. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 200 do STJ:* "O juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou".

"Comete o delito previsto no art. 304 do CP o agente que, abordado por policiais rodoviários, apresenta Carteira Nacional de Habilitação falsificada" (TJRS, Apelação 70022411409, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24-1-2008).

"O delito de uso de documento falso configura-se mesmo que o documento tenha sido apresentado após solicitação policial. Precedentes nesse sentido. Documento falso capaz de enganar o cidadão comum, que não detém conhecimento técnico ou experiência profissional para reconhecer a falsidade. Cometimento do delito do art. 304 do Código Penal" (TJRS, Apelação 70022300222, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 24-1-2008).

"Não se sustenta a condenação da apelante pela prática do crime de uso de documento falso sob o fundamento de ter se valido de seu nome de solteira para retirar passaporte, quando sabidamente se encontrava separada de fato de seu cônjuge e na iminência de obter o divórcio, não havendo, na hipótese, qualquer finalidade em prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, em seu benefício" (TRF – 1ª Região, Apelação 2001.39.00.007514-6, Rel. Olindo Menezes, j. 15-1-2008).

"Comete o delito de falsidade ideológica o agente que, utilizando-se de certidão de nascimento falsa, obtém cédula de identidade ideologicamente inautêntica, com dados pessoais de terceiro, alterando, assim, verdade sobre fato juridicamente relevante. Crime de uso de documento falso (art. 304, CP) que, nesse contexto, acaba ficando absorvido pelo delito de falsidade ideológica (art. 299, CP), aquele crime-meio, este crime-fim" (TJRS, Apelação 70021865183, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 19-12-2007).

"O réu não responde, em concurso material, pelo crime de falsificação de documento (art. 297) e de uso de documento falso (art. 304), pois que este é o crime-fim e, portanto, absorve aquele, que é o crime-meio, devendo, portanto, ser condenado somente pelo uso" (TRF – 1ª Região, Apelação 2001.01.00.032760-0, Rel. Tourinho Neto, j. 2-7-2007).

Supressão de documento

Art. 305. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

DOUTRINA

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, particularmente em relação à segurança de documento, público ou particular.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa, até mesmo o proprietário do documento, quando não tem dele disponibilidade. *Sujeito passivo* é o Estado, bem como eventual pessoa prejudicada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações tipificadas consistem em: a) *destruir* (eliminar, destruir, assolar); b) *suprimir*, que é fazer desaparecer sem que o objeto seja destruído ou escondido; c) *ocultar*, que significa esconder, encobrir de modo que não seja encontrado. O objeto material é o documento público ou particular verdadeiro, de que o agente não podia dispor.

3.1 Documento original

Não há crime do art. 305 do CP se o objeto material for translado, certidão ou cópia autêntica de documento original existente. No entanto, poderá ocorrer outro delito, como dano ou furto. Se o documento é *falso*, poderá configurar o crime de fraude processual (art. 347) ou favorecimento pessoal (art. 348).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, consistente na vontade de praticar qualquer das condutas descritas no dispositivo em exame. É indispensável o *elemento subjetivo especial* do tipo, que consiste no *especial fim de agir* em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo de terceiro.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a destruição, supressão ou ocultação do documento. Admite-se a tentativa.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, instantâneo, permanente (na modalidade

ocultar), comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Supressão de documento e crime de dano

No dano há um atentado contra o documento em si; na supressão objetiva-se prejudicar alguém (o agente destrói o documento como meio de prova).

8 Questões especiais

Entende-se que a supressão de documento descaracteriza a prática do crime de furto ou apropriação indébita anterior. Quando se trata de documento judicial ou processo e o agente é o procurador ou advogado, configura-se o crime do art. 356 do CP. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano — caso seja o documento particular. *Vide* Lei n. 8.137/90, se o crime é cometido contra a ordem tributária; art. 168, § 1º, V, da Lei n. 11.101/2005.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o documento é público; reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é particular. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Supressão de documento. Destruição de cheque. Comprovado que o réu destruiu documento particular verdadeiro, de que não podia dispor — cheque — em benefício próprio e em prejuízo alheio, deve ser mantida a condenação nas sanções do art. 305 do CP" (TJRS, Apelação 70020484671, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 6-12-2007).

"Supressão de documento. Cometem o crime previsto no art. 305 do CP os agentes que concorrem, na condição de partícipes, na supressão e ocultação de autos de infração de trânsito, em benefício próprio" (TJRS, Apelação 70019132380, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 14-6-2007).

"Supressão de documentos públicos. Sendo o crime do art. 305, CP, punido somente a título de dolo — a vontade livre e consciente dirigida a destruir, suprimir ou ocultar o objeto material — não se compadece com a ideia de que a recusa de devolvê-lo para impunidade do delito anterior (estelionato) realiza um dos verbos nucleares do tipo. Não ocultou, não destruiu nem suprimiu o documento. Reteve-o para assegurar a impunidade do delito anterior. Como não há forma qualificada pela conexão teleológica, a única repercussão do delito seria na fixação da pena" (TJRS, Apelação 70013060546, Rel. Aramis Nassif, j. 14-3-

2007).

“Supressão de documento. Tendo em vista que se caracteriza o delito do art. 305 do Código Penal o rasgar cheque emitido, para se eximir da obrigação pela dívida, o recorrente, como destacou o Magistrado, cometeu o crime referido, afirmando em sua sentença: ‘No entanto, havendo esta divergência entre as palavras da vítima e do réu, entendo que as palavras daquela sobrepõem-se as desta, ainda mais no presente caso, onde não existe qualquer interesse, ou vantagem na vítima destruir a cártula. Tal preponderância se dá uma vez que a vítima, em princípio, não teria motivos para rasgar o referido documento, que era, aliás, o único documento hábil a servir de prova em uma possível ação para o ressarcimento da dívida. Por óbvio que a vítima não rasgaria o próprio dinheiro’” (TJRS, Apelação 70013681291, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 26-1-2006).

“O delito do art. 305 do Código Penal, na forma ocultar, é permanente. Logo, sua consumação se protrai no tempo, o que impede, na espécie, que se reconheça a extinção da punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva” (STJ, HC 28.837/PB, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-3-2004).

Capítulo IV - De outras Falsidades

Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins

Art. 306. Falsificar, fabricando-o ou alterando-o, marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a marca ou sinal falsificado é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal:

Pena — reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em particular a segurança quanto à autenticidade das marcas.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem exigência de qualidade ou condição especial. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, a vítima lesada pela conduta praticada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As ações incriminadas são: 1) *falsificar*, fabricando (contrafação) ou alterando; 2) ou *usar* (empregar, utilizar) marca ou sinal empregado pelo Poder Público (federal, estatal ou municipal): a) no contraste de metal precioso; b) na fiscalização alfandegária; c) *para o fim* de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos ou comprovar o cumprimento de formalidade legal (parágrafo único). "A marca, que não se confunde com a de natureza industrial, é propriamente um selo de garantia, também destinado a comprovar a autenticidade de determinados objetos ou a certificar publicamente a qualidade ou estado do respectivo conteúdo, ou a inculcar o cumprimento de formalidade legal. O sinal é uma determinada impressão simbólica do Poder Público destinada a autenticar a legitimidade do metal precioso" (Bento de Faria, *Código Penal brasileiro comentado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Record, 1961, v. 7, p. 65).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de falsificar ou usar a marca ou sinal falsificado, com conhecimento de que são usados pelo Poder Público para as finalidades declinadas no dispositivo em exame. Não é exigido qualquer fim especial.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva fabricação ou alteração ou com o uso. Admite-se a tentativa na modalidade falsificar.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, unissubjetivo, plurissubsistente (na falsificação), simples e comissivo.

7 Questões especiais

O agente que falsificar a marca ou sinal depois de utilizá-la responde apenas pela falsificação, por entender-se que comete crime único. O tipo refere-se apenas a marcas ou sinais que possuam caráter oficial, não configurando esse crime a falsificação de marcas de fábrica, os certificados de origem etc. (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 17. ed., v. 6, p. 181). O parágrafo único admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a seis anos, e multa. O parágrafo único comina pena de reclusão ou detenção, de um a três anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Hipótese em que a denúncia veiculou a imputação, em concurso material com o tráfico de entorpecentes, do delito de falsificação de sinal identificador, previsto no art. 306, parágrafo único, do Código Penal, em razão da adulteração dos dados oficiais identificadores da aeronave pilotada pelo paciente, *in casu*, a matrícula da aeronave no registro aeronáutico brasileiro. O delito do art. 306 , parágrafo único, do CP, ao atingir bens e interesses da União, desloca *ratione materiae* a competência para a Justiça Federal, que prevalece sobre a justiça comum estadual, ainda que no exercício de jurisdição federal delegada, por imperativo do critério da especialidade" (TRF – 3ª Região, HC 1999.03.00.041618-0, Rel. Theotonio Costa, j. 15-2-2000).

Falsa identidade

Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, no tocante à identidade pessoal.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa que, eventualmente, for prejudicada.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *atribuir* (inculcar, irrogar, imputar) a si mesmo ou a outrem *falsa identidade*, sendo esta constituída por "todos os elementos de identificação civil da pessoa, ou seja, o seu estado civil (idade, filiação, matrimônio, nacionalidade etc.) e seu estado social (profissão ou qualidade pessoal)" (H. C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, 3. ed., p. 381).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de atribuir-se ou atribuir a outrem a falsa identidade; exige-se, porém, o elemento subjetivo do tipo, consistente no *especial fim de agir* "para obter, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem".

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a atribuição efetiva da falsa identidade, independentemente de atingir o especial fim de agir. Admite-se a tentativa, embora de difícil ocorrência.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime formal, instantâneo, subsidiário, de forma livre, comum, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Questões especiais

A atribuição pode dar-se na forma verbal ou escrita. Quando a falsa atribuição refere-se a funcionário público, o agente pode responder pelo art. 45 ou 46 (uso ilegítimo de uniforme) da LPC. Se ocorre usurpação de função pública, aplica-se o art. 328 do CP. Em caso de o agente recusar-se a

fornecer dados de sua identidade ou fornecê-los contrariando a realidade, responde pelo art. 68 e parágrafo único da LPC, desde que a informação seja negada à autoridade. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave. Ação penal: pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A falsa identidade para ser tipificada deve conter a vontade livre e consciente de atribuir-se identidade diversa e, por isso, presente o dolo direto de enganar, de ocultar a real identidade, sonegando-se à aplicação da lei penal. Quando o meio aplicado não é eficaz, carece a conduta de tipicidade" (TJRS, Recurso Crime 71001559020, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 11-2-2008).

"O agente que, ao ser interpelado por autoridade policial, identifica-se, falsamente, com o intuito de esconder seus maus antecedentes, não comete o crime previsto no art. 307 do CP, pois age em autodefesa, o que torna atípica a conduta" (TJRS, Apelação 70021974092, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24-1-2008).

"Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, *ex vi* do art. 5º, LXIII, da CF/88" (STJ, HC 88.998/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18-12-2007).

"Não se pode cogitar do crime tipificado no art. 307 do CPB na hipótese em que alguém se atribui uma identidade falsa com o fim de livrar-se de uma prisão ou ocultar o seu passado criminoso, revelando-se tal conduta como ato de autodefesa, resguardado pela Carta Magna" (TJMG, Apelação 1.0024.06.121871-5/001(1), Rel. Vieira de Brito, j. 3-7-2007).

"É atípica a conduta do réu que se atribui falsa identidade para se ver livre da prisão por já ter outras condenações ou por temer que a sua identificação pessoal lhe cause agravamento da situação. Trata-se do exercício do direito de autodefesa assegurado constitucionalmente. precedentes do STJ e do TJDFT" (TJDF, 1ª Turma Recursal, Apelação 2006.05.1.005437-3, Rel. Editte Patrício, j. 29-5-2007).

Art. 308. Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro:

Pena — detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa,

se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

A fé pública, em particular a identidade pessoal.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São duas as condutas alternativamente incriminadas: a) *usar* (utilizar, empregar) documento de identidade alheio como se fosse próprio; b) *ceder* (entregar, fornecer) documento próprio ou de terceiro. O elemento material é passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer outro documento de identidade alheio.

3.1 Como próprio

Significa que o agente está se passando por outra pessoa, sem, contudo, atribuir-se falsa identidade. Apenas o agente se utiliza de documento alheio. Não deixa de ser, em outros termos, uma figura especial do crime de *falsa identidade*.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de usar, como próprio, documento alheio, ou de ceder a terceiro documento próprio ou de terceiro para que este o utilize, com conhecimento de sua ilicitude. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do injusto, com exceção da última figura (ceder a outrem, para que dele se utilize).

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o uso ou com a entrega do documento alheio para uso. A tentativa é admissível na modalidade ceder.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, unissubjetivo, unissubsistente (na forma *usar*) e subsidiário.

7 Questões especiais

Entende-se que a cessão do documento poderá ser a título oneroso ou gratuito. Se o agente usa o documento que lhe foi fornecido, incorre na primeira figura do tipo (uso). Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* arts. 45 e 46 do Dec.-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

- *Súmula 200 do STJ:* "O juízo federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou".

"Materialidade delitiva comprovada pelo auto de apresentação e apreensão, pelo laudo pericial e pela própria confissão do réu, que admitiu ter providenciado a obtenção de passaporte por elemento desconhecido, tendo se utilizado do documento para viajar para os EUA. Não se pode desclassificar o delito para a forma prevista no art. 308 do Código Penal, visto que houve a adulteração do documento, inclusive com a troca da fotografia de sua titular pela foto do apelante, o que caracteriza o delito de *falsum* previsto no art. 297 do Código Penal" (TRF – 3ª Região, Apelação 2000.03.99.020388-6, Rel. Ramza Tartuce, j. 17-12-2002).

"Quem usa documento alheio adulterado, como se fosse próprio, comete o delito capitulado no art. 304 do Código Penal, e não o do art. 308 do mesmo *Codex*, posto que este só é aplicável subsidiariamente, quando não há adulteração no documento" (TRF – 3ª Região, Apelação 98.03.049942-4, Rel. Casem Mazloum, j. 18-5-1999).

"Uso de passaporte alheio. Processo-crime. Competência da Justiça Federal do lugar onde, no território nacional, foi usado o documento, embora que somente constatada a adulteração no país estrangeiro a que destinado o visto" (STJ, Conflito de Competência 12.680/MG, Rel. Min. José Dantas, j. 6-4-1995).

Fraude de lei sobre estrangeiros

Art. 309. Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

— Parágrafo único acrescentado pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, em particular a política imigratória.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é o estrangeiro (*caput)* ou qualquer pessoa. *Sujeito passivo* é o Estado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada é *usar* (empregar, utilizar), para *entrar* ou *permanecer* no território nacional, nome imaginário, fictício ou de terceiro, ou seja, que não corresponde ao verdadeiro. 1) *Entrar* significa que o indivíduo utiliza nome alheio para conseguir ingressar no território nacional; 2) *permanecer* significa que o agente entra legitimamente e, após, usa nome que não é o seu para continuar no território nacional.

3.1 Atribuir falsa qualidade

O parágrafo único prevê uma conduta autônoma: consiste em *atribuir* (imputar, inculcar) a estrangeiro *falsa qualidade*, entendida como a que se refere a sua subjetividade jurídica (p. ex.: nacionalidade, emprego ou função). É necessário que a atribuição se faça para promover a entrada de estrangeiro no País (fim especial).

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, e o *elemento subjetivo especial do injusto* consiste no *especial fim de agir* para entrar ou permanecer no País ou para promover-lhe a entrada no território nacional (parágrafo único).

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a utilização do nome falso. Não se admite a tentativa (*caput*). Consuma-se o delito tipificado no parágrafo único com a atribuição da *falsa qualidade*, sendo a tentativa possível.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime próprio, formal, instantâneo, de efeitos permanentes e comissivo (art. 309, *caput*, do CP). Para o parágrafo único, crime comum, formal, comissivo e simples, unissubjetivo em ambas as figuras.

7 Questões especiais

O tipo refere-se ao conceito jurídico de território, "compreendido não apenas o solo, mas também o mar territorial, o espaço aéreo e, de modo geral, a zona onde impera a soberania do Estado" (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 17. ed., v. 6, p. 189). Não há crime se o agente faz declaração falsa a respeito de atributos que não possui. O parágrafo único (art. 310) foi incluído no presente artigo por força da Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996 (*DOU*, 26-12-1996). Pode a atribuição ser feita de forma oral ou escrita (parágrafo único). É atípica a imputação feita para que o estrangeiro permaneça no País (parágrafo único). Admite (art. 309) a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* arts. 65, parágrafo único, e 125, III, da Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro); art. 1º da Lei n. 9.426/96 (altera dispositivos do Código Penal).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de um a três anos, e multa (*caput*); reclusão, de um a quatro anos, e multa (parágrafo único). Ação penal: pública incondicionada, competente a Justiça Federal (*caput* e parágrafo único).

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Art. 309 do CP: fraude de lei sobre estrangeiros: uso de nome falso. Apresentação de documento alheio como próprio. O apelante, estrangeiro, usou nome que não era o seu, com a finalidade de permanecer no país irregularmente, por estar vencido seu prazo de permanência como turista, fazendo uso de documento que não lhe pertencia, a fim de identificar-se a policiais. Irrelevante a alegação de que não foi comprovada a autenticidade do documento, já que o delito de fraude de lei sobre estrangeiros, previsto no art. 309 do Código Penal, trata-se de crime formal, em que a conduta típica perfaz-se no momento em que o agente estrangeiro faz uso de nome falso, fictício ou de terceiro, por escrito ou oralmente, com a especial finalidade de entrar ou permanecer no território nacional, independente do uso de documento, falso ou verdadeiro" (TRF – 3ª Região, Apelação 96.03.041342-9, Rel. Theotonio Costa, j. 29-6-1999).

Art. 310. Prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

— Artigo com redação determinada pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

DOUTRINA

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, especialmente no que tange à ordem político-econômica nacional.

2 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa, desde que brasileira, pois somente esta pode assumir a condição de "testa de ferro" de um estrangeiro. *Sujeito passivo* é o Estado brasileiro.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica é *prestar-se* a figurar, ou seja, o agente — "testa de ferro" — apresenta-se como o real proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, proibido legalmente de exercer a propriedade ou posse sobre tais bens. Prestar-se a figurar significa estar disposto a representar alguém, admitir fazer-se passar por outrem, no caso

estrangeiro, na condição de proprietário ou possuidor de certos bens, tanto a título gratuito quanto oneroso. Objetiva-se evitar a burla à finalidade de manter nacionais determinadas empresas ou companhias ou de certos bens ou valores, sem a ingerência de capital estrangeiro.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade de figurar como proprietário ou possuidor dos bens mencionados, com conhecimento de que o faz ilicitamente. Não é necessária a existência de elemento subjetivo especial do injusto. Não há previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime quando o agente se faz passar por proprietário ou possuidor dos bens mencionados, ou seja, quando passa, aparentemente, a ter ou possuir os referidos bens ou valores, que, concretamente, não lhe pertencem. A tentativa é, em tese, admitida.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, instantâneo, simples, unissubjetivo, plurissubsistente e de forma livre.

7 Norma penal em branco

Trata-se de norma penal em branco, visto que o tipo refere-se a casos em que a lei (CF) veda a propriedade ou posse de determinados bens por estrangeiros.

8 Questões especiais

É irrelevante seja o agente brasileiro nato ou naturalizado. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* art. 65, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são detenção, de seis meses a

três anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Art. 311. Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

§ 1º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.

§ 2º Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

— §§ 1º e 2º acrescentados pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

D O U T R I N A

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a fé pública, especialmente a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóveis. O objeto material é o número do chassi ou outro sinal identificador, componente ou equipamento de veículo automotor.

2 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos podem ser qualquer pessoa na hipótese do *caput* e o funcionário público, nos §§ 1º e 2º do CP. *Sujeitos passivos* são o Estado e, secundariamente, o indivíduo lesado.

3 Tipo objetivo: adequação típica

São duas as condutas tipificadas alternativamente: *adulterar* (falsificar, mudar, alterar por meio de qualquer modificação) ou *remarcar* (tornar a marcar alterando, pôr marca nova em). Os elementos objetivos são: *número*

de chassi (estrutura de aço sobre a qual a carroceria do veículo é montada) ou *qualquer sinal identificador* (marca ou traço que possibilita) autenticar ou reconhecer alguma coisa, como, por exemplo, placa, plaqueta de veículo automotor, de seu componente (parte elementar) ou equipamento.

3.1 Contribuição de funcionário público

O § 2º prevê uma forma de *participação*, consistente no fato de o funcionário público *contribuir* (prestar auxílio, colaborar) para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial, incorrendo nas penas de reclusão, de três a seis anos, e multa (a mesma cominada para o *caput* do artigo). O funcionário público, ao fornecer indevidamente o material ou informação oficial, está infringindo dever funcional.

3.2 Qualquer sinal identificador

É qualquer outro dado, marca ou sinalização inserta no veículo para individualizá-lo ou simplesmente para facilitar sua identificação, tais como a numeração do chassi colocada nos respectivos vidros etc.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de alterar ou remarcar o número ou sinal individualizador do veículo. Não é necessário que o sujeito saiba que o veículo é produto de crime. Na hipótese do § 2º, o funcionário público encarregado do registro ou licenciamento do veículo deve ter consciência de que se trata de veículo remarcado ou adulterado.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva adulteração ou remarcação do número do chassi ou de qualquer outro sinal identificador do veículo automotor, de seu componente ou equipamento. Admite-se, teoricamente, a tentativa, quando, por exemplo, o agente é surpreendido antes de concluir a adulteração ou remarcação.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum (*caput*), próprio (§ 2º), comissivo, material, unissubjetivo e plurissubsistente.

7 Figura majorada

Se o agente comete o crime *no exercício da função pública* (em efetivo desempenho) ou em razão dela (por motivo de sua função, pela qualidade de funcionário), a pena é aumentada de um terço. Esta majorante não se aplica à hipótese descrita no § 2º, para evitar *bis in idem*, uma vez que *funcionário público* é elementar típica.

8 Questões especiais

Este artigo foi incluído no Código Penal pela Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996 (*DOU*, 26-12-1996). Confira no § 2º o elemento "indevidamente" (sem amparo legal). A informação oficial é aquela conhecida *ratione officii*: exige-se o exame de corpo de delito.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são a reclusão, de três a seis anos, e multa. Ação penal: pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 311 do CP. Adulteração de placa de motocicleta. Finalidade de ludibriar a fiscalização de trânsito. Irrelevante a finalidade do agente, pois o delito está consumado no momento em que adultera ou remarca qualquer sinal identificador de veículo automotor, ludibriando a fé pública" (TJRS, Apelação 70023145378, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 13-3-2008).

"Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. A configuração do delito ora em exame não depende da presença de uma finalidade específica de agir, de modo que, mesmo ausente a intenção de dar cobro a delitos precedentes à adulteração, caracteriza-se o tipo criminoso a que se refere o art. 311, CP. Jurisprudência sedimentada do STJ. Não pode o juiz criminal, a pretexto da pobreza do condenado, criar hipótese anômala de isenção de pena de multa, máxime porque o direito penal encontra-se adstrito ao princípio da legalidade" (TJRS, Apelação 70022571731, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 21-2-2008).

"Art. 311 do CP. Remarcação de motor de veículo. Dolo comprovado. Verificado que o réu, ao remarcar o novo motor do veículo com o mesmo número do original sem comunicar ao DETRAN, agiu mais imbuído da tentativa de escapar da burocracia do que por mera ignorância, deve ser afastada a alegação de ausência de dolo" (TJRS, Apelação 70022550180, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 21-2-2008).

"Crime previsto no art. 311, § 1º, do Código Penal (adulteração de sinal identificador de

veículo automotor). Alegações: a) atipicidade da conduta; b) que o paciente não seria o destinatário da norma penal; e c) violação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Na espécie, afigura-se de todo evidente que a conduta imputada ao paciente — substituição de placas particulares de veículo automotor por placas reservadas obtidas junto ao Detran —, não se mostra apta a satisfazer o tipo do art. 311 do Código Penal. Não há qualquer dúvida de que o órgão de controle — Detran — sabia e poderia saber sempre que se cuidava de placas reservadas fornecidas à Polícia Federal. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal contra o paciente, por não restarem configurados, nem em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese" (STF, HC 86.424/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11-10-2005).

Capítulo V - Das Fraudes em Certames de Interesse Público

Fraudes em certames de interesse público

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.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Convém registrar, já neste preâmbulo, que a nova previsão legal cria

grande desarmonia na estrutura e topografia do velho Código Penal de 1940 ao confundir bens jurídicos distintos, *privados* e *públicos*. Com efeito, no Primeiro Título da Parte Especial, disciplinam-se "os crimes contra a pessoa", em que se inclui a "divulgação de segredo" prevista no art. 153, ao passo que no Título XI localizam-se "os crimes contra a Administração Pública", entre os quais se tipifica o de "violação de sigilo funcional" (art. 325). Assim, a inclusão no tipo penal em exame — *fraudes em certames de interesse público* —, destrói a harmonia de todo o sistema metodicamente estruturado do Código Penal, dificultando, inclusive, a identificação dos bens jurídicos tutelados e a própria tipicidade das condutas eventualmente praticadas, na medida em que aqueles (bens jurídicos) são protegidos em mais de um dispositivo legal (arts. 153, § 1º, e 325, por exemplo); além de ter criado uma miscelânea, com inclusão de alterações ao Código Penal em lei absolutamente estranha a essa disciplina. A rigor, com postura como essa — e não é a primeira vez que ocorre fenômeno semelhante —, o legislador contemporâneo *fere o decoro parlamentar*, desrespeitando a sua tradição histórica, que ao longo do tempo conquistou o respeito de todos nós cidadãos, demonstrando a falta de seriedade com que os diplomas legais passaram a ser elaborados em nosso País, em pleno Estado Democrático de Direito.

Com efeito, novamente o legislador contemporâneo não perdeu a oportunidade de apresentar mais uma *presepada natalina*, "brindando" os cidadãos brasileiros com sua conhecida incompetência, despreparo e desrespeito a sua relevante função em um Estado Democrático de Direito, qual seja, a de legislar no âmbito infraconstitucional. É inadmissível em qualquer país de mediana qualidade histórico-cultural que o legislador insira alterações ao Código Penal em lei destinada a criar Empresa de Serviços Hospitalares! Realmente, na Lei n. 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que cria "empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares", o legislador *aproveitou* para alterar o art. 47 do Código Penal, além de acrescentar-lhe o art. 311-A, criando um *capítulo especial* de artigo único. Visto de fora, parece que o *abnegado* legislador brasileiro pretendeu "esconder" dos cidadãos a criação de um novo crime, para surpreendê-los pelo desconhecimento de sua existência, e, ademais, ainda determinou que esse diploma legal entrasse em vigor imediatamente (sem *vacatio legis*).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a *preservação do sigilo* de certames públicos, posto que sua divulgação causará dano aos concorrentes, que ficam naturalmente em desigualdade de condições, e à própria credibilidade dos órgãos ou empresas promotoras desses eventos. Na verdade, a lei penal, ao proteger o sigilo do conteúdo desses certames de interesse público, assegura a garantia da ordem pública, que é a tranquilidade de recorrer, em igualdade de condições, às conquistas pessoais e profissionais mediante seleção democrática dentre aqueles que satisfazem as exigências e requisitos legais de cada certame. Se fosse permitida a indiscrição ou vazamento do sigilo a alguns dos concorrentes, ferindo a isonomia e a lisura do certame, estar-se-ia evidentemente desmoralizando a competição e criando um entrave, por vezes insuperável, e em detrimento do próprio *interesse social*, que é a moralidade, probidade e impessoalidade de todo e qualquer certame de interesse público.

3 Sujeitos ativo e passivo do crime

Sujeitos ativos podem ser quaisquer pessoas que, de um modo geral, participam como candidatos do certame público, e, igualmente, quem integra a estrutura que organiza ou aplica o *meio* ou *instrumento seletivo* dos candidatos, que, em razão dessa circunstância, tem conhecimento, indevidamente, de conteúdo sigiloso. Quer nos parecer que a conduta deste — que *viola dever funcional* de guardar sigilo — é consideravelmente mais grave do que a conduta de terceiro estranho à estrutura organizativa, mesmo daquele que participa como concorrente a uma vaga ou posto disputado.

Nada impede, no entanto, que *funcionário público* possa praticar as condutas aqui incriminadas, inclusive, e, especialmente, aquelas contidas no § 1º. Esse entendimento justifica-se exatamente porque grande número desses “processos seletivos” é promovido ou organizado pelo Poder Público, tanto da Administração Direta quanto da Indireta. Não pratica o crime, contudo, quem, não sendo integrante da estrutura responsável pela organização do certame e tampouco concorrente ou participante do processo seletivo, recebe informação ou, de qualquer forma, vem a ter conhecimento do conteúdo sigiloso em razão da divulgação feita pelo agente, ainda que saiba de sua origem ilícita, a menos que tenha concorrido de algum modo para a prática do crime (art. 29 do CP). Igualmente, não o

comete quem o propala por ouvir dizer, e sem que tenha contribuído de alguma forma para o seu vazamento.

Sujeitos passivos são, de um modo geral, os *concorrentes* ou postulantes de uma vaga ou lugar disputado, que acabam sendo prejudicados pela *utilização* ou *divulgação* indevida de *conteúdo sigiloso* do certame ou processo seletivo público. Secundariamente, também pode ser sujeito passivo o Estado/Administração representando a coletividade; poderá, igualmente, ser sujeito passivo imediato, quando se tratar de concurso público ou processo seletivo *lato sensu* por ele promovido.

4 Tipo objetivo: adequação típica

São duas as condutas tipificadas, alternativamente: *utilizar* ou *divulgar*, indevidamente, *conteúdo sigiloso* de certame de interesse público. Trata-se, como veremos, de crime de *conteúdo variado*, ou seja, ainda que o agente pratique ambas as condutas responderá por crime único.

a) *Utilizar* significa usar, servir-se de, fazer uso, aproveitar, tirar vantagem, auferir proveito, indevidamente, de conteúdo sigiloso. Há, na verdade, uma imensa variedade de significados deste verbo nuclear, segundo os dicionaristas. Mas, juridicamente, significa aproveitar-se do conhecimento de *conteúdo sob sigilo*, e, nessas condições, seria mais apropriado que o *concorrente* funcionasse como sujeito ativo, embora também não seja impossível que o próprio funcionário do órgão responsável pelo certame também pudesse cometer esse crime, via essa conduta. No entanto, não se pode negar que terceiro também pode *utilizar* o conhecimento de *conteúdo sigiloso* para tirar proveito, seja vendendo, seja negociando, ou, até mesmo, chantageando alguém.

b) *Divulgar*, por sua vez, tem uma concepção ampla e significa dar a conhecer, propagar, tornar público por qualquer *meio* (escrito, falado, impresso, internet etc.), inclusive pela fala, isto é, oralmente, o conteúdo sigiloso de certame público. O crime de calúnia tem como uma de suas modalidades propalar ou divulgar a calúnia (art. 138, § 1º). Examinando essas condutas tipificadoras do crime de calúnia, afirmamos que: “Os verbos-núcleos, nesta forma de calúnia, são *propalar* ou *divulgar*, que têm sentido semelhante e consistem em levar ao conhecimento de outrem, por qualquer meio, a *calúnia* que, de alguma forma, tomou conhecimento. Embora tenham significados semelhantes, a abrangência das duas

expressões é distinta: *propalar* limita-se, em tese, ao relato verbal, à comunicação oral, circunscreve-se a uma esfera menor, enquanto *divulgar* tem uma concepção mais ampla...” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 321). Logo, pode-se constatar que *propalar* acaba sendo absorvido pela conduta de divulgar que é mais abrangente, sendo irrelevante a não previsão dessa conduta neste dispositivo.

4.1 Abrangência da divulgação e conteúdo do objeto sigiloso

É desnecessário que a *divulgação* atinja um número determinado de pessoas, sendo suficiente apenas a comunicação a alguém, mesmo em caráter confidencial, para que se caracterize a ação de divulgar o conteúdo proibido. De notar-se que a proibição típica recai na conduta ou atividade de *divulgar* conteúdo sigiloso, e não no *resultado* por ela atingido, isto é, o número de pessoas que tomou conhecimento da divulgação. Sendo divulgado a uma só pessoa que seja, o *conteúdo sigiloso* torna-se acessível ao conhecimento de muitas outras. Assim, basta que o *conteúdo sigiloso* seja levado ao conhecimento de alguém para que se reconheça ter ocorrido a divulgação. É exatamente o que também ocorre no crime de divulgação ou propalação de calúnia, como já referimos. Configura-se o crime mesmo quando se *divulga* a alguém que já tenha conhecimento do objeto do sigilo, pois este servirá de reforço na convicção do terceiro.

Por fim, são objetos da proteção do conteúdo sigiloso os seguintes certames de interesse público: “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”.

4.2 Elemento normativo do tipo: indevidamente

Não se trata de *crime comum*, com descrição tradicional, puramente objetiva, mas de *tipo anormal*, contendo um elemento normativo da antijuridicidade — *indevidamente*. Assim, o tipo penal é *aberto* e exige um *juízo de valor* para complementar a análise da tipicidade. *Indevidamente*, a exemplo de outras expressões semelhantes, tais como “sem justa causa”, “injustamente”, “sem licença da autoridade”, são *elementos jurídicos normativos da ilicitude* (ou antijuridicidade); embora também constem da descrição típica, não se confundem com os *elementos normativos do tipo*, tais como coisa “alheia”, mulher “honesta” etc. Na verdade, a despeito de

integrarem o tipo penal, são elementos do *dever jurídico* e, por conseguinte, da *ilicitude*. "Indevidamente", que normalmente se relaciona à antijuridicidade, nesse caso, exclui a *tipicidade* e não aquela. E isso acontece somente porque o legislador incluiu a antijuridicidade entre os elementos integrantes do próprio tipo penal.

Assim, somente a *divulgação* injusta, indevida, *contra legis*, caracterizará o crime. Poderão justificar a divulgação de sigilo ou, melhor, de conteúdo sigiloso, por exemplo, entre outras, as seguintes condições: *delatio criminis* (art. 5º, § 3º, do CPP); *exercício de um direito* (exibição de uma correspondência para comprovar judicialmente a inocência de alguém. Concluindo, havendo *justa causa* para divulgação de sigilo, o fato é *atípico*; constitui *constrangimento ilegal* o indiciamento do agente em inquérito policial, sendo passível de *habeas corpus* para trancamento de ação penal por falta de *justa causa*.

5 Permissão ou facilitação de acesso a conteúdo sigiloso referido no *caput*

As condutas incriminadas no § 1º — *permitir* ou *facilitar*, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas a conteúdo sigiloso — têm conotação de crime próprio, na medida em que referidas condutas destinam-se, especificamente, a quem é encarregado de cuidar, vigiar e proteger o resguardo do *sigilo* de certame coletivo. Em outros termos, as pessoas — funcionários públicos ou não — envolvidas na estrutura que organiza e/ou aplica o processo seletivo são os destinatários das condutas tipificadas neste parágrafo.

Certamente, não são terceiros ou mesmo participantes que têm o *dever funcional* de impedir que alguém tenha acesso a *conteúdo sigiloso* de processos seletivos, que este dispositivo legal pretende coibir. O *dever funcional* — tanto na iniciativa privada quanto no *setor público* — é, certamente, o fundamento do *dever de fidelidade* das pessoas que estão diretamente vinculadas à estrutura responsável pela organização e aplicação do certame de interesse público, como refere a ementa deste artigo. Nada impede, é verdade, que terceiros desvinculados desse *dever*, que acabamos de referir, possam ser alcançados pelo instituto do *concurso eventual de pessoas* (art. 29 do CP).

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade livre e consciente de divulgar conteúdo sigiloso de certame de interesse público, tendo consciência da natureza sigilosa desse conteúdo, e que, ademais, pode produzir dano a alguém. No entanto, é necessário que o agente tenha consciência de que a sua conduta é ilegítima, desautorizada, *indevida*, isto é, *sem justa causa*. Este tipo penal exige, como *elemento subjetivo especial do tipo*, "o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso". Tratando-se de elemento subjetivo especial é irrelevante que tais objetivos se concretizem, sendo suficiente que integrem a vontade consciente do agente para configurar o crime. A eventual ausência de tais elementos desnatura esta infração penal.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva utilização ou divulgação de conteúdo sigiloso de certame de interesse público, independentemente da quantidade de pessoas que tome conhecimento de dito conteúdo. Já nas modalidades de "permitir" ou "facilitar" o acesso de pessoas não autorizadas, previstas no § 1º, a situação é diferente: para que essas condutas se concretizem é indispensável que as pessoas desautorizadas tenham acesso efetivamente ao *conteúdo sigiloso* a que se refere o presente dispositivo legal. Admite-se, teoricamente, a tentativa, ainda que seja de difícil comprovação. Trata-se, com efeito, de crime plurissubsistente, cujo *iter criminis* pode ser fracionado.

8 Figura majorada: fato cometido por funcionário público

Aumenta-se a pena aplicada em um terço "se o fato é cometido por funcionário público". É irrelevante, segundo a dicção do texto legal, que referido *funcionário público* encontre-se no exercício da função ou não, pois, ao contrário do que normalmente ocorre em previsões de majoração de pena dessa natureza, o novo texto legal não faz essa distinção. Contudo, não se pode ignorar a teleologia do dispositivo penal, qual seja, coibir que os funcionários públicos do próprio Ministério ou Secretaria de Estado, no caso, encarregados ou destinatários do objeto do concurso pratiquem crimes violando o dever funcional.

Na verdade, o que fundamenta a majoração *sub examine* é o *dever funcional* de fidelidade que todo funcionário público tem para com a administração, em razão do cargo ou função que exerce. Consequentemente, referida majorante somente se configura quando se tratar de funcionário vinculado ao órgão, no caso, Ministério ou Secretaria da Administração Pública, encarregada da realização ou preparação do concurso ou certame público em que ocorra a fraude. Significa, em outros termos, que a simples qualidade de funcionário público, por si só, não é fundamento suficiente para caracterizar a majorante contida nesse § 3º, sob pena de violar o *princípio da tipicidade estrita*, dogma da teoria do delito que não pode ser ignorado. Assim, por exemplo, se se tratar de determinado *funcionário público*, pertencente a outra esfera administrativa (federal, estadual ou municipal) que não aquela que promove o "certame de interesse público", ou simplesmente integre outro Ministério ou Secretaria, ainda que da mesma esfera administrativa, mas indiferente ou alheia ao concurso que se realiza, não poderá este sofrer essa majoração penal, por faltar-lhe aquele *dever funcional* que o vincula ao seu cargo ou função a que antes nos referimos. Ou, dito de outra forma, para que se possa aplicar essa majorante é indispensável que a infração penal tenha sido praticada *com violação dos deveres* inerentes ao cargo, função ou mesmo à atividade privada. É necessário que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a sua qualidade ou condição de funcionário público lhe impõe.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas às ações descritas no *caput* e no § 1º do novel art. 311-A, cumulativamente, são reclusão de um a quatro anos e multa. Para a figura qualificada descrita no § 2º, isto é, quando da "ação ou omissão resulta dano à administração pública", as penas cominadas são de dois a seis anos de reclusão e multa. Verificando-se, no entanto, a majorante descrita no § 3º do mesmo dispositivo legal, qual seja, ter sido "o fato cometido por funcionário público", a pena aplicada será majorada em um terço (1/3). Prevendo esse parágrafo que se "o fato for cometido por funcionário público", significa que referida majorante não será aplicada quando o funcionário público for mero *partícipe*, posto que, nessa hipótese, não terá cometido o fato, mas apenas *concorrido, de qualquer forma, para a sua prática por outrem*. Não se pode esquecer que, embora nosso sistema

penal tenha adotado, como regra, a teoria monística da ação, o art. 29 do CP e seus parágrafos fazem distinção quanto à punibilidade, dependendo do grau ou espécie de participações no crime, conforme demonstramos ao examinar o instituto do *concurso eventual de pessoas*, especialmente em seu último tópico (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 545).

A ação penal é pública incondicionada, não exigindo, por conseguinte, qualquer manifestação de eventual ofendido para o início da *persecutio criminis*.

TÍTULO XI - DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Capítulo I - Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral

Peculato

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 2 (dois) a 12 (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.

Peculato culposo

§ 2º Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 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.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Segundo Costa e Silva, Administração Pública é “o conjunto das funções

exercidas pelos vários órgãos do Estado, em benefício do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade". Em outros termos, é a *atividade* do Estado na busca do bem comum através dos seus três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário (Celso Ribeiro Bastos, *Dicionário de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 2-3), os quais devem funcionar conjunta e harmonicamente.

Administração Pública, no âmbito do direito penal, não tem a abrangência restrita tal como é recepcionada nos ramos do direito constitucional e administrativo, que, normalmente, a concebem como *o exercício de uma das funções vitais no âmbito da divisão dos Poderes*.

Os crimes contra a Administração Pública propriamente foram divididos pelo Código Penal de 1940 em três capítulos: "crimes praticados pelos seus próprios integrantes" (funcionários), "crimes praticados por particular contra a Administração Pública" e "crimes contra a Administração da Justiça". Os primeiros seriam *delicta in officio*, ou seja, *delicta propia*, ou seja, daqueles que integram a função administrativa estatal; os segundos seriam os crimes praticados pelo particular contra a Administração Pública, os quais recebem a denominação de *delicta communia*; finalmente, no terceiro capítulo, com os "crimes contra a Administração da Justiça", revela que nosso Código Penal não consagrou um título específico e autônomo para esses crimes, ao contrário de algumas legislações de direito comparado, tratando-os apenas como *espécie* do gênero, o que revela a amplitude que atribui ao vocábulo "Administração Pública".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico penalmente protegido, segundo a doutrina tradicional, é a Administração Pública, particularmente em relação a seu próprio interesse patrimonial e moral. A tutela penal pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos: em primeiro lugar, objetiva garantir o bom funcionamento da Administração Pública, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade; em segundo, visa proteger o patrimônio mobiliário do Poder Público. Ganha destaque, enquanto objeto de proteção penal, a *probidade administrativa*, embora, em se tratando de crime material, não possa dispensar a produção de um dano patrimonial.

A existência abstrata ou concreta de um crime — contra a Administração

Pública — *pressupõe* a realização de uma conduta *imoral*, ainda que nem toda *imoralidade* possa, por si só, caracterizar um delito. Pode-se afirmar, com base nisso, que a prática de *peculato* caracteriza crime, em primeiro lugar, por uma lei específica prever a possibilidade de punição (art. 312 do CP), mas essa lei só resta legitimada porque o *peculato* ofende princípios fundamentais do *pacto social democrático*. Um servidor, por exemplo, que desvia verbas, em proveito próprio ou alheio, pratica *ato de improbidade administrativa*, pois, além de lesar o patrimônio do erário público, ofende *os princípios gerais da Administração Pública*.

2.1 Dupla ofensividade

Sintetizando, para a maioria da doutrina, há *duas objetividades jurídicas*: 1ª) a "genérica", representada pelo normal funcionamento da Administração Pública; 2ª) e a "específica", que é a segurança patrimonial dos bens móveis pertencentes ao erário público e o dever de fidelidade do funcionário ao patrimônio público. Essa foi a orientação seguida pela doutrina clássica brasileira, que pode ser exemplificada pela manifestação de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 345-6): "é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexação no desempenho do cargo público; mas é absolutamente indispensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial. O dano material, indeclinável do peculato, não é outra coisa que um desfalque patrimonial sofrido pela administração pública...". No mesmo sentido, Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 90) repetia que "não há dúvida de que o dano que deste crime resulta é menos patrimonial que moral e político".

2.2 Pluriofensividade do peculato

No entanto, não nos parece que essa seja a melhor orientação ante a pluralidade de condutas tipificadas e a pluriofensividade do crime de peculato. Na verdade, nem sempre o sujeito ativo está vinculado ao órgão público a cujo patrimônio a coisa móvel apropriada pertence. Pode ocorrer, por outro lado, que o agente não se encontre vinculado a nenhuma entidade pública, embora tenha a posse da coisa móvel em razão de sua função, especialmente com a amplitude do conceito penal de funcionário público atribuída pela atual legislação brasileira. Por isso, nem sempre se poderá afirmar que o *peculato* constitui necessariamente a *violação de um dever de*

fidelidade, que subsiste somente entre o funcionário e o órgão ao qual está vinculado. Poderia restar, por vezes, o dever em sentido amplo entre o funcionário e o Estado; aliás, não haveria dever algum de fidelidade quando a coisa apropriada ou desviada pertencesse a particular.

2.3 Crime funcional

Trata-se de *crime funcional* (equivocadamente chamado de crime de responsabilidade), que, na definição de Von Hippel, é aquele "em que a qualidade de funcionário público intervém tanto como condicionante da pena, quanto como majorante" (*Apud* Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 317). A eficiência do Estado está diretamente relacionada com a credibilidade, honestidade e probidade de seus agentes, pois a atuação do corpo funcional reflete-se na coletividade, influenciando decididamente na formação éticomoral e política dos cidadãos, especialmente no conceito que fazem da organização estatal.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público ou aquele expressamente *equiparado* a este para fins penais, tratando-se de *crime próprio*. A condição especial *funcionário público*, no entanto, como *elementar do crime de peculato*, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de *coautor* ou *partícipe*, para a prática do crime, nos termos da previsão do art. 30 do CP. Dessa forma, é necessário que pelo menos um dos autores reúna a *condição especial* de funcionário público, podendo os demais não possuir tal qualidade.

É indispensável, contudo, que o particular (*extraneus*) tenha *consciência* da *qualidade especial* do funcionário público, sob pena de não responder pelo crime de peculato. Desconhecendo essa condição, o *dolo* do particular não abrange todos os elementos constitutivos do tipo, configurando-se o conhecido *erro de tipo*, que afasta a tipicidade da conduta. Responderá, no entanto, por outro crime, consoante o permissivo contido no art. 29, § 2º, do Código Penal, que abriga a chamada *cooperação dolosamente distinta*, autorizando-o a responder, em princípio, pelo crime de *apropriação indébita*, exatamente o crime que pretendia praticar.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo, como nos demais crimes, é o titular do bem jurídico ou do interesse penalmente protegido. *Sujeitos passivos* são o Estado e as demais entidades de direito público relacionadas no art. 327, § 1º, do CP. Se o bem móvel for particular, na hipótese de *peculato-malversação,* o proprietário ou possuidor desse bem também será sujeito passivo.

Discordamos do entendimento tradicional da doutrina que define, nessa hipótese especial, o particular como sujeito passivo *secundário*. Na verdade, não vemos nenhuma razão lógica ou jurídica para colocá-lo em segundo plano, mesmo que se trate de infração penal localizada no Título (XI) que, por razões metodológicas, cuida dos crimes contra a Administração Pública, pois, especificamente, lesa tanto bem jurídico pertencente ao erário público quanto bem jurídico pertencente ao particular (patrimônio). Na realidade, *o Estado é sempre sujeito passivo primário* de todos os crimes, desde que avocou a si o monopólio do *ius puniendi*, daí o caráter público do direito penal que somente tutela interesses particulares pelos reflexos que sua violação acarreta na coletividade. Com efeito, a lei penal protege, em primeiro plano, o interesse da ordem jurídica geral, cujo titular é o Estado e, secundariamente, o interesse do particular. Como lecionava Heleno Fragoso, "o que na doutrina se considera sujeito passivo é o titular do interesse imediatamente ofendido pela ação delituosa ou do bem jurídico particularmente protegido pela norma penal, ou seja, o sujeito passivo *particular* ou *secundário*".

3.2.1 Estado como sujeito passivo direto

Em outros crimes, porém, como estes capitulados nos *crimes contra a Administração Pública* praticados por seus próprios funcionários, é o Estado que aparece como sujeito passivo particular, pois é titular do bem jurídico diretamente ofendido pela ação incriminada. Quando, nessa espécie de crime, atinge-se também o patrimônio ou qualquer outro interesse penalmente tutelado do particular, este também se apresenta como sujeito passivo, e, se alguém deve ser denominado como sujeito secundário, acreditamos que, ainda assim, deveria ser o Estado, que é sempre ofendido, e não o particular eventualmente lesado.

Em síntese, o Estado, que é o *sujeito passivo permanente* de todos os crimes praticados contra a Administração Pública, deve ser, contudo,

considerado como sujeito passivo *secundário*, sempre que houver lesado ou ofendido diretamente bem jurídico pertencente a algum particular. Finalmente, para não sermos repetitivos, tudo o que afirmamos a respeito do sujeito passivo secundário, neste capítulo, estende-se aos demais crimes quando haja dupla ofensa de bens jurídicos, pertencentes ao Estado e ao particular.

4 Pressuposto do crime de peculato

O pressuposto do crime de *peculato*, em relação às duas figuras do *caput* do art. 312, é a *anterior posse lícita*, isto é, *legítima da coisa móvel pública* (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel), da qual o funcionário público *apropria-se* indevidamente. A *posse*, que deve preexistir ao crime, deve ser exercida pelo agente em *nome alheio*, ou seja, em nome do Poder Público, já que a ausência da posse *altera a tipicidade* da conduta, podendo caracterizar o *peculato-furto* (art. 312, § 1º) ou, residualmente, o *crime de furto* (art. 155).

A *posse* mencionada no dispositivo em exame deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo, inclusive, a simples *detenção e até o poder de disposição direta sobre a coisa*. A exemplo da *apropriação indébita* (art. 168), é necessário que o agente possa ter *disponibilidade física* direta ou imediata da coisa móvel pública alheia. Concordamos que essa disponibilidade material possa corresponder inclusive à *disponibilidade jurídica*, para satisfazer o pressuposto da anterior posse prévia, desde que seja entendida essa disponibilidade como, mesmo não dispondo fisicamente da detenção material da coisa, o poder de exercê-la por meio de ordens, requisições ou mandados.

4.1 Insuficiência da posse prévia: em razão de cargo

A existência da *posse prévia* é insuficiente, por si só, sendo necessário que esta advenha de *cargo* exercido pelo funcionário público. O texto legal refere-se à “posse em razão de cargo” e não “em razão do exercício de função”, como destacava, com muita propriedade, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 340): “conceitualmente, a preexistente posse deve ter-se operado *em razão do cargo*, isto é, faz-se mister uma íntima relação de causa e efeito entre o *cargo* e a *posse*. Não basta que a *res* tenha sido confiada *contemplatione officii*: é preciso que a

sua entrega ao funcionário resulte de mandamento legal (*ex vi legis*) ou, pelo menos, de inveterada praxe, não proibida por lei". É necessário que o funcionário público seja nomeado e empossado em cargo público, oficialmente.

A *confiança* depositada no funcionário público que recebe a coisa, objeto material do crime de peculato, é proveniente de imposição legal, em razão do cargo público exercido pelo agente. É mister que receba o bem em razão do cargo que exerce, significando que a entrega da coisa ao agente deve ser feita em decorrência de sua *competência ou atribuição funcional*, circunscrevendo-se o ato às atribuições inerentes ao cargo que ocupa. Assim, sustenta a doutrina nacional (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 340; Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 986-7; Luiz Régis Prado, *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 351) que, se alguém confiar a um amigo, por exemplo, que é fiscal da receita, determinada quantia para saldar um débito, apropriando-se o agente desse valor, *não pratica peculato*, mas *apropriação indébita*. Com efeito, se o recebimento da coisa não decorrer do cargo em que está investido, não existe aquela especial violação de *dever de ofício* incriminada no peculato e na malversação.

4.2 Em razão do cargo: relação objetiva

Na verdade, convém destacar, "em razão do cargo" deve ser uma relação objetiva, existente entre a *posse* e o *cargo*, uma relação, diríamos, de *causa e efeito*, entre este e aquela, e não apenas uma *relação de confiança subjetiva*. Por isso, não é suficiente que o agente seja funcionário público; é necessário que receba o objeto material, repetindo, em razão do cargo que lhe atribua, esse mister funcional.

O objeto material do peculato — *dinheiro, valor* ou *qualquer outro bem móvel* — pode pertencer à Administração Pública ou a particular, desde que se encontre na *posse* ou tenha sido entregue ao agente "em razão do seu cargo". Essa orientação já era adotada pelo nosso CP anterior, ao contrário do Código Penal Rocco, que fazia distinção, tipificando em figura autônoma, como *malversazione* (art. 315). A preferência da legislação brasileira, equiparando a incriminação do peculato tanto de bens públicos quanto de bens particulares, fundamenta-se na identidade de razões de punir: o Estado também responde pelos danos causados por seus funcionários ao patrimônio de terceiros que se encontrem sob sua

responsabilidade.

5 Tipo objetivo: adequação típica

O *crime de peculato*, recepcionado pelo nosso CP, apresenta as seguintes figuras típicas: a) *peculato-apropriação* (1ª parte do *caput*); b) *peculato-desvio* (2ª parte); c) *peculato-furto (*§ 1º*)*; d) *peculato culposo (*§ 2º*).* O crime de peculato, na precisa descrição do *caput* do art. 312 — *peculato próprio* —, consiste no *apossamento* ou *desvio* (destinação diversa), por parte de funcionário público, de *coisa móvel* (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel), pública ou particular, de que tem a *posse* em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio.

A semelhança do *crime de peculato* com a *apropriação indébita*, que tem natureza patrimonial, é pouco mais que aparente, pois ambos apresentam uma diferença estrutural. O peculato, aparentemente uma *figura imprópria* de crime contra a Administração Pública, é mais que uma *apropriação indébita qualificada* pela condição de funcionário público do seu agente ativo. Na verdade, decorre: a) *da qualidade do sujeito ativo* — funcionário público, no crime de peculato; b) *do título da posse*, que no peculato deverá estar relacionado com o cargo ou serviço, enquanto na apropriação indébita pode ser de qualquer natureza; c) *da pluralidade de condutas* previstas para as modalidades do peculato.

5.1 Peculato-apropriação: objeto material (1ª parte)

O verbo *apropriar*-se tem o significado de *assenhorear-se*, tomar como sua, *apossar-se*; *apropriar-se* é tomar para si, isto é, *inverter a natureza da posse*, passando a agir como se dono fosse da coisa móvel pública, de que tem *posse* ou *detenção*. Acomoda-a ao fim que tem em vista — numa linguagem de Magalhães Noronha — numa situação aparente de proprietário, quer retendo-o, quer consumindo-o, quer alienando-o etc. No peculato, a exemplo da apropriação indébita, e ao contrário do furto e do estelionato, o sujeito passivo tem, anteriormente, a posse lícita da coisa, como destacamos no tópico anterior. O agente recebe-a legitimamente.

5.1.1 Objeto material: dinheiro ou qualquer bem móvel

O *objeto material* da ação penal tipificada deve ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que o agente tem a

posse (abrangendo a detenção e a posse indireta, desde que lícita) em razão do cargo (*ratione officii*). A exemplo do que ocorre com a apropriação indébita, o funcionário público apodera-se do objeto material que se encontra em sua posse, agindo como se proprietário fosse, praticando atos de *animus domini*. *Dinheiro* é elemento material descritivo do tipo; *valor* e *outro bem móvel* são *elementos normativos*, sendo este de valoração jurídica e aquele de valoração extrajurídica. *Dinheiro* pode ser representado por moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país; *valor* é qualquer título, papel de crédito ou documento negociável ou conversível em dinheiro ou mercadoria, como ações, apólices, títulos da dívida pública, vale postal, letras de câmbio, nota promissória etc. *Bem móvel*, finalmente, é toda e qualquer coisa passível de ser apreendida e deslocada de um lugar para outro (*de loco ad locum*). Evidentemente, a exemplo do crime de furto, a *energia elétrica*, ou qualquer outra forma de *energia* de valor econômico, também é equiparada à coisa móvel, podendo ser igualmente objeto material do crime de peculato.

A despeito de o legislador ter incluído "qualquer bem móvel" e *valor*, elementos normativos de valoração jurídica, como objetos materiais do crime de peculato, preferiu destacar que "dinheiro" também pode representar esse objeto. O objetivo do legislador, nesse particular, foi afastar o entendimento da antiga doutrina, que não admitia peculato de coisa fungível, limitando a incidência dessa infração penal às coisas infungíveis. Afirmava-se que, na hipótese de coisa fungível, o funcionário era devedor de *quantidade* e não de *espécie*, estando obrigado somente a devolver o *tantumdem*, que poderia fundamentar ação cível, administrativa ou ainda algum outro crime diverso do peculato, chamado de residual.

5.1.2 Objeto fungível e infungível

Essa finalidade pretendida pelo legislador justifica a enumeração do objeto material do crime de peculato, afastando definitivamente qualquer desinteligência sobre a possibilidade de dinheiro poder ser objeto de peculato: a fungibilidade, *in natura*, não afasta o crime de peculato do funcionário que se apropria de dinheiro público de que tem a posse, mesmo que pretenda devolvê-lo oportunamente. Ainda que possa caracterizar-se, em tese, um simples *uso*, sem o *animus rem sibi habendi*, não há como afastar a punibilidade, pois se trata inegavelmente de um *desvio*. *Dinheiro*, enfim, por ficção legal, quando recebido ou guardado por funcionário

público, perde sua *condição de fungível*. O funcionário público, quando recebe numerário em razão do cargo, passa a ser uma *longa manus* da Administração Pública. Por isso, o recebimento de dinheiro, por funcionário público, em razão do cargo significa seu ingresso imediato no erário público. Na verdade, o funcionário público não é considerado mero *depositário*, não lhe sendo permitido nem mesmo a compensação de créditos, salvo se for expressamente autorizado por legislação administrativa. Não afasta o crime o suposto crédito ou mesmo a prestação de fiança ou caução para evitar *eventual dano*. Na verdade, a devolução posterior do dinheiro não descaracteriza o crime, pois há sempre um *desvio* de finalidade. Contudo, o *desvio* de verbas ou rendas públicas, sem a finalidade de obter vantagem pessoal, mas *em proveito da própria Administração Pública*, constitui crime capitulado no art. 315 do CP, onde será devidamente examinado.

5.1.3 Mistura de dinheiro: (a)tipicidade

Eventual "mistura" do próprio dinheiro do funcionário público com o da Administração, para facilitar o *troco*, por exemplo, não configura, por si só, crime algum. No mesmo sentido, destaca Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 988) que tampouco configura conduta punível "quando o funcionário tiver necessidade de valer-se de pequenas quantias do dinheiro público recebido para enfrentar despesas de manutenção ou de condução, quando a serviço do Estado, das quais posteriormente deverá ser reembolsado. Ou por haver esquecido em casa o próprio dinheiro".

5.1.4 Prestação de serviço: atipicidade

Não se equipara à *coisa móvel*, por outro lado, a *prestação de serviço* de um funcionário a outro; *fruir* o funcionário do *serviço* de outro não constitui esse crime. Não é *coisa* a prestação de serviço, como exemplificava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 222): "Portanto, se o chefe de uma repartição emprega funcionário em serviço seu, desviando-o de suas ocupações funcionais, não pratica peculato, incorrendo em outro delito, ou, de qualquer maneira, praticando falta contra a probidade administrativa". Com acerto, conclui ainda Magalhães Noronha, afirmando que essa conduta é atípica, porque *se apropriar de dinheiro, valor* ou *bem móvel* não é fruir de *serviço* do funcionário público, pois ele não é *coisa*.

5.2 Peculato-desvio (2ª parte)

O verbo núcleo *desviar* tem o significado, neste dispositivo legal, de *alterar* o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, no *peculato-desvio* o funcionário público dá ao objeto material *aplicação diversa* da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem.

Nesta figura — *peculato-desvio* — não há o propósito de *apropriar-se*, que é identificado como o *animus rem sibi habendi*, podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo, com simples *uso irregular* da coisa pública, objeto material do peculato. "Ao invés do destino *certo* e *determinado* do bem de que tem a posse, o agente lhe dá outro, no *interesse próprio* ou *de terceiro.* O desvio poderá consistir no uso irregular da coisa pública. No entanto, para que se complete essa conduta típica, é indispensável a presença do elemento subjetivo especial do tipo, ou seja, que se faça o *desvio em proveito próprio ou alheio*. Esse elemento subjetivo está implícito na figura anterior, *peculato-apropriação*, pois seria incompreensível apropriar-se em benefício de terceiro. Com efeito, se o desvio operar-se em benefício da própria Administração, não haverá peculato, mas desvio de verba.

5.2.1 Natureza do proveito exigido

Poder-se-á discutir a *natureza do proveito* exigido para configurar esse crime, como fizemos em alguns crimes patrimoniais, examinados no volume 3º do nosso *Tratado*. Contrariamente, contudo, ao que se poderia exigir nos crimes patrimoniais, aqui, mesmo que implique, nesta figura, valor patrimonial, o proveito pode ser de qualquer natureza, patrimonial, moral, funcional etc. Nessa modalidade, o crime consuma-se com a efetivação do *desvio*, independentemente da real obtenção de proveito para si ou para outrem.

5.2.2 Posse viciada: inadmissibilidade

A *posse* não pode estar viciada de violência, fraude ou erro: se ela decorre de *violência*, haverá *concussão*; se foi obtida mediante *fraude* ou *engano*, pode caracterizar, em tese, *concussão* ou *estelionato*, dependendo das demais circunstâncias; se, no entanto, a posse provier de *erro de outrem*, o crime será aquele previsto no próximo dispositivo (art. 313) e

objeto de análise no capítulo seguinte.

5.3 Peculato-furto

O § 1º prevê o chamado *peculato-furto*, no qual o funcionário público não tem a *posse* do objeto material e o *subtrai*, ou concorre para que outro o subtraia, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Essa facilidade "é qualquer circunstância de fato propícia à prática do crime, notadamente o fácil ingresso à repartição ou local onde se achava a coisa subtraída" (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 350). Segundo o magistério de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr. (*Dos crimes contra a Administração Pública*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 46), "nesta hipótese, para que se possa falar de apropriação indébita ou de desvio, é necessário que o uso, por sua natureza e por sua duração, seja tal que comprometa a utilidade da coisa para a administração pública ou para outro sujeito ao qual pertença. Naturalmente, para que se aperfeiçoe o crime, é preciso que haja um compromisso sério na utilização da coisa".

5.3.1 Posse momentânea: atipicidade

O *peculato de uso*, que se tipificaria pelo *uso momentâneo* do objeto material do peculato, o qual se encontra na posse do funcionário em razão do cargo, sem *animus domini*, e o devolve intacto após sua utilização, não configura crime. Em se tratando de Prefeito Municipal, contudo, conduta semelhante adequa-se à descrição típica constante do art. 1º, II, do Decreto-lei n. 201/67, que disciplina os *crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais*.

5.4 Peculato culposo

A punibilidade de crimes patrimoniais a título de culpa é excepcionalíssima, aliás, seguindo o princípio da excepcionalidade do crime culposo, assegurada no próprio Código Penal (art. 18, parágrafo único). Ocorre o peculato culposo quando o funcionário público *concorre* para que outrem se *aproprie*, *desvie* ou *subtraia* o objeto material da proteção penal, em razão de sua *inobservância ao dever objetivo de cuidado* necessário (§ 2º). No caso, o funcionário negligente não concorre diretamente *no fato (*e para o fato*) praticado por outrem*, mas, com sua desatenção ou descuido, propicia ou oportuniza, *involuntariamente*, a que

outrem pratique um crime doloso, que pode ser de outra natureza.

5.4.1 Participação culposa em crime doloso: impossibilidade

Nesse sentido, procuramos deixar claro que, como se tem reiteradamente afirmado, *não há participação dolosa em crime culposo* e vice-versa. Com efeito, o funcionário público responde, na modalidade culposa, pela inobservância do dever objetivo de cuidado, isto é, por sua negligência, deixando o objeto material desprotegido, ao facilitar, ainda que inadvertidamente, que terceiro pratique outro crime contra o patrimônio público, que, em razão de seu cargo, deveria proteger. Não há, convém destacar, participação da ação culposa do funcionário na conduta dolosa do terceiro, que pode ou não ser outro funcionário público, inexistindo, por conseguinte, qualquer vínculo ou liame subjetivo entre ambos. Há, em verdade, uma espécie de *autorias colaterais*. Contudo, para que se caracterize o *peculato culposo* não basta a ação (ou omissão) descuidada do funcionário faltoso, sendo indispensável que, aliada à sua desatenção, ocorra a prática de outro fato, agora doloso, por parte de terceiro, sem o qual não se configurará o peculato culposo, mesmo que sobrevenha um dano ao patrimônio da Administração Pública.

5.4.2 Reparação de dano: extinção da punibilidade

Dispõe o § 3º que, na hipótese de reparação do dano, se precedente à sentença criminal irrecorrível, extingue-se a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta. No peculato doloso, a compensação, a reparação do dano ou a restituição do objeto material não excluem o crime, constituindo apenas circunstância atenuante (art. 65, III, *b*). Constata-se que, nessa hipótese, o legislador atribui relevância excepcional à *reparação do dano*, na hipótese de peculato culposo. O *ressarcimento* pode ser promovido tanto pelo acusado quanto por terceiro, atingindo o mesmo objetivo e produzindo a mesma consequência. Por fim, o ressarcimento ou mesmo a extinção da punibilidade não impedem a aplicação de eventual sanção administrativa, ante eventual infração administrativa.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo do crime de peculato é o *dolo*, constituído pela vontade de transformar a *posse* em *domínio*, a exemplo do que ocorre no

crime de apropriação indébita, ou seja, é a *vontade livre e consciente* de *apropriar-se* de coisa móvel pertencente ao Estado, de que tem a posse em nome do próprio Estado. Em outros termos, é a vontade definitiva *de não restituir* a coisa (dinheiro, valor ou qualquer outra coisa móvel) pertencente ao Poder Público ou *desviá-la* de sua finalidade.

O *dolo* deve abranger todos os elementos configuradores da descrição típica, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais. O autor somente poderá ser punido pela prática de um *fato doloso* quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. Eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo configura *erro de tipo*, excludente do dolo. O dolo é, na espécie, a vontade de *assenhorear-se* de bem móvel (*animus rem sibi habendi*), com consciência de que pertence ao Estado, invertendo o título da posse. Em outros termos, o agente deve ter *vontade* e *consciência* de *apropriar-se* de coisa móvel do Estado, isto é, de tomar para si coisa que não lhe pertence. No crime de *peculato*, a exemplo do que ocorre na *apropriação indébita*, há uma *inversão no título da posse*, já que o agente passa a agir como se dono fosse da *coisa pertencente ao Estado* de que tem a *posse legítima*. É fundamental a presença do *elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria*, como *elemento subjetivo especial do injusto*, sob pena de não se configurar o *peculato*. Essa é a *representação subjetiva* que deve abranger e orientar a ação do sujeito ativo.

6.1 Atualidade do dolo

O *dolo*, necessariamente e sempre, tem de ser *atual*, isto é, contemporâneo à ação proibida. Se fosse anterior, estar-se-ia diante de um *crime premeditado*; se fosse posterior, de crime não se trataria, pois a conduta praticada não teria sido orientada pelo dolo. Com efeito, quando se fala em *dolo subsequente* não se está pretendendo afirmar que o dolo é posterior à ação de apropriar-se; logicamente, busca-se apenas deixar claro que é necessário o *animus apropriandi* ocorrer após a posse *alieno nomine*.

É indispensável a presença do *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim de agir* (em proveito próprio ou alheio), presente em todas as modalidades.

7 Consumação e tentativa

7.1 Consumação

O momento consumativo do crime de *peculato* é de difícil precisão, pois depende, em última análise, de uma *atitude subjetiva*. A consumação do crime e, por extensão, o aperfeiçoamento do tipo coincidem com aquele em que o agente, por ato voluntário e consciente, *inverte o título da posse*, passando a reter o objeto material do crime (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel) como se dono fosse (*uti dominus*). Consuma-se o crime com a *efetiva apropriação*, desvio ou subtração do objeto material, ou seja, quando o funcionário público torna seu o patrimônio do qual detém a *posse*, ou desvia em proveito próprio ou de terceiro, sendo irrelevante o prejuízo efetivo para a Administração Pública. Essa exteriorização da alteração do título da posse, consumadora do crime de peculato, revela-se com a retenção além do tempo necessário, uso pessoal ou consumo, alienação, que são atos característicos de quem é dono ou age como *animus domini*.

Consuma-se, enfim, com a *inversão da natureza da posse*, caracterizada por ato demonstrativo de *disposição* da coisa alheia. Contudo, a certeza da intenção somente se caracteriza por algum ato externo, típico de domínio, com o ânimo de apropriar-se dela. O *animus rem sibi habendi*, também característico do crime de peculato, precisa ficar demonstrado. Se o agente não manifesta a *intenção* de ficar com a *res* e, ao contrário, a restitui à repartição, de pronto, o *dolo* do peculato-apropriação não se aperfeiçoa.

7.2 Tentativa

Como crime material, a tentativa do crime de peculato é possível, embora de difícil configuração. A despeito da dificuldade de sua comprovação, a identificação da *tentativa* fica na dependência da possibilidade concreta de se constatar a exteriorização do *ato de vontade* do sujeito ativo, capaz de demonstrar a alteração da *intenção do agente* de apropriar-se da coisa pertencente ao Poder Público de que detém a posse. Não se pode negar a configuração da tentativa quando, por exemplo, o *funcionário é* surpreendido efetuando a venda de coisa pertencente ao Estado, e somente a intervenção de terceiro — *circunstância alheia à vontade do agente* — impede a *tradição* da coisa ao comprador.

8 Comunicabilidade da condição de funcionário público

A qualidade de *funcionário público* do agente se estende também aos

coautores ou partícipes do delito (art. 30 do CP). Contudo, se o particular *desconhece* ser o sujeito ativo funcionário público, responde por outro crime, excluindo-se o peculato, pois, nesse aspecto, o terceiro participante incorre em *erro de tipo*, na medida em que essa *condição especial* do autor não entrou na esfera de conhecimento do terceiro que, por isso mesmo, não pode por ela responder. Entendimento diverso levaria à autêntica *responsabilidade objetiva*, proscrita no Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

9 Sonegação de tributo incidente sobre produto de crime: impossibilidade moral e jurídica

9.1 Delimitação do tema

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 77.530/RS, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, manifestou entendimento já sufragado pelo TRF da 4ª Região e pelo STJ no sentido da possibilidade de condenação pelo crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo incidente sobre valores de origem criminosa. Isso porque, dentre outros fundamentos, o art. 43 do CTN destaca que o IRRF tem como fato gerador "a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica", ao mesmo tempo que o art. 118 do mesmo diploma legal prescreve que "a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I — da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (...)".

Não obstante, cremos possível contraditar tal solução com base num fundamento que, salvo melhor juízo, ainda não fora apreciado pelos nossos tribunais. Primeiramente, convém ressaltar que as normas do CTN devem ser interpretadas de acordo com os *princípios constitucionais em matéria tributária*, e, nesse rumo, de nada vale sustentar qualquer posicionamento com base na exclusiva interpretação *autopoiética* do art. 118 do CTN, dada a ausência do método hermenêutico-constitucional requerido por um Estado Democrático de Direito.

9.2 Disponibilidade econômica ou jurídica "versus" confisco

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 145, § 1º,

estipula o *princípio da capacidade contributiva*. Por outro lado, também assegura a nossa Carta Magna que a Administração Pública direta e indireta obedecerá, dentre outros, ao *princípio da moralidade* (art. 37, *caput*, da CF/88). Quer-nos parecer que essas duas garantias constitucionais devem nortear a interpretação do *fato gerador* no que tange à incidência do Imposto de Renda de Pessoa Física, e, nesse sentido, não parece subsistir constitucionalmente válida a interpretação no sentido da incidência da *exação* em relação a valores de procedência criminosa. Isso com base nos argumentos a seguir expostos:

9.2.1 Disponibilidade econômica ou jurídica

A aquisição da "disponibilidade econômica ou jurídica" a que se refere o art. 43 do CTN deve levar em consideração a *licitude* da renda, já que somente assim poderemos falar em *disponibilidade efetiva* e válida. Com efeito, o autor de um delito de peculato possui a *detenção* dos valores apropriados ou subtraídos, mas não possui a *propriedade* ou *posse legítima* desses valores (*disponibilidade*). Até poderá movimentar os valores produto do delito, mas não se pode afirmar *jurídica* essa movimentação, quando *o direito determina a obrigação de devolver* os valores indevidos. Especificamente quanto aos crimes funcionais, a Lei n. 8.429/92 considera *ato de improbidade administrativa* o enriquecimento ilícito quando o agente aufere "qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º" (art. 9º, *caput*, da Lei n. 8.429/92), prescrevendo como sanção a "perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (...)" (art. 12, I, da Lei n. 8.429/92). E mais: também o art. 91, II, *b*, do CP estabelece, como efeito da condenação penal, a devolução do produto do crime.

9.2.2 Disponibilidade de valores de origem criminosa

Nesse caso, não se pode falar em "disponibilidade" de valores de origem criminosa quando o próprio direito obriga o autor — como efeito da condenação penal ou como sanção civil decorrente da improbidade administrativa — à perda e restituição desses valores. Como afirmar que os valores de origem criminosa estão na esfera de *disponibilidade* do agente, se o próprio direito determina a perda desses valores? De duas, uma: ou se obriga o apelante a restituir os valores indevidamente desviados, e não se o condena por sonegação fiscal, ou se o condena por sonegação fiscal sem

que lhe seja imposta a devolução dos valores. Como afirmar “disponível” um bem cuja restituição seja cogente?

É claro que não se está a discutir, aqui, a possibilidade de tributação incidente sobre as *atividades lícitas* desempenhadas por alguém que, por meio de *dinheiro ilícito*, consegue obter renda legítima. Assim, se um traficante, com o dinheiro obtido no tráfico, vier a constituir, por exemplo, uma revenda de automóveis, é lógico que a venda dos produtos ao consumidor, por ser, em tese, legítima, está sujeita à tributação. Aqui, o fato gerador do IRPJ (renda obtida com a venda de automóveis) é lícito, embora decorrente de valores ilícitos. Até se poderia afirmar a incidência de IRPF em valores obtidos de forma ilícita ou imoral, mas isso não pode ser confundido com *valores obtidos de forma criminosa*, para os quais o direito estabelece, como efeito da condenação, a perda e devolução do produto do crime. “Origem ilícita” *lato sensu* não pode, *venia concessa*, ser confundida com *origem criminosa* (injusto penal culpável), isto é, a prática de crime não pode ser erigida em *fato gerador de tributo*.

9.3 Ofensa ao princípio da capacidade contributiva

O art. 43 do CTN adotou a doutrina alemã da propriedade econômica (“*substance over form*”, na doutrina americana), ou seja, para a configuração do fato gerador do imposto de renda, reconhece-se como contribuinte a pessoa a quem se imputa a riqueza tributável, pouco importando se a imputação é fundada no direito de propriedade ou na posse. Não obstante, o *princípio da capacidade contributiva* obriga-nos a uma reinterpretação dessa regra na medida do patrimônio jurídico do contribuinte. Só se pode reconhecer “capaz de contribuir” aquele que possui a obrigação legal de recolher a *exação* como uma espécie de ônus político-fiscal imposta pelo Estado para o aumento e manutenção de seu patrimônio.

9.3.1 Capacidade contributiva e efeitos da condenação penal

Se é *efeito direto da condenação* a obrigação de restituir os bens e valores produto do crime, bem como todo o proveito daí decorrente, não parece constitucionalmente válido afirmarmos que o condenado que há de suportar esses efeitos também tenha de recolher o tributo sobre seu delito e os acessórios oriundos da obrigação fiscal. *Mutatis mutandis*, ocorre o mesmo na hipótese de peculato.

A prosperar tal tese, chegaremos à conclusão absurda de que um ladrão

de veículos, por exemplo, deve declarar, perante a Receita Federal, todos os automóveis furtados durante o respectivo exercício fiscal. E o que é pior: a sonegação fiscal aqui refutada acarretaria verdadeiro *bis in idem*. Todos os condenados por crimes contra o patrimônio (ou de conotação patrimonial) deveriam, também, sê-lo por crime de sonegação fiscal (caso os valores ultrapassassem o limite de isenção), o que, convenhamos, é uma grande heresia. Se a lei estabelece, como efeito da condenação, a restituição do produto e do proveito do crime, essa mesma lei não pode obrigar o condenado a suportar uma exação incidente sobre aqueles efeitos. Portanto, não há *capacidade contributiva* nessa situação, porque o art. 145, § 1º, da CF/88 autoriza a administração tributária a constituir os respectivos créditos só nos casos em que o patrimônio seja "pessoal", ou seja, de propriedade lícita do contribuinte. Entendimento diverso irá ofender a garantia à propriedade, enunciada no art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

9.3.2 Confisco penal e isonomia tributária

Por outro lado, essa solução não ofende o princípio da isonomia tributária. A Constituição Federal, em seu art. 150, II, veda à Federação "instituir tratamento desigual *entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos". A garantia constitucional assegura tratamento paritário e equânime para as pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, ou seja, em se tratando de situações jurídicas diversas, impossível falar em tratamento isonômico. Ora, o autor de um crime não está sujeito ao recolhimento de IRPF da mesma forma que todos os demais contribuintes, pela simples razão de que não possui patrimônio disponível para a incidência do tributo. Não se pode vislumbrar identidade de situações entre um indivíduo que possui rendimentos mensais lícitos e outro que auferiu ganhos de forma criminosa, em determinado evento delituoso, já que o primeiro estará sujeito ao pagamento da exação, sem prejuízo em seu patrimônio econômico sobre o qual recaiu o tributo, enquanto o segundo teria de recolher o imposto e, ao mesmo tempo, a obrigação legal de restituir os valores criminosamente obtidos.

Em outras palavras: serão idênticas as situações verificadas entre uma pessoa que possua patrimônio pessoal legítimo e outra que não o tenha de

forma válida? Uma pessoa que ganha R$ 2.000,00 no mês, sujeitando-se ao pagamento de R$ 150,00 a título de IRPF, não está na mesma situação jurídica de outra pessoa que auferiu os mesmos R$ 2.000,00, mas teve de restituí-los em razão da apropriação indevida: um recolhe o tributo como custo político para a manutenção legítima de R$ 1.850,00; o outro teria de recolher o mesmo tributo (R$ 150,00), mas não teria a sua disposição os mesmos R$ 1.850,00, além de sofrer as sanções penais pela mesma conduta (*bis in idem*). É notório que ambos não estão em "situações equivalentes".

9.4 Ofensa ao princípio da moralidade administrativa

Outro princípio elementar de um Estado Democrático de Direito é a *moralidade* sobre a qual deve pautar-se a administração do Estado. Em que pese a *polissemia* desse termo, a verdade é que sua previsão constitucional faz recair sobre o administrador o dever de demonstrar que sua atuação não ofende a moralidade administrativa, ou seja, trata-se de um princípio constitucional negativo, responsável não pela demonstração daquilo que se possa considerar *moral*, mas sim das situações verificadas, que, *in concreto*, devem ser reputadas *imorais*.

A existência abstrata ou concreta de um crime pressupõe a realização de uma conduta *imoral*, ainda que nem toda *imoralidade* possa, por si só, caracterizar um delito. A *secularização* do direito impõe à ciência penal a obrigação de instituir crimes somente diante de atos ofensivos aos valores fundamentais do indivíduo e da sociedade. Podemos afirmar, com base nisso, que a prática de *peculato* caracteriza crime, em primeiro lugar, porque uma lei específica prevê a possibilidade de punição (art. 312 do CP), mas essa lei só resta legitimada porque o peculato ofende princípios fundamentais do *pacto social democrático*. Um servidor público que desvia verbas públicas, em proveito próprio ou alheio, pratica ato de improbidade administrativa, porque, além de lesar o patrimônio da Administração Pública, está a ofender *os princípios gerais desta*. Prova disso é que a Lei n. 8.429/92, em seu art. 11, arrola os "atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública". Tais considerações são suficientes para que cheguemos à notória conclusão de que o apelante praticou uma *imoralidade* ao desviar as verbas públicas.

9.4.1 Imoralidade na tributação de produto de crime

Sendo isso correto, como admitir que o Estado, agora, pretenda cobrar

tributos incidentes sobre valores ilicitamente obtidos? Seria moral considerar que o Estado, ao cobrar tributo incidente sobre "dinheiro sujo", estaria lucrando com a prática do delito? A CF/88 determina, como vimos, a obrigação de *moralidade administrativa*, e isso faz com que o Estado, ao considerar como fato gerador do IRPF os valores ilicitamente (e imoralmente) obtidos pelo servidor, acabe por beneficiar-se com a torpeza alheia. Ou será que se pretende afirmar *moral* a obtenção de lucro com a prática do delito?! Cobrar imposto sobre os valores oriundos de peculato é uma prática administrativa que coloca o Estado ao lado do criminoso, na medida em que o aumento da arrecadação seria diretamente proporcional ao aumento da criminalidade. Daí que não se pode admitir, conclusão inevitável, que haja um crime de sonegação fiscal quando o tributo supostamente sonegado incida sobre valores que são obtidos com a prática de um crime.

Por todas essas razões, resta evidente a *atipicidade material* de sonegação fiscal quando o tributo supostamente sonegado incidir sobre valores obtidos de forma criminosa.

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a doze anos, e multa, para o crime de peculato em sua modalidade dolosa; se culposo o peculato, a pena de detenção, isoladamente cominada, é de três meses a um ano. Na hipótese de peculato culposo, configura-se infração penal de menor potencial ofensivo, da competência do Juizado Especial, sendo admitida transação penal. A ação penal é pública incondicionada, sendo irrelevante sua natureza dolosa ou culposa.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A manutenção da r. sentença absolutória é medida que se impõe se no decorrer da instrução criminal não restar demonstrado que o apelado tomou para si a propriedade de valores pagos por empresas à Infraero ou que deu aos referidos valores destinação diversa da exigida em proveito próprio ou alheio. Em face da ausência de prova robusta quanto à autoria, outra medida não se impõe a ser a aplicação do consagrado *princípio in dubio pro reo.* No Direito Penal Moderno não se admite condenação por mera presunção" (TRF – 1ª Região, Apelação 2002.33.00.003219-1/BA, Rel. Ney Bello, j. 11-12-2007).

"Peculato e concussão. Exasperação da pena-base em virtude do cargo de delegado exercido pelo paciente. Os crimes descritos nos arts. 312 e 316 do Código Penal são delitos de mão própria; só podem ser praticados por funcionário público. O legislador foi

mais severo, relativamente aos crimes patrimoniais, ao cominar pena em abstrato de 2 (dois) a 12 (doze) anos para o crime de peculato, considerada a pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos para o crime congênere de furto. Daí que o acréscimo da pena-base, com fundamento no cargo exercido pelo paciente, configura *bis in idem*. A Primeira Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 83.510, Rel. o Ministro Carlos Britto, fixou o entendimento de que a condição de Prefeito Municipal não pode ser considerada como circunstância judicial para elevar a pena-base. Substituindo o cargo de prefeito pelo de delegado, a hipótese destes autos é a mesma" (STF, HC 88.545/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 12-6-2007).

"Comete o crime previsto no art. 312, § 1°, do CP, o funcionário público municipal que, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava tal qualidade, subtrai dinheiro do DMAE, mediante o estratagema de adquirir remédio subsidiado com receita falsa, passando-o para terceiras pessoas e recebendo 50% do valor do mesmo. Condenação mantida. *Prova*. Ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza indispensável para sustentar uma condenação. Dúvida intransponível que deve ser resolvida em favor dos réus. Sentença confirmada" (TJRS, Apelação 70008241325, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 17-6-2004).

"Em se tratando de elementar do crime de peculato, é perfeitamente admissível, segundo o texto do art. 30 do Código Penal, a comunicação da circunstância da função pública aos coautores e partícipes do crime, inclusive quanto àquele estranho ao serviço público" (STJ, HC 30.832/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-3-2004).

"No peculato, a restituição do valor desviado não importa, por si só, no afastamento do *animus rem sibi habendi*, até porque, para a caracterização do tipo penal do art. 312, é irrelevante a efetiva obtenção da vantagem ilícita. Não há falar na incidência do art. 16 do CP, que trata da redução de pena em face de arrependimento posterior, quando a restituição da *res* apropriada é apenas parcial" (STJ, HC 18.032/RO, Rel. Hamilton Carvalhido, j. 3-6-2002).

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313. Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O legislador brasileiro de 1940 teve como paradigma o disposto no art. 316 do Código Penal italiano de 1930 para incluir previsão semelhante no nosso Código Penal de 1940, cuja Parte Especial, repetindo, continua em vigor. Essa figura típica tem sido denominada pela doutrina *peculato impróprio*. Sua impropriedade reside no fato de que, ao contrário do *peculato próprio*, o sujeito ativo, nessa figura, não tem previamente a posse

da *res* objeto material da infração penal. Na realidade, no peculato impróprio, o funcionário público, aproveitando-se do erro de outrem, apropria-se de dinheiro ou de qualquer outra utilidade recebidos no exercício do cargo.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, particularmente em relação a seu próprio interesse patrimonial e moral. A eficiência do Estado, como já destacamos, está diretamente vinculada à credibilidade, honestidade e probidade de seus agentes, pois a atuação do corpo funcional reflete-se na coletividade, influenciando decididamente na formação ético-moral e política dos cidadãos, especialmente no conceito que fazem da organização estatal. Em síntese, protege-se o interesse da Administração Pública relativamente à fidelidade e probidade dos agentes do Poder Público; mais do que nunca, agora sob a égide da Constituição Federal de 1988, reforça-se como objeto de proteção penal a *probidade administrativa* (art. 37 e incisos).

Secundariamente, são igualmente protegidos os *interesses patrimoniais* de quem, por erro, acaba entregando dinheiro ou qualquer outra utilidade ao funcionário público no exercício do cargo.

2.1 Objeto material

Por fim, o *objeto material* do peculato decorrente de erro de outrem — *dinheiro ou qualquer utilidade* — pode pertencer tanto à Administração Pública quanto à particular, desde que seja entregue ao sujeito ativo (funcionário público) *no exercício do cargo*. O que caracteriza esse tipo de peculato não é a natureza da titularidade do objeto material — pública ou privada —, mas a condição especial do sujeito ativo — funcionário público — que o recebe, por erro, no exercício de cargo público.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, ou aquele expressamente *equiparado* para fins penais, tratando-se, por conseguinte, de crime próprio. A condição especial *funcionário público, como elementar*

do crime de peculato, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de *coautor* ou *partícipe*, para a prática do crime, nos termos da previsão dos arts. 29 e 30, ambos do CP. É indispensável, contudo, que o particular (*extraneus*) tenha *consciência* da *qualidade especial* do funcionário público, sob pena de não responder pelo crime de peculato. Se o particular desconhecer essa condição, o seu *dolo* não estará abrangendo todos os elementos constitutivos do tipo, configurando-se o conhecido *erro de tipo*, que afasta a tipicidade da conduta. Nessa hipótese, o particular responderá por outro crime, consoante o permissivo contido no art. 29, § 2º, do Código Penal, que abriga a chamada *cooperação dolosamente distinta*.

3.2 Sujeitos passivos

Sujeitos passivos são o Estado e as entidades de direito público. Se o bem móvel — dinheiro ou outra utilidade — for particular, o proprietário ou possuidor desse bem também será sujeito passivo. Com essa infração o sujeito ativo lesa tanto bem jurídico pertencente ao erário público (dever funcional) quanto bem jurídico pertencente ao particular (patrimônio). Na verdade, *o Estado é sempre sujeito passivo primário* de todos os crimes, desde que o Estado evocou a si o monopólio do *ius puniendi*, daí o caráter público do direito penal que somente tutela interesses particulares pelos reflexos que sua violação acarreta na coletividade. Com efeito, a lei penal protege, em primeiro plano, o interesse da ordem jurídica geral, cujo titular é o Estado e, secundariamente, o interesse do particular.

4 Ausência do pressuposto do crime de peculato: *posse* prévia da "res"

Na hipótese do presente art. 313 — *peculato por erro de outrem* —, o *sujeito ativo* não dispõe previamente da *posse* do dinheiro ou da utilidade de que se apropria, ao contrário, estes lhe vêm às mãos por *erro* de terceiro: assim, o *funcionário público*, que não dispunha da posse previamente, aproveita-se do *erro* de outrem, que, indevidamente (erro ou equívoco), lhe entrega a *res*. Destaque-se, ademais, que tal *erro* não pode ter sido provocado pelo sujeito ativo, sob pena de alterar-se a figura típica, que já não será essa modalidade de peculato. Também nessa espécie de "apropriação", decorrente de erro de outrem, é necessário que o agente

possa ter *disponibilidade física* direta e imediata da coisa alheia — dinheiro ou utilidade.

4.1 No exercício de cargo público

O recebimento do dinheiro ou utilidade é insuficiente, por si só, para que essa infração se adeque ao tipo penal em exame, sendo necessário que esse recebimento, por erro, ocorra *no exercício* de *cargo público*, e não *em razão do cargo*, como é o caso do art. 312 antes examinado. Deve-se adotar o *princípio da taxatividade*, no exame dessa elementar típica. Nesse sentido, as locuções "no exercício do cargo" e "em razão do cargo" não têm o mesmo significado jurídico-penal, embora, por vezes, até possam *confundir-se*.

No entanto, o *funcionário público*, por exemplo, que estiver afastado do *efetivo exercício do cargo* — por licença, enfermidade, férias, ou, por qualquer razão, em disponibilidade —, que receber dinheiro ou utilidade decorrente de *erro* de outrem, praticará crime mais grave, como o estelionato, exemplificativamente — *mantendo* alguém em erro —, com a possível majorante do § 3º (art. 171). Certamente, em hipótese semelhante, o recebimento da *res* ocorre "em razão do cargo", embora não se encontre *no seu exercício*, que, fática e juridicamente, são coisas distintas e é exatamente essa especificação de linguagem, com a *preciosidade* de nosso vernáculo, que permite a perfeita adequação típica de condutas aparentemente semelhantes. Por fim, é necessário, ademais, que o funcionário público seja regularmente nomeado e empossado em cargo público, oficialmente.

5 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo da ação tipificada aqui no art. 313 é igual ao do art. 312, e tudo o que lá dissemos sobre o verbo nuclear aqui se aplica. A forma, contudo, como o sujeito ativo entra na posse da coisa ou objeto alheio (dinheiro ou utilidade) é diversa. Este não lhe é previamente confiado ou entregue licitamente, mas lhe vem às mãos por *erro de outrem*. A conduta, enfim, consiste em *apropriar-se* (apossar-se) de *dinheiro* ou qualquer outra *utilidade* que, no exercício do cargo, recebeu por *erro* de outrem, a exemplo do que ocorre no *peculato-apropriação*. A entrega pode ser efetuada por um *extraneus* ou mesmo por outro funcionário público (também no exercício de

seu cargo). A entrega e o recebimento têm origem no *erro* ou na *ignorância*, que, nessa hipótese, equivalem-se, para efeitos desta tipificação.

5.1 Má-fé subsequente

Na infração tipificada nesse dispositivo penal, o agente, no momento em que recebe o numerário ou qualquer utilidade, não está agindo de má-fé, exatamente por desconhecer as circunstâncias, ao contrário do que ocorreria se os recebesse *em razão do cargo*, estando dele afastado; contudo, posteriomente, constatando o engano ou *erro* de quem lhe fez a entrega ou pagamento e não procede à devolução do que, por ignorância ou erro, lhe foi entregue ou pago, apropria-se indevidamente, comprometendo o prestígio e a probidade da Administração Pública.

5.2 Erro de outrem não provocado

Erro pode ser entrega de uma coisa por outra, entregar ao funcionário errado, supor obrigação de entregar etc. Ao erro de quem paga ou entrega deve corresponder, em princípio, a boa-fé de quem recebe. Essa boa-fé não existiria, desde o primeiro momento, se o funcionário recebesse, em razão de cargo, mas do qual não se encontrasse no exercício: sabe, de imediato, que a vítima está incidindo em erro. Em outros termos, o erro pode incidir sobre a coisa entregue (dinheiro ou qualquer utilidade), sobre o funcionário a quem se entrega ou sobre o local ou a razão da entrega. É indispensável, no entanto, que tal *erro* seja espontâneo, e não provocado pelo sujeito ativo, e que ocorra em função do cargo ocupado por este. Em outros termos, se o agente induz a vítima a erro, o crime poderá ser o de estelionato; caso a vítima faça a entrega do objeto material mediante *exigência* do funcionário público, responderá este pelo delito descrito no art. 316 do CP. São pequenos detalhes que podem alterar profundamente a figura típica.

5.3 Objeto material: dinheiro ou qualquer outra utilidade

Dinheiro é a moeda corrente nacional que tem a finalidade de propiciar a aquisição ou pagamento de bens, serviços ou qualquer outra utilidade. *Utilidade* é tudo aquilo que sirva para consumo, uso, proveito econômico ou possa ser avaliado e apreciado economicamente. Tal *utilidade* requerida para essa infração penal — peculato em qualquer de suas modalidades — terá sempre e necessariamente natureza econômica.

5.4 Equiparação com estelionato: impropriedade

A velha doutrina falava, na hipótese dessa infração penal, em *peculato-estelionato*, isto é, o peculato consistia na apropriação de dinheiro ou qualquer outra utilidade em decorrência do *erro* de outrem: o sujeito apropria-se dessa vantagem indevida mantendo ou aproveitando-se do erro do sujeito passivo; estão presentes, em tese, as principais elementares do estelionato: a vantagem indevida, o potencial prejuízo de alguém, o erro e o ardil. No entanto, a despeito das semelhanças entre as duas figuras típicas, esta não se confunde com o *estelionato* porque, neste, a *indução a erro* é consequência da conduta do próprio agente, ao passo que no *peculato decorrente de erro de outrem* o sujeito ativo não concorre para ele: o dinheiro ou a utilidade vem-lhe às mãos por erro ou equívoco, sem a sua cooperação. O *erro* nessa modalidade de peculato não se confunde com o *erro* do crime de estelionato. Neste, o *erro* em que incorre a vítima é decorrência da atividade ardilosa do sujeito ativo, engendrado com artifícios ou ardis; ao passo que no *peculato mediante erro de outrem*, o erro nasce e aperfeiçoa-se na vítima, sem qualquer influência ou interferência do sujeito ativo.

Em síntese, nessa modalidade de peculato, a vítima não é constrangida como na concussão, nem enganada como no estelionato. Em decorrência do erro da vítima, a vantagem (dinheiro ou outra utilidade) lhe vem às mãos generosamente.

5.5 Recusa de devolução da coisa havida por erro

Caracteriza-se o crime, porém, quando o funcionário que recebeu a coisa (dinheiro ou qualquer utilidade) recusa-se a devolvê-la, depois de notificado (notificado no sentido de cientificado do erro, tomado ciência do equívoco). Ademais, é necessário que, repetindo, o funcionário tenha recebido a coisa no exercício de cargo público, e não em razão dele, pois, nesta hipótese, o crime poderia ser de *corrupção passiva*. Contudo, se o funcionário (sujeito ativo) incide em *erro* ao receber o objeto, também entregue em razão de erro (ou não), não se caracteriza o crime, por *ausência de dolo*, que é o elemento subjetivo informador dessa infração penal.

5.6 O erro como elementar típica

O recebimento do objeto material (dinheiro ou outra utilidade) dessa

modalidade de peculato decorre de *erro* de outrem, isto é, de quem faz a entrega. O *erro* pode recair sobre a coisa, sobre a obrigação ou sobre a quantidade da coisa devida (dinheiro ou qualquer utilidade) e, particularmente, sobre quem deva recebê-la. Nesse sentido, Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 354) já destacava que o *erro* pode incidir a) sobre a competência do funcionário para receber; b) sobre a obrigação de entregar ou prestar; c) sobre o *quantum* da coisa a entregar (a entrega é excessiva, apropriando-se o agente do excesso). Enfim, é indiferente a natureza ou espécie do *erro* que leva o sujeito passivo a entregar equivocadamente o valor ou utilidade a funcionário que não devia recebê-lo.

5.6.1 Irrelevância da causa do erro

É absolutamente irrelevante a *causa* do erro: ignorância, desconhecimento, confusão, desatenção etc., desde que, repetindo, tenha-se originado espontaneamente, sem qualquer intervenção provocativa do sujeito ativo. É indispensável, no entanto, que esse erro do sujeito passivo seja não só voluntário como também espontâneo, pois se decorrer de provocação do funcionário que recebe o objeto do equívoco — valor ou qualquer outra utilidade — poderá tipificar o crime de *concussão* ou uma das figuras de *estelionato*, dependendo das circunstâncias fáticas.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade de apropriar-se daquilo que recebeu por erro de outrem. O dolo, no entanto, deve apresentar-se em momento posterior ao recebimento, quando, normalmente, o sujeito ativo encontra-se de boa-fé. Dizer, contudo, que o dolo deve apresentar-se em momento posterior, não significa que seja *dolus subsequens*, o qual não admitimos como possível, pois na verdade o dolo é concomitante ao momento da apropriação da *res*, que é, evidentemente, posterior ao recebimento. Deu para entender, acreditamos. O dolo, afinal, é atual, isto é, coincidente com o momento da "apropriação".

Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto. Não há, tampouco, previsão de modalidade culposa.

7 Consumação e tentativa

7.1 Consumação

O momento consumativo dessa modalidade de peculato, a exemplo do previsto no artigo anterior, é de difícil precisão, pois depende, em última análise, de uma *atitude subjetiva* do sujeito ativo. Consuma-se o crime com a *efetiva apropriação* do objeto material (dinheiro ou qualquer utilidade), ou seja, quando o funcionário público torna seu o patrimônio que recebeu, no exercício do cargo público, por erro de outrem, sendo irrelevante o prejuízo efetivo para a Administração Pública. A apropriação do bem público, no entanto, não se materializa apenas num momento subjetivo, necessitando de um fato exterior que constitua um ato de domínio e revele o propósito de apropriar-se. A exteriorização da vontade do agente, consumadora desse tipo de peculato, revela-se com a retenção, ignorando a notificação ou pedido de sua devolução por quem de direito.

Solicitada a devolução, e desatendida pelo funcionário público, consuma-se o crime, ficando caracterizado o ato demonstrativo de disposição de coisa alheia como própria. Se, no entanto, o agente não manifesta a intenção de ficar com a *res*, e, ao contrário, constatado o *erro* a restitui à repartição ou a quem lhe entregou por erro, de pronto, o dolo não se aperfeiçoa.

7.2 Tentativa

Tratando-se de crime material, a *tentativa* é possível, embora de difícil configuração. A despeito da dificuldade de sua comprovação, a identificação da *tentativa* fica na dependência da possibilidade concreta de se constatar a exteriorização do *ato de vontade* do sujeito ativo.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de um a quatro anos, e multa. A ação penal é de natureza pública incondicionada, não sendo exigida qualquer manifestação do ofendido ou representante legal. Admite-se a transação e a suspensão condicional do processo em razão de a pena mínima abstratamente cominada não ser superior a um ano (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Afastada a hipótese de peculato mediante erro de outrem. No delito descrito no art. 313 do Código Penal, a entrega da vantagem indevida deve ser feita espontaneamente pela vítima. No caso concreto, o comportamento do réu foi decisivo para receber o proveito criminoso. Não houve espontaneidade e sim indução. Se num primeiro momento a vítima pensava dever ao Fisco, cabia ao réu esclarecer que sua dívida era tão ínfima que sequer seria cobrada. Mas, aproveitando-se da ingenuidade da ‘presa fácil’ que aparentava ser a viúva Luci, mentiu-lhe acerca dos valores e se mostrou solícito em prestar seus serviços para ‘quitar’ o débito” (TRF – 3ª Região, Apelação 2003.03.99.025065-8, Rel. Johonsom Di Salvo, j. 13-2-2007).

“O peculato é denominado crime próprio, pois exige a condição de funcionário público como característica especial do agente – condição que é de caráter pessoal, elementar do crime e que se comunica ao paciente, por ele ter conhecimento de que sua ex-esposa era funcionária pública. Não há constrangimento ilegal na denúncia do paciente pela prática, em tese, de peculato mediante erro de outrem, pois, embora não fosse funcionário público, a condição da ex-mulher – por ser elementar do crime – foi a ele comunicada. O concurso material dos crimes de peculato e de apropriação indébita é, em princípio, neste caso, específico, possível – pois os autos revelam que a conta onde foram depositados os valores indevidos permaneceu na titularidade conjunta do paciente e sua ex-esposa, funcionária pública, durante um período, e na titularidade exclusiva do paciente, durante outro período” (STJ, RHC 12.506/MG, Rel. Gilson Dipp, j. 17-9-2002).

“Peculato mediante erro de outrem. Rejeição da denúncia. A modalidade do art. 313, CP, não se perfaz quando inexistiu equívoco relativo ao montante pago, omitindo-se, consciente e reiteradamente, descontos impostos por lei orgânica municipal. Ainda que ocorrente erro na transferência de dinheiro ou qualquer utilidade, só se consubstancia apropriação, por parte de quem os recebeu, se recusa devolvê-los, embora notificado” (TJRS, Apelação 695069294, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 3-8-1995).

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.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, introduziu, dentre outras figuras penais, a presente infração, com o objetivo de criminalizar a conduta de

funcionário público consistente na inserção de dados falsos, alteração ou exclusão indevidas de 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. O projeto da referida lei previa, originalmente, a mesma infração penal, limitada, porém, à *previdência social*, consoante se depreende do seguinte texto: *inserir o funcionário autorizado ou facilitar a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da previdência social com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano à essa instituição*.

Com o estrondoso progresso da tecnologia e, por consequência, a invasão e consagração da informática, as organizações públicas e privadas passaram a adotar universalmente os microprocessadores e microcomputadores, que passaram a ser a base de qualquer corporação, independentemente de suas importâncias e dimensões política, social ou econômica. No entanto, a popularização da informática facilitou seu uso também pelos particulares e, com a mesma eficiência que possibilita a estruturação dos serviços das grandes instituições, especialmente nas administrações públicas, torna-as também vulneráveis a todo tipo de pirataria, com riscos de produção de danos incalculáveis. Essas facilidades tanto para administrar quanto para fraudar, propiciadas pela informatização em massa, serve de justificativa para criminalizar condutas como a descrita no artigo ora em exame.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente a probidade administrativa, não diferindo muito da proteção objetivada pela criminalização do peculato tipificado no art. 312, enfatizando-se principalmente a sua organização e eficiência, indispensáveis para atingir os desideratos a que se propõe.

Em sentido estrito, o bem jurídico tutelado *é a segurança do conjunto de informações da Administração Pública*, especialmente seu sistema informatizado que somente pode ser manuseado, modificado ou alimentado por funcionários devidamente autorizados e nos limites expressamente permitidos. Exatamente por isso pune-se o funcionário que, autorizado a manusear esses dados informatizados, adultera-os, seja incluindo dados

falsos, seja excluindo ou alterando indevidamente dados corretos.

2.1 Objeto material: dados verdadeiros dos sistemas informatizados

Do exposto, resulta absolutamente claro que o objeto material dessa infração penal são os *dados verdadeiros* dos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública em geral. Os *dados falsos*, a nosso juízo, não podem ser considerados como objeto material porque não recebem a proteção penal, sendo apenas consequências da conduta proibida que se pretende evitar.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, e especialmente aquele devidamente autorizado a trabalhar com a informatização ou sistema de dados da Administração Pública. O tipo penal, que tipifica crime próprio, tem o especial cuidado de destacar que o sujeito ativo dessa infração penal é o *funcionário autorizado*, afastando, dessa forma, qualquer outro funcionário que, eventualmente, imiscuir-se indevidamente nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública.

Assim, o funcionário público não autorizado somente poderá concorrer para esse crime na forma do art. 29; caso contrário, deverá responder por outra infração penal.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), além das demais pessoas jurídicas descritas no art. 327, § 1º, do CP, e, eventualmente, qualquer cidadão que possa resultar lesado por essa conduta delituosa.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são: a) *inserir* (introduzir, incluir, alimentar o sistema) ou *facilitar a inserção* (tornar possível, fácil, permitir), ou seja, que outrem insira *dados falsos;* b) *alterar* (mudar, modificar) ou *excluir* (retirar, eliminar, remover), indevidamente, dados corretos dos sistemas

informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Qualquer das condutas tem de demonstrar a finalidade específica de *obter vantagem indevida* para si ou para outrem ou, simplesmente, *causar dano*.

Inegavelmente, o projeto em sua redação original, como destacamos, limitava-se a criminalizar as mesmas condutas relativamente ao *sistema previdenciário*. A redação final, que resultou no atual texto legal, ampliou seu espectro para abranger toda a Administração Pública, direta e indireta. As duas primeiras condutas — *inserir* ou *facilitar a inserção* — têm por objeto o *dado falso*, isto é, desconforme com a realidade, numa espécie de *falsidade ideológica*, como a descrita no art. 299. Com efeito, a *falsidade* versa sobre o conteúdo do *dado* e, a exemplo da falsidade ideológica, basta a *potencialidade de dano* para caracterizar o crime. O dano, se efetivamente sobrevier, representará somente o exaurimento do crime. O *dado falso* inserido no sistema informatizado da Administração Pública sob seu aspecto formal é verdadeiro, isto é, existente, real e efetivo, mas *seu conteúdo é falso*, ou seja, a ideia ou declaração que o dado contém não corresponde à verdade.

4.1 Facilitar sua inserção

Na modalidade de "facilitar sua inserção", o sujeito ativo da infração penal, isto é, o *funcionário público autorizado*, não realiza pessoalmente a infração legal, mas utiliza-se de interposta pessoa, que pode ou não ser funcionário público, no caso, não autorizado a operar os dados informatizados da Administração Pública. Esse terceiro pode ou não ter consciência de que contribui para a prática de um ato ilegal; se o tiver, responderá pelo mesmo crime em razão da ampliação da adequação típica determinada pelo art. 29 do Código Penal (concurso eventual de pessoas). Se ignorar, contudo, que concorre para a prática de infração legal, será mero instrumento utilizado pelo verdadeiro *autor* (autoria mediata) para a prática do crime, não passando ele de mero *executor*, que não responde pelo fato por faltar-lhe o dolo, que é o elemento subjetivo do crime.

4.2 Alterar ou excluir dados corretos

As duas últimas condutas — *alterar* ou *excluir* — têm por objeto *dados corretos* dos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Nessas duas hipóteses, as informações verdadeiras é que são substituídas ou excluídas dos sistemas informatizados. Substancialmente

não há muita diferença entre inserir dados falsos ou alterar ou excluir dados verdadeiros, afora a preocupação com o princípio da taxatividade "fechando" todas as alternativas possíveis, de forma a evitar qualquer alteração nos referidos dados — seja com inserção de conteúdos falsos ou alteração/supressão de dados verdadeiros; tanto uma forma quanto outra tipificará igualmente a infração descrita no dispositivo em exame.

4.3 Somente alteração ou exclusão indevidas

No entanto, nestas duas últimas figuras — *alterar* ou *excluir* — há uma outra peculiaridade: somente se está proibindo a alteração ou a exclusão *indevidas*. Indevida será toda e qualquer alteração ou exclusão não permitida em lei, não autorizada, ou seja, contrárias à ordem jurídica. Significa dizer que pode haver alteração ou exclusão autorizada, permitida, isto é, devida. Nessas hipóteses, não configurará a elementar exigida pelo tipo penal, quando tais condutas forem executadas de acordo com permissivo legal, estatutário ou regulamentar.

4.4. Obtenção de vantagem indevida: elemento normativo

Afinal, qual é a natureza da *vantagem*? Será somente a *econômica* ou poderá ser *vantagem de qualquer natureza*? Como o tipo penal não define essa questão, é indispensável que se encontre dentro do próprio sistema do Código Penal qual pode ser a natureza dessa vantagem. Preliminarmente, não podendo esquecer que o Código Penal ora usa *indevida vantagem*, ora *indevida vantagem econômica* e, por vezes, simplesmente *qualquer vantagem indevida*. Certamente essa variedade terminológica não se apresenta desacompanhada de fundamento políticojurídico, ou seja, de um modo geral, o grande cuidado metodológico e o esmerado tecnicismo do legislador de *1940 indicam que a opção por uma ou outra locução sempre foi fundamentada e encerra o verdadeiro sentido que o então legislador lhes quis atribuir.*

Os tipos penais, desde a contribuição de Mayer, não raro, trazem em seu bojo determinados *elementos normativos*, que encerram um *juízo de valor*. Convém destacar, no entanto, como tivemos oportunidade de afirmar, que "os *elementos normativos do tipo* não se confundem com os *elementos jurídicos normativos da ilicitude*. Enquanto aqueles são elementos constitutivos do tipo penal, estes, embora integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do

fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude. Esses *elementos especiais da ilicitude*, normalmente, são representados por expressões como ‘indevidamente’, ‘injustamente’, ‘sem justa causa’, ‘sem licença da autoridade’ etc.” (Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, 2008, v. 1, p. 383).

Quando o legislador quer limitar a espécie de vantagem usa o elemento normativo *indevida, injusta, sem justa causa*, que normalmente são locuções empregadas como sinônimas. A *vantagem* exigida pelo tipo penal tem de ser injusta, ilegal, isto é, *indevida*. Se for justa a vantagem pretendida pelo funcionário falsário, estará afastada a figura de inserção de dados falsos em sistema de informações, podendo configurar outro crime, como, por exemplo, exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), residualmente, se não houver outra figura mais grave. Quando a lei quer limitar a espécie de vantagem, usa o elemento normativo *indevida, injusta, sem justa causa, ilegal*, como destacamos em inúmeras passagens no volume 3º do *Tratado*, ao examinarmos os crimes contra o patrimônio.

4.5 Natureza da vantagem indevida

Finalmente, questão interessante a analisar ainda neste tópico refere-se à natureza da vantagem indevida. Contrariamente ao que fez o legislador em alguns dispositivos deste Código, como, por exemplo, ao definir o crime de extorsão (art. 158), estabeleceu que a finalidade era obter *indevida vantagem econômica*. Poderia tê-lo feito, não o fez, e, certamente, não terá sido por esquecimento. Preferiu, no entanto, adotar a locução *vantagem indevida*, sem definir sua espécie, provavelmente para não restringir seu alcance.

Coerente com o entendimento que adotamos ao longo de toda esta obra, sempre comprometidos com a segurança dogmática da tipicidade estrita, naquela linha que Magalhães Noronha gostava de repetir, de que “a lei não tem palavras inúteis”, mas também não admite — acrescentamos nós — a inclusão de outras não contidas no texto legal. Por isso, mesmo contrariando a maioria da doutrina, de que a vantagem indevida pode consistir em qualquer utilidade, econômica ou não, pouco importando a forma de exigência.

5. Inserção de dados falsos em sistemas de informações e

estelionato

Falava-se, na hipótese do *peculato impróprio* (art. 313), também em *peculato-estelionato*, isto é, o peculato consistia na apropriação de dinheiro ou qualquer outra utilidade em decorrência do *erro* de outrem: o sujeito apropria-se dessa vantagem indevida mantendo ou aproveitando-se do erro do sujeito passivo; estariam presentes, em tese, as elementares do estelionato. No entanto, a despeito das semelhanças entre as duas figuras típicas, esta não se confunde com o *estelionato*, porque, neste, a *indução a erro* é consequência da conduta do próprio agente, ao passo que no *peculato decorrente de erro de outrem* o sujeito ativo não concorre para ele: o dinheiro ou a utilidade vem-lhe às mãos por erro ou equívoco, sem a sua cooperação. O *erro* nessa modalidade de peculato não se confunde com o *erro* do crime de estelionato, conforme destacamos no capítulo anterior.

5.1 Equiparações desautorizadas

Parte da doutrina tem insistido em comparar a infração penal descrita neste art. 313-A não só com o denominado *peculato impróprio* (art. 313), como também novamente com o *crime de estelionato*. Nesse sentido, sustenta Guilherme Nucci (*Código Penal comentado*, p. 981-2): "a criação desse novo tipo penal, incluindo-o a Lei 9.983/2000 no contexto do peculato, equivale a compará-lo com o peculato impróprio ou o peculato-estelionato".

No capítulo anterior, com efeito, onde admitimos o crime de *peculato mediante erro de outrem* como *peculato impróprio*, afastamos toda e qualquer possibilidade de ser confundido com o crime de *estelionato*, que exige outras elementares típicas que não se fazem presentes no *peculato impróprio* (art. 313) e, muito menos, no crime de *inserção de dados falsos em sistema de informações* (art. 313-A). No *peculato impróprio*, o texto legal nem sequer menciona a exigência de *vantagem indevida* (ilícita) e muito menos *prejuízo alheio*. Aliás, não há falar em crime de *estelionato* sem a produção de *prejuízo* efetivo a alguém, e o crime de *inserção de dados falsos em sistema de informações* pode configurar-se sem a produção de *prejuízo*, tratando-se, pois, de *crime formal*, enquanto o *estelionato* é crime material no qual o resultado integra o próprio tipo penal.

5.2 Dessemelhanças com o estelionato

As diferenças do crime em exame com o *estelionato* não param por aí. Com efeito, a configuração do crime de estelionato exige a presença dos seguintes requisitos fundamentais: 1) emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; 2) induzimento ou manutenção da vítima em erro; 3) obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro). Examinando o crime de *estelionato*, tivemos oportunidade de fazer a seguinte síntese (*Tratado de Direito Penal*, 2005, v. 3, p. 278): "No estelionato, há dupla *relação causal*: primeiro, a vítima é enganada mediante fraude, sendo esta a *causa* e o engano o *efeito*; segundo, nova *relação causal* entre o erro, como causa, e a obtenção de vantagem ilícita e o respectivo prejuízo, como efeito. Na verdade, é indispensável que a vantagem obtida, além de ilícita, decorra do erro produzido pelo agente, isto é, que aquela seja consequência desta. Não basta a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem ilícita e prejuízo patrimonial. Ademais, à vantagem ilícita deve corresponder um prejuízo alheio".

Como se constata, enfim, essas elementares do estelionato não integram o tipo penal de *inserção de dados falsos em sistemas de informações*, que está mais para o crime de *falsum* do que para estelionato.

5.3 Natureza da finalidade especial

O *fim especial* de "obter vantagem indevida" constante do art. 313-A, ora em exame, constitui somente o *elemento subjetivo especial do injusto* que nem sequer precisa concretizar-se, bastando que exista como fundamento da motivação subjetiva do agente para a prática do crime, ao passo que no *crime de estelionato* — a exigência de "vantagem ilícita" — é da essência do crime. Com efeito, "a conduta nuclear, por excelência, está representada pelo verbo 'obter', isto é, conseguir proveito ou vantagem ilícita em razão de *engano* provocado no ofendido. Para a configuração do estelionato é indispensável que o agente obtenha proveito indevido em prejuízo alheio. Exige o tipo penal a produção de duplo resultado (vantagem ilícita e prejuízo alheio)".

6. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas tipificadas de inserir ou facilitar a inclusão

de dados falsos, ou, ainda, alterar ou excluir indevidamente dados corretos dos sistemas informatizados da Administração Pública.

Exige-se a presença do *elemento subjetivo especial do injusto*, qual seja o *especial fim* de obter *vantagem indevida* para si ou para outrem ou simplesmente de *causar dano*. É desnecessário que a vantagem seja obtida; basta que exista subjetivamente como condutora do comportamento do sujeito ativo.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *alteração de dados informáticos*, em quaisquer de suas modalidades, com a simples prática de qualquer das condutas descritas no dispositivo, independentemente de o sujeito ativo obter eventual vantagem indevida ou resultar dano de qualquer natureza. Enfim, finalidade específica, como especial fim de agir, não precisa concretizar-se.

A tentativa, a despeito de tratar-se de crime formal, é, teoricamente, possível em todas as figuras tipificadas, por tratar-se de infração penal cuja fase executória admite fracionamento.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a doze anos, e multa. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Inserção de dados falsos em sistema informatizado — princípio da especialidade — Fato único — Conflito aparente de normas — Estelionato. Não pode um único fato estar adequado a mais de uma norma incriminadora. Estagiário de Ciretran que mediante pagamento opera registros de transferência de veículos, no sistema informatizado, dispensando a comprovação do recolhimento do respectivo tributo. Crime tipificado no art. 313-A do Código Penal, não obstante a conduta também esteja amoldada a outros tipos penais, como as corrupções ativa e passiva, gerando conflito aparente de normas. Prevalece a primeira conduta típica, em face do princípio da especialidade" (TJRS, Apelação 70019697341, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 1º -11-2007).

"Afastamento da tese de aplicação do art. 313-A no período de *vacatio legis*, se ... o fato capitulado no citado art. 313-A do Código Penal, acrescentado pela Lei 9.983/2000, encontra-se descrito a partir do 29º fato, ocorrido em maio de 2002, de modo que todas as condenações por esse artigo alcançaram apenas os fatos ocorridos após o advento da referida Lei" (STJ, REsp 810.931/RS, Rel. Gilson Dipp, j. 19-6-2007).

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.

— *Caput* acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

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.

— Parágrafo único acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Este dispositivo também foi inserido no atual Código Penal pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, que no projeto original (n. 933-A) era tipificado como uma espécie *sui generis* de prevaricação (art. 319-A), embora o *nomen juris* fosse basicamente o mesmo deste art. 313-B.

Nos tempos atuais a utilização da informática passou a ser indispensável em qualquer atividade pública ou privada, sendo necessário, por evidente, que o próprio direito penal fosse chamado a coibir a prática de determinadas condutas, ante os graves danos e irreparáveis prejuízos que o seu mau uso pode produzir na sociedade, agigantando-se na mesma proporção da grandeza das instituições, públicas ou privadas, nacionais ou internacionais. Por outro lado, a facilidade do uso lícito dessas máquinas está diretamente ligada à facilidade também de sua adulteração, modificação ou simples alteração, que precisa ser eficazmente combatida.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, particularmente a probidade administrativa; mais precisamente é o interesse em assegurar o regular funcionamento do Estado-Administração, principalmente seu patrimônio, bem como o do administrado, além de garantir o prestígio que os seus atos devem desfrutar perante a coletividade.

2.1 Objeto material: sistema de informações e de informatização

O objeto material da proteção penal é o sistema público de informações e seu programa de informatização, o qual, na era da informática, passa a desfrutar de extraordinária importância, tornando-se, por isso mesmo, merecedor dessa proteção.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser qualquer funcionário público; nesse caso, ao contrário do dispositivo anterior, não precisa ser aquele devidamente autorizado a trabalhar com a informatização ou sistema de dados da Administração Pública. Em outras palavras, qualquer funcionário público que faça uso de computador no exercício de sua atividade funcional, mesmo não autorizado, pode, em princípio, praticar a infração do dispositivo em exame. É perfeitamente possível a participação do *extraneus*, via concurso eventual de pessoas (art. 29).

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado-Administração, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, especialmente em seus sistemas informatizados, e, eventualmente, qualquer cidadão que possa resultar lesado em decorrência da violação do sistema penalmente protegido.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas descritas no núcleo do tipo estão representadas pelos verbos modificar e alterar: a) *modificar* (transformar, dar novo conteúdo, "produzir" de forma distinta etc.); b) *alterar* (mudar, dar nova configuração, modificar o acesso etc.) o sistema de informações ou programa de informática da Administração Pública. Em outros termos, *modificar* significa uma radical transformação no programa ou sistema de informações da Administração Pública, ao passo que *alterar*, embora também represente "modificação" em dito programa, não atinge a mesma profundidade, ou seja, não chega a alterar a sua essência, mantendo suas propriedades fundamentais. No mesmo sentido é o entendimento externado

por Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 479), que sustenta: "a ação de modificar expressa uma transformação radical no programa ou no sistema de transformações, enquanto na alteração, embora também se concretize uma mudança no programa, ela não chega a desnaturá-lo totalmente". A primeira conduta, com efeito, dá nova forma ao sistema ou programa, ao passo que a segunda tem o sentido de manter o sistema ou programa anterior, embora alterado em sua forma original.

4.1 Objeto material

O tipo penal estabelece como objeto material o *sistema de informações* e o *programa de informática* utilizado pela administração pública. O sistema de informações, define Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 480), "é um conjunto de programas integrado regularmente para permitir com o máximo de rapidez e eficiência um processo de captura, armazenamento, resumo e relato de informações úteis ao exercício funcional do usuário, que, no caso, é a Administração Pública". E *programa de informática* é o *software* que possibilita ao computador transformar-se em "depositário e repositório de dados", informações, elementos, constituindo um sistema de armazenagem de dados, facilitando a realidade complexa da vida moderna em qualquer atividade.

4.2 Elemento normativo especial: sem autorização ou solicitação de autoridade competente

Sem autorização ou solicitação de autoridade competente constitui elemento normativo especial da ilicitude, que, por sua sede, antecipa o exame da própria ilicitude da conduta, que passa a ser examinada já no âmbito da tipicidade penal. A falta de autorização ou solicitação não representa mera irregularidade administrativa, mas constitui a própria ilicitude da conduta, representando um elemento normativo constitutivo negativo do tipo penal. Deve-se destacar que os elementos normativos do tipo (alheia, honesto, obsceno etc.) não se confundem com os elementos jurídico-normativos da ilicitude. Enquanto aqueles são elementos constitutivos do tipo penal, estes, embora também integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude, e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude. Esses elementos normativos especiais da ilicitude são, normalmente, representados por expressões como

“indevidamente”, “injustamente”, “sem justa causa”, “sem licença da autoridade”, “sem autorização legal” ou mesmo “não autorizado por lei” etc.

Enfim, qualquer das condutas — *modificar* ou *alterar* — deve ser realizada *sem autorização* ou solicitação de autoridade competente. Significa dizer que a existência de autorização ou solicitação de autoridade competente não só afasta eventual ilicitude da conduta, como também afasta a própria tipicidade. Sintetizando, como o *dolo* deve abranger todos os elementos que compõem a figura típica, e se as características especiais do dever jurídico forem elemento determinante da tipicidade concreta, como é o caso, a nosso juízo, o *erro* sobre elas deve ser tratado como *erro de tipo*, excluindo, logicamente, a tipicidade.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de praticar qualquer das condutas tipificadas, quais sejam modificar ou alterar programas de informações ou de informática da Administração Pública. Nesta infração penal não há a exigência da presença de elemento subjetivo especial do injusto, representado por um *fim especial*, como no dispositivo anterior, que exige o fim específico de obter vantagem indevida ou, simplesmente, causar dano.

6 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime próprio* (que exige qualidade ou condição especial do sujeito ativo, no caso, somente funcionário público); *formal* (crime que se consuma com a simples prática da conduta descrita no tipo, não exigível a superveniência de qualquer resultado concreto); *instantâneo* (a execução não se alonga no tempo, ocorrendo em momento determinado); *comissivo* (os dois verbos nucleares implicam ação, não sendo possível a execução sob a forma de omissão); *unissubjetivo* (o crime pode ser praticado por uma pessoa, embora admita o concurso eventual de pessoas); *plurissubsistente* (crime que em sua fase executória admite fracionamento).

7 Consumação e tentativa

Consuma-se a modificação ou alteração do sistema de informações com

a simples prática de qualquer das condutas descritas no dispositivo, desde que sem autorização ou solicitação de autoridade competente, não sendo necessária a produção de dano algum à Administração Pública.

A tentativa é, teoricamente, possível, desde que haja interrupção da fase executória, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

8 Causa de aumento: produção de dano

Se da ação praticada, qualquer delas, resultar dano para a Administração Pública ou para terceiro, as penas serão aumentadas de um terço até metade. Pune-se de forma especial o resultado concreto da infração penal, que, na hipótese, configura o exaurimento "qualificado" da conduta delituosa.

Se o crime for praticado por ocupante de cargo 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, a pena será aumentada de um terço, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de três meses a dois anos, e multa. Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, sendo, portanto, da competência do Juizado Especial Criminal, admitindo-se, por conseguinte, a *transação penal*. A ação penal é pública incondicionada, não sendo exigível qualquer manifestação da parte ofendida.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

Art. 314. Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Embora a doutrina, de um modo geral, cite a previsão do art. 255 do Código Penal argentino, quer-nos parecer que esse dispositivo deve ser analisado com grande cuidado, pois também guarda muita semelhança com o disposto no art. 356 do nosso Código Penal, especialmente se observarmos a *finalidade probatória* exigida pelo Código argentino, como os possíveis sujeitos ativos (dessa infração penal), destoando da previsão do nosso dispositivo a seguir examinado, afora o fato de referido dispositivo argentino prever também a modalidade culposa, ao contrário da previsão brasileira. Os verbos nucleares também são diferentes. Parece, no entanto, que os tratadistas brasileiros não perceberam essas diferenças; pelo menos, a elas não se referiram. Parece-nos que se deve trabalhar melhor a prescrição do art. 255 do Código Penal argentino quando aborda o art. 356 do diploma legal brasileiro.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente a probidade administrativa. A finalidade da tutela penal é a preservação do regular funcionamento da Administração Pública, particularmente garantir a integridade e idoneidade de livros oficiais e documentos confiados a funcionário público em razão de seu cargo.

O objeto material é livro oficial ou qualquer documento público ou privado. Essa documentação pode ser de qualquer natureza, tais como de valor histórico, contábil, patrimonial, registral, protocolar etc. O objeto material da ação caracteriza-se, segundo profetizava Sebastian Soler (*Derecho Penal argentino*, p.154), por constituir-se de "meios substancialmente necessários para o exercício de um ato de autoridade, administrativo, legislativo ou judicial, com o que se excluem os objetos que o Estado tem como patrimônio". Isso não impede, porém, que o objeto material da ação possa ter valor patrimonial. Livro ou documento, aqui exigido, distingue-se, convém destacar, de documentos de valor probatório, recebido por alguém na condição de advogado ou procurador, que configurará o crime previsto no art. 356 do Código Penal (sonegação de documento ou objeto de valor probatório).

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, ou aquele expressamente a este equiparado para fins penais, que tenha a guarda de livro oficial ou de documento em razão do cargo. Somente este pode ser sujeito ativo deste crime. É admissível a participação de terceiro, via concurso eventual de pessoas.

Se o sujeito for um particular, estranho à Administração Pública, o crime cometido será aquele do art. 337 (subtração ou inutilização de livro ou documento) e não este descrito no art. 314, a menos que tenha concorrido com o funcionário público responsável, sendo alcançado pelo disposto no art. 29 do CP. A falta da condição especial de funcionário público poderá — observada a presença das demais elementares típicas — configurar o crime previsto no art. 337 do CP (crime praticado por particular contra a Administração Pública).

3.2 Sujeitos passivos

Sujeitos passivos são o Estado e as entidades de direito público, como regra geral. Se o particular, de alguma forma, também for lesado com o extravio, a inutilização ou a sonegação de livro oficial ou de qualquer documento, será incluído como sujeito passivo direto, o que pode ocorrer, por exemplo, quando o objeto material lhe pertença.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas típicas alternativamente descritas são: a) *extraviar* (perder) livro oficial ou qualquer outro documento (protocolos, pareceres, plantas, relatórios etc.), de que tem a guarda em razão de cargo; b) *sonegá-lo* (deixar de apresentar); c) *inutilizá-lo* (torná-lo imprestável), total ou parcialmente.

4.1 Entendimento doutrinário clássico

A antiga doutrina ao examinar a conduta de *extraviar*, a começar por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 336), adotava a seguinte orientação: “extraviar é desencaminhar, desviar do destino”; Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 239): “extravio é desvio, descaminho e mudança de destino ou fim”; Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 403): “extraviar (desencaminhar, fazer desaparecer)”; Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 457): “extraviar é desviar do

destino, é desencaminhar"; Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 146): "extraviar quer dizer desencaminhar, desviar, alterar a sua destinação". Mais recentemente, pode-se dizer que parte da nova geração de penalistas, pelo menos, continua trilhando o mesmo caminho: Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 383): "extraviar expressa a ideia de desencaminhar, de desviar destino, de desaparecimento"; Guilherme Souza Nucci (*Código Penal comentado*, p. 984): "extraviar é fazer com que algo não chegue ao seu destino", que, em outras palavras, quer dizer a mesma coisa, desencaminhar, desviar do destino".

4.2 Entendimento doutrinário recente

Constata-se que se passaram décadas daquela primeira e sintética afirmação de Hungria — *extraviar é desencaminhar, desviar do destino* —, correta ou incorreta, não interessa aqui fazer juízo de valor, importando apenas constatar que se continua a adotar exatamente a mesma definição, com o mesmo sentido, sem aquela reflexão mínima, recomendável, ao menos, pelo passar dos anos. Recusamo-nos a seguir nesse caminho; precisamos reinterpretar o velho Código Penal, em respeito à nova ordem democrática e, especialmente, ao princípio da tipicidade estrita de novos tempos de Estado Democrático de Direito.

4.3 Nossa interpretação sobre "extraviar"

Extraviar, a nosso juízo, é perder, é não saber onde se guardou, arquivou ou protocolou; *extravio* é produto de descuido, de desatenção, de desleixo no trato da coisa pública, *in casu*, de livro oficial ou qualquer documento de que o funcionário tem a guarda em razão do cargo. Em outros termos, *extraviar* é negligenciar no dever de cuidado que incumbe ao funcionário público no exercício do cargo. Logo, a definição que sempre se deu à conduta de "extraviar" é equivocada e fere o *princípio da reserva legal* (além de configurar autêntica *responsabilidade penal objetiva*, como veremos). Com efeito, "desencaminhar" ou "desviar do destino" — definição da velha doutrina — é dar destinação diferente daquela que na realidade deveria ter; é utilizar mal, é dar uma finalidade inadequada ou imprópria, e jamais poderá confundir-se com o simples extravio, que implica conduta omissiva.

Extraviar — na nossa concepção — significa *desconhecer* seu paradeiro, *ignorar* a sua localização, não saber onde se encontra o objeto material,

perdê-lo, enfim, é não ter como localizá-lo. A afirmação de Regis Prado de que perdura o extravio "enquanto o agente entender que o livro ou documento deva permanecer extraviado" encerra, a nosso juízo, uma espécie de *dolo subsequente*, inadmissível em direito penal, pois o *dolo* deve ser contemporâneo à ação típica, e nunca posterior. Ademais, *manter-se extraviado* enquanto o agente o desejar, desnatura a ação de *extraviar*, que se caracteriza no momento em que o objeto é procurado e não é encontrado, em que sua busca resulta inexitosa, mas isso ocorre exatamente por desconhecer seu paradeiro e não por não querer encontrá-lo ou desejar que continue "extraviado", como sustentam alguns.

4.3.1 Extraviar: natureza omissiva

Para concluir essas considerações críticas, cabe uma última interrogação: afinal, qual seria a verdadeira razão que teria levado a velha doutrina a adotar uma interpretação tão distante do real significado da conduta "extraviar"? Considerando o elevadíssimo nível de nossos mais respeitados penalistas, socorre-nos somente um fundamento: tem cunho dogmático e foi intencional: *extraviar* tem natureza intrinsecamente *omissiva* e encerra um ato negligente! Em outros termos, como ninguém (os penalistas) ignora o princípio da excepcionalidade do crime culposo, tampouco desconhece o sentido culposo que decorre desse verbo nuclear — ao contrário do mencionado similar argentino — e a clara equiparação das condutas — extraviar, sonegar e inutilizar — contidas no tipo penal, que descreve crime de conteúdo variado, o velho e matreiro Hungria (seguido por todos) procurou "salvar" o texto legal emprestando-lhe o significado já referido, como se fora o pretendido pela *mens legis*.

Na realidade, estamos diante de um verbo nuclear — *extraviar* — que encerra uma conduta *omissiva*, descuidada, e, por que não dizer, que só pode resultar da desatenção do sujeito ativo, representadora de uma conduta negligente, que caracteriza, em regra, *culpa stricto sensu*. Mas o legislador equiparou-a às outras duas — *sonegar* e *inutilizar* — atribuindo-lhes a mesma danosidade social. Contudo, não se pode ignorar a realidade dos fatos: indiscutivelmente o *desvalor da ação* de "extraviar" é consideravelmente inferior ao desvalor da ação de "sonegar ou inutilizar" livro oficial e qualquer documento de que o funcionário tenha a *guarda* em razão do cargo. Ademais, essas condutas são *comissivas*; aquela — *extraviar* —, além de *omissiva*, só pode resultar de negligência (culpa),

demonstradora da inferioridade do grau de responsabilidade penal no nosso sistema jurídico, que propugna pela excepcionalidade do crime culposo com atribuição díspar da responsabilidade penal. Com efeito, nosso ordenamento jurídico não equipara crimes dolosos e culposos; ao contrário, distingue-os, atribuindo-lhes responsabilidades e consequências igualmente distintas. Por isso, essa *equiparação* — que evidentemente é atribuída a título de dolo —, nesse dispositivo, afrontaria todo o sistema e a filosofia de nosso direito punitivo, que consagraria uma autêntica responsabilidade penal objetiva, proibida pela atual Constituição Federal. *Extraviar*, com efeito, denota negligência, desatenção, mas é atribuído ao agente a título de dolo. Apresentava, sem dúvida, grande dificuldade na redação original do Código Penal de 1940; talvez esse aspecto tenha levado o velho Hungria a adotar a alternativa mencionada que passou a defender, sendo seguido por seus contemporâneos e sucessores.

4.3.2 Reforma Penal de 1984: figura do garantidor

No entanto, a Reforma Penal de 1984, sob o comando do saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo, oferece-nos possibilidade de solução jurídico-dogmática, sem necessidade de buscarmos subterfúgios linguísticos-doutrinários, para justificar o, por vezes, injustificável. Referimo-nos à receptação no texto legal da figura do *agente provocador*. No Código de 1940, em sua versão original, o *garantidor* era simples produto de elaboração doutrinária, não havendo nenhuma norma legal que permitisse identificá-lo. A *Reforma Penal* de 1984 regulou expressamente — quando tratou da *relação de causalidade* — as hipóteses em que o *agente assume a condição de garantidor*, e, não impedindo o resultado, responde pelo crime *comissivo por omissivo impróprio*. Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a *obrigação de agir para evitar um resultado*, isto é, deve agir com a *finalidade* de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes *comissivos por omissão* há, na verdade, *um crime material*, isto é, um crime de resultado. Nesse sentido, a Reforma Penal de 1984 (Parte Geral), cedendo à antiga elaboração doutrinária, ao regular a *figura do garantidor*, determina que o *dever de agir*, para evitar o resultado, incumbe a quem: a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*; b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado* (art. 13, § 2º).

4.3.3 Pressupostos do crime omissivo impróprio

Deve-se observar, assim, a presença dos *pressupostos* fundamentais do crime omissivo impróprio, tais como poder de agir, evitabilidade do resultado e, evidentemente, *dever de impedi-lo*. Por fim, como os *pressupostos fáticos* que configuram a *condição de garantidor* — dever de *guarda* em razão do cargo que exerce — são elementos constitutivos do tipo, devem ser abrangidos pelo *dolo*. Por isso, o agente — funcionário público — deve ter *consciência da sua condição de garantidor* da não ocorrência do resultado, qual seja do não extravio do objeto material mencionado no tipo penal. O *erro* sobre os pressupostos fáticos dessa condição constitui *erro de tipo*.

4.3.4 Modalidade culposa do Código argentino

Para arrematar, o art. 255 do Código Penal argentino, invocado por Fragoso e Magalhães Noronha, consagra, coerentemente, a modalidade *culposa* da respectiva infração penal. Dentre os verbos nucleares, ademais, convém ressaltar, não se inclui o de "extraviar", que apresenta a dificuldade interpretativa que procuramos demonstrar. Os verbos utilizados pelo Código Penal argentino são: *subtrair, ocultar, destruir* ou *inutilizar*. E, por fim, ressaltamos novamente que, para a previsão do tipo penal argentino — como destacava Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 154) —, "deve tratar-se de objetos custodiados *com a finalidade de serem utilizados como meios de prova*, de registros ou de documentos" (destaque acrescentado), similar ao previsto no art. 356 do Código Penal brasileiro.

À míngua de previsão da modalidade culposa, em nosso diploma legal resta, evidentemente, a *responsabilidade administrativa* por eventual extravio do objeto material da conduta penal em exame, a ser apurada através do devido processo legal (administrativo), não deixando, dessa forma, o funcionário negligente impune.

5 Sonegar e inutilizar

Sonegar é omitir, deixar de mencionar ou de apresentar quando lhe é exigido por quem de direito, e desde que o funcionário esteja obrigado a fazê-lo. "Sonegação — na dicção de Magalhães Noronha — é não apresentar, relacionar ou mencionar quando isso é devido". *Inutilizar* é retirar a aptidão, é tornar inidônea, desnaturar a coisa — total ou

parcialmente — suprimindo suas propriedades essenciais, tornando-a inapta para atingir suas finalidades. “Inutilizar é tornar uma coisa imprestável para o fim que se destina” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 356). A inutilização, mesmo total, não chega ao ponto de destruí-la, pois mantém seus caracteres identificadores, embora não sirva mais à sua destinação legal. Em outros termos, pode subsistir no plano material, mas torna-se ineficaz ou inútil no plano funcional, ou seja, perde a razão de ser.

5.1 Em razão do cargo

É necessário que o livro oficial ou documento tenha sido confiado ao funcionário público para a guarda *ratione officii*, ou seja, em razão do cargo público que ocupa. A confiança ao funcionário público não se refere somente à guarda ou detenção material do livro ou documento, mas também à faculdade de dele dispor, visto que administrar não se resume apenas em tê-lo sob sua guarda física. Sem esse pressuposto, o crime poderá ser aquele capitulado no art. 337 do Código Penal, ainda que o sujeito ativo seja funcionário público, pois lhe falta o *dever funcional* próprio e inerente ao cargo.

Essas condutas — *sonegar* ou *inutilizar* — devem ser cometidas pelo funcionário público que tem a incumbência — em razão do cargo — da guarda de livro oficial ou qualquer documento (público ou particular). Quaisquer das ações — repetindo mais uma vez — devem ser cometidas pelo funcionário público, no exercício do cargo, qual seja o de *guarda* do livro oficial ou documento. “Não está isso, naturalmente, jungido à noção de lugar, noutras palavras, tanto a guarda existe quando a coisa se encontra em seu lugar *normal* (na repartição etc.), como quando acidentalmente aí não se encontra, incumbindo do mesmo modo — ou mais ainda — a guarda ao funcionário público” (Noronha, *Direito Penal*, v. 2, p. 239).

5.2 Livro oficial ou qualquer documento

Livro oficial ou *qualquer documento* (público ou particular) para ter idoneidade de constituir objeto material deste crime deve ser de interesse da administração pública ou do serviço público, mesmo que represente somente, como destacava Hungria, “simples valor histórico ou sirva apenas a expediente burocrático. Estão em jôgo (*sic*), *in exemplis*, os livros de escrituração das repartições públicas ou de registros, os ‘protocolos’, os papéis de arquivos ou de museus, relatórios, plantas, projetos,

representações, queixas formalizadas, pareceres, provas escritas de concurso, propostas em concorrência pública, autos de processos administrativos etc.” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 355-6).

5.3 Violação do dever funcional

O marcante nessa infração penal não é a qualidade de funcionário público — isso é básico, pois sendo crime funcional é condição indispensável, é seu pressuposto — mas é a *violação do dever funcional*, é a infidelidade do sujeito ativo, que desonra a confiança que a Administração Pública depositara nele. Nesse sentido, vale a pena invocar, mais uma vez, o magistério de Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 154), justificando a agravação da pena (que existe naquele Código Penal): “esta se funda exclusivamente no descumprimento de deveres de custódia... O decisivo aqui não é a qualidade pessoal do depositário, mas a natureza pública ou oficial da custódia e o motivo desta ser ou não objeto de propriedade do Estado”.

O natimorto Código Penal de 1969 (art. 348) suprimiu a exigência de que o objeto material da ação seja “livro oficial”, satisfazendo-se com o fato de o sujeito ativo (funcionário público) ter a guarda de livro — oficial ou não — em razão do cargo público.

6 Subsidiariedade expressa: se não constituir crime mais grave

O próprio tipo penal deixa expresso o caráter *subsidiário* dessa infração penal; isso quer dizer que, em tese, esta infração penal fica subsumida por crime mais grave, especialmente quando concretizar algum crime de dano contra a Administração Pública. É necessário, nessa interpretação, ter presente que o *dolo* do agente não é de dano, e sempre que a conduta dolosamente orientada encontrar adequação típica, com sanção maior, deverá prevalecer ante este crime, que por disposição legal, repetindo, tem natureza subsidiária.

A configuração de qualquer infração penal mais grave afasta a incidência do dispositivo, que, cominando a pena de reclusão de um a quatro anos, declara-se a seguir: “... se o fato não constitui crime mais grave”, tratando-se, por conseguinte, de crime subsidiário ou suplementar. Se, por exemplo,

o sujeito inutilizar livro oficial ou documento de que tem a guarda em razão do cargo, *com o fim especial* de obter alguma vantagem, a capitulação incidirá no art. 305 do CP, que comina pena mais grave.

Não se trata, como se vê, apenas daquela espécie de crime residual, que apenas tem incidência quando não haja qualquer outra tipificação mais adequada, pois, como destaca expressamente o texto legal, essa tipificação é afastada somente se o fato não constituir "crime mais grave". É possível, por exemplo, que o fato constitua supressão de documento (art. 305), subtração ou inutilização de documento (art. 337), ficando afastada a aplicação das sanções do art. 314 em exame. Contudo, se o fato constituir crime menos grave, como, por exemplo, sonegação ou destruição de correspondência (art. 151, § 1º, I, do CP), prevalecerá a tipificação deste art. 314.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, constituído pela *vontade* livre e consciente de praticar qualquer das condutas elencadas na descrição típica, qual seja de *sonegar* ou *destruir* livro oficial ou qualquer documento de que tem a guarda em razão do cargo. O dolo — que se encontra na ação — deve abranger todos os elementos configuradores do tipo penal, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais. O autor somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. Eventual *desconhecimento* de um ou outro elemento constitutivo do tipo caracteriza erro de tipo, excluindo o dolo. *Dolo* é a vontade de sonegar ou destruir livro oficial ou qualquer documento, com consciência de que exerce a guarda em razão do cargo (e não da função) que desempenha.

Em outros termos, o *sujeito ativo* deve ter vontade e consciência de sonegar ou inutilizar livro oficial ou qualquer documento de que tem a guarda em razão do cargo. Essa é a *representação subjetiva* que deve abranger e orientar a sua ação. O dolo deve necessariamente dominar a ação.

8 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o *extravio*, sonegação ou inutilização de livro ou documento confiado a funcionário em razão de seu cargo. Na

modalidade de *extraviar*, segundo Magalhães Noronha, José Paulo da Costa Jr. e Damásio de Jesus, o crime é permanente, protraindo-se a consumação enquanto o documento ou livro permanecer extraviado. Não nos parece, contudo, pois a permanência constatável, *in concreto*, não é da ação em si de extraviar, mas da sua consequência, ou seja, trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, afora o fato de não admitirmos essa modalidade em razão do caráter negligente, a não ser admitido como forma de omissão imprópria (garantidor). Nessa mesma linha da velha doutrina (Hungria e Fragoso eram omissos, nesse particular).

Na modalidade de *sonegar*, consuma-se o crime quando surge a exigência legal de apresentar qualquer dos objetos materiais e o agente não o faz; em outros termos, para que se configure a modalidade de sonegar livro oficial ou qualquer documento é indispensável que o funcionário tenha o *dever jurídico* de apresentá-los e, injustificadamente, negue-se a fazê-lo, não o apresente ou o oculte intencionalmente. Nessa modalidade, dificilmente se poderá caracterizar a *figura tentada*, pois, na prática, não há como interromper o *iter criminis*. A doutrina anterior, acertadamente, não admitia a tentativa (por todos, Noronha, *Direito Penal*, v. 2, p. 240). A modalidade de *inutilizar* consuma-se com o início da ação, pois o tipo penal se satisfaz com a *inutilização parcial*. Nessa hipótese, a tentativa, embora, casuisticamente, até possa ocorrer, é de difícil e quase improvável configuração.

9 Subsidiariedade expressa: crimes residuais

Reiterando, o art. 314 é expressamente subsidiário. Portanto, se há ofensa à fé pública, prevalece o art. 305. Não sendo o agente funcionário público, responde pelo crime do art. 337 do CP. Se a sonegação ou inutilização é feita por advogado ou procurador que recebeu o documento ou objeto de valor probatório, tem-se como crime previsto no art. 356 do CP.

10 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é de reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constituir crime mais grave. A ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Sonegação de documentos públicos (art. 314 do CP). Retenção de documentos necessários à administração pública por secretário municipal após o desligamento do cargo. Apresentação condicionada ao pagamento de vencimentos atrasados. O delito do art. 314 do Código Penal é próprio, de modo que é imprescindível que a alegada recusa na apresentação dos documentos tenha ocorrido enquanto ainda era funcionário público. Absolvição" (TJPR, Apelação 0324582-5, Rel. Noeval de Quadros, j. 11-1-2007).

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

DOUTRINA

1 Considerações introdutórias

Silvio Martins Teixeira (*Crimes contra a administração pública, da justiça e disposições finais*, Rio de Janeiro, 1951, p. 58) destacava que antes do atual Código Penal, ante a ausência de previsão legal proibindo o desvio de verbas públicas, "alguns chefes de repartição, no fim do ano, faziam as despesas necessárias com a verba da repartição destinada a outros misteres". Na verdade, também depois da entrada em vigor do Código Penal de 1940, a *malversação de verbas e rendas públicas* ocorria, normalmente, "no interesse da própria administração", mesmo porque se o desvio ocorrer em benefício de fins particulares, próprios ou de terceiros, o crime configurado será o de *peculato*.

Com esta rubrica — dos crimes contra as finanças públicas — a Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, acrescentou o Capítulo IV no Título XI da Parte Especial do Código Penal. A partir da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), complementada pela Lei n. 10.028/2000, que criou novos tipos penais — *crimes contra as finanças públicas* —, tornam-se efetivos os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da CF).

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o patrimônio da Administração Pública, assim como a probidade administrativa, especialmente o desenvolvimento regular da atividade administrativa, a moralidade necessária e indispensável à causa pública, embora também seja tutelado o patrimônio particular, ainda que este permaneça num plano secundário. A especificidade do bem jurídico tutelado reside no interesse específico da Administração Pública, na observância dos deveres de probidade e idoneidade dos funcionários, no uso legítimo da qualidade e da função pública e, principalmente, em que evitem o abuso dessa condição ou da função que ostentam e exercem.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* é somente o funcionário público que pode dispor das rendas e verbas públicas, pois somente dispondo dessa faculdade o funcionário poderá cometer o crime em exame. Certamente, só pode efetuar a operação de destinar verbas ou rendas públicas diversamente do que prevê a disposição legal o *funcionário* que pode dispor legitimamente de tais valores, ou seja, quem os administra. Com efeito, somente poderá cometer este crime quem possui atribuição legal para "ordenar despesa", o denominado "ordenador de despesas". Não abrange, por certo, quem apenas *realiza*, isto é, quem cumpre ou executa a *ordem* expedida pelo sujeito ativo próprio, o "ordenador de despesas". Nesse caso, à evidência, o funcionário que executa a ordem deverá ter sua conduta examinada à luz do art. 22, segunda parte, do CP, ou seja, à luz do princípio da obediência hierárquica.

3.1.1 Ordenador de despesas

Seguindo esse entendimento, Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 358) apontava como sujeitos ativos dessa infração penal "presidente da República, governadores, ministros ou secretários de Estados, presidentes ou diretores de autarquias (com patrimônio desdobrado da superior entidade de direito público em cuja órbita gravitam), administradores públicos em geral". Contudo esse moderno "ordenador de despesas" que, via de regra, não se confunde com o titular das Pastas Executivas, não deixa de ser uma

forma encontrada para *afastar*, pelo menos em parte, as responsabilidades civis, administrativas e penais das autoridades públicas, os verdadeiros mandatários do Poder Público. Em tese, o *ordenador de despesas* responderia diretamente por eventual responsabilidade criminal e, só casuisticamente, se poderá aprofundar o exame da responsabilidade ou não do verdadeiro administrador do Poder Público. Tratando-se de Prefeito Municipal convém que se observe o art. 1º, II e III, do Decreto-lei n. 201/67.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como as entidades de direito público relacionadas no art. 327, § 1º, do Código.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Consiste a conduta incriminada em *empregar irregularmente as verbas* (dinheiros especificamente destinados pela lei orçamentária — dotações a este ou àquele serviço público ou fim de utilidade pública) ou *rendas públicas* (todo e qualquer dinheiro recebido da Fazenda Pública), *em desacordo com a lei orçamentária especial* (elemento normativo do tipo).

Para atender à elementar exigida pelo tipo penal é indispensável que exista lei regulamentando a aplicação dos recursos orçamentário-financeiros: não pode ser qualquer lei, por certo, mas somente a *lei orçamentária*, referida no art. 165, § 5º, da Constituição Federal. Logicamente, não se pode desconhecer que *além dessa lei orçamentária existem leis especiais* que vinculam a aplicação de determinados recursos, como ocorre com algumas taxas, tarifas, contribuição social, enfim, tributos diversos com determinações específicas. A lei a que se refere o texto legal deve ser considerada no sentido substancial, afastando, dessa forma, eventuais prescrições em decretos que regulamentem outros atos administrativos.

4.1 Necessidade de leis orçamentárias

Para a configuração do crime, no entanto, é necessária a existência de lei disciplinando a gestão financeira e, principalmente, estabelecendo as *vedações*. Evidentemente, as leis orçamentárias próprias (lei orçamentária

anual, plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias) estabelecem determinações e proibições específicas. A Lei Complementar n. 101/2000, quando disciplina a geração de despesa, estabelece que a "*ação governamental que resulte no aumento de despesa* deve ser acompanhada de declaração de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias".

Não há para o Estado, em princípio, qualquer dano patrimonial. As verbas ou rendas públicas são aplicadas no interesse da própria Administração Pública, embora com destinação diferente daquela prevista em lei. Não há, por conseguinte, subtração ou apropriação das receitas públicas, pois se for destinada a fins particulares — em proveito próprio ou de terceiro — o crime seria o de *peculato*.

4.2 Aplicação diversa da estabelecida em lei e despesa não autorizada por lei

Como destacamos no tópico anterior, dar destinação diversa da prevista em lei exige a previsão em lei orçamentária. Dar destinação diversa da prevista em lei não se confunde com "ordenação de despesa não autorizada por lei"; são coisas diversas: naquela, existe lei prevendo a destinação da aplicação que, no entanto, é desviada para outra finalidade; nesta, determina-se a realização de despesa sem a autorização legal, violando-se a proibição penal constante do art. 359-D do Código Penal, acrescido pela Lei n. 10.028/2000.

A *falta de autorização legal* para a destinação das rendas públicas não constitui *mera irregularidade administrativa*, como sustentam alguns, mas representa um elemento constitutivo do tipo cuja ausência, ou seja, a exigência de autorização legal, afasta a tipicidade da conduta. Em síntese, com o vocábulo "despesa não autorizada por lei" deve-se entender "despesa legalmente proibida", sob pena de inverter-se o princípio elementar de qualquer Estado Democrático de Direito, segundo o qual *tudo o que não está proibido é permitido*.

4.3 Despesa "justificada" (embora não autorizada por lei)

Não se pode perder de vista que a probidade e a moralidade administrativa exigem, presentemente, respeito absoluto à legalidade

administrativa; aliás, é esse o fundamento desse emaranhado de leis (LC n. 101 e Lei n. 10.028) "embretadoras" dos administradores públicos. No entanto, esta, como qualquer outra conduta criminosa, pode beneficiar-se de uma excludente de criminalidade, particularmente do *estado de necessidade*, desde que seus requisitos estejam presentes.

Discordamos, nesse particular, da orientação adotada por Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (*Crimes de responsabilidade fiscal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001), quando afirmam que "a inexistência de autorização constitui, tão somente, indício de *irregularidade*, havendo necessidade, para se criminalizar a conduta, que se verifique, diretamente, a existência de uma lesão não justificada ao bem jurídico". Com efeito, uma "lesão justificada" a qualquer bem jurídico penalmente tutelado constitui *excludente de criminalidade*, deslegitimando-se, como afirmam, a possibilidade de punir criminalmente referida conduta. Na realidade, ante o atual ordenamento jurídico, com o advento da Constituição Federal de 1988, das Leis n. 8.666/93 e 10.028/2000 e da Lei Complementar n. 101/2000, "a inexistência de autorização legal" constitui "indício de antijuridicidade", que pode, à evidência, ser afastado por uma *causa de justificação* (art. 23 do CP).

4.4 Inexigibilidade de conduta diversa

Por outro lado, eventuais dificuldades administrativo-orçamentárias podem socorrer ao administrador probo e honesto, mesmo que não se revistam da condição de causas de justificação, penalmente falando, mas, circunstancialmente, tornando *inexigível comportamento diverso*, eliminando, nesse caso, a *reprovabilidade* da ação, configurando causa de exclusão da culpabilidade.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, constituído pela vontade livre e consciente de empregar verbas públicas diversamente do previsto em lei. Como não existe dolo restrito, abrangendo este correta e completamente todos os elementos constitutivos do tipo, deve-se, especialmente, ter consciência (atual) de que se estão destinando verbas e rendas públicas a fins diversos do estabelecido em lei.

O eventual desconhecimento da inexistência de autorização legal

caracteriza *erro de tipo*, que exclui o dolo e, por extensão, a própria tipicidade (art. 20, *caput*). No entanto, como já afirmamos, para esses crimes contra as finanças públicas, tratar-se de *erro evitável* ou *inevitável* é irrelevante, na medida em que não há previsão da modalidade culposa. Assim, independentemente da natureza do *erro de tipo*, sempre haverá exclusão da tipicidade, salvo se se tratar de um simulacro de erro. Não há necessidade de qualquer *elemento subjetivo especial do injusto*, satisfazendo-se a descrição típica simplesmente com a presença do dolo pura e simples.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime, que para nós é *formal*, quando a ordem é efetivamente executada, ou seja, quando as verbas e rendas públicas *forem efetivamente destinadas a fins diversos* do estabelecido em lei. Não basta, portanto, o simples lançamento escritural, a mera programação etc. para sua aplicação pelo Poder Público, contrariando previsão legal. Enquanto não for cumprida a determinação do "ordenador de despesas" não se produzirá qualquer efeito, isto é, não haverá qualquer *lesividade* ao patrimônio público, e sem essa lesividade não se pode falar em crime; a ausência de lesão ao patrimônio que se pretende proteger impede a caracterização da tipicidade estrita de qualquer conduta descrita como crime de dano.

6.2 Tentativa

Na nossa concepção, trata-se de crime formal. Assim, coerente com nossa definição de consumação, admitimos a possibilidade de tentativa, embora de difícil comprovação. Parece-nos perfeitamente possível o fracionamento da ação tipificada, tratando-se de crime plurissubsistente. Por exemplo, o agente público determina a aplicação da receita pública em fins diversos do estabelecido em lei, e, por circunstâncias alheias a sua vontade, a ordem não é cumprida, sendo impedido por algum obstáculo fora do seu alcance; responde, nesse caso, pelo crime na forma tentada.

7 Pena e ação penal

São cominadas, alternativamente, as penas de reclusão, de um a três

meses, ou multa. Ao passo que a pena cominada para o crime do art. 359-D (ordenação de despesa não autorizada) é de um a quatro anos de reclusão. A ação penal é pública incondicionada.

Concussão

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 8 (oito) anos, e multa.

Excesso de exação

§ 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 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

— § 1º com redação determinada pela Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

§ 2º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Penal francês de 1791 criminalizou a *concussão*, embora não lhe tenha dado nenhuma definição. O Código de Napoleão de 1810 também cuidou da concussão, atribuindo-lhe melhor definição, encaminhando, pode-se afirmar, os contornos que assumiria nas codificações posteriores. Foi exatamente esse Código que influenciou nosso Código Criminal de 1830, o qual disciplinou várias modalidades de concussão, incluindo a cobrança abusiva de tributos. O Código Penal de 1890, por sua vez, tipificou o crime de concussão no art. 219, preferindo uma descrição mais específica, embora tenha incluído em seu texto uma modalidade de corrupção (§ 3º). O Código Penal de 1940, finalmente, disciplinou a

concussão em seu art. 316, trazendo consigo o “excesso de exação”, que tem como benefício o próprio Poder Público.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, mais especificamente a moralidade e a probidade da Administração Pública. A posição geográfica dessa figura delitiva, localizada no Título XI da Parte Especial, com o título “Crimes contra a Administração Pública”, não deixa qualquer sombra de dúvida, aliás, reiterado no subtítulo do primeiro capítulo. Também integram os bens jurídicos protegidos pelo tipo penal em exame o *patrimônio* particular e a própria *liberdade individual*, embora se encontrem num plano secundário, pois as infrações que os violam diretamente são objeto de punição nos dois primeiros títulos da Parte Especial do Código (crimes contra a pessoa e crimes contra o patrimônio).

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, tratando-se, por conseguinte, de *crime próprio*. Considerando-se que a essência do crime reside no *abuso da função* ou da *autoridade* ou poder dela decorrentes, resulta que somente o *funcionário público* pode praticá-lo. Não é indispensável que seja no exercício da função, podendo ocorrer nas férias, no período de licença ou mesmo antes de assumi-la, desde que o faça em razão dela.

3.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos são o Estado, representando todo e qualquer órgão ou entidade de direito público e, secundariamente, também o *particular lesado*. No mesmo sentido sustenta Damásio de Jesus (Direito Penal, v. 2, p. 154), afirmando que “sujeito passivo é o Estado, titular do interesse protegido e violado pela lesão do dever de integridade que deve nortear a atividade funcional. No plano secundário aparece também como sujeito passivo o particular vítima da exigência ou outro funcionário”.

Sendo o Estado *sujeito passivo* imediato, em crimes que ofendem a moralidade pública, como é o caso da *concussão*, por uma questão lógica,

não pode ser, ao mesmo tempo, o *beneficiário* do produto do crime. Nesse sentido, a inteligência sempre acurada de Rui Stoco et al. (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, v. 2, p. 3854), referindo-se a vantagem indevida, afirma com absoluta precisão: "Deve ela beneficiar o próprio agente ou terceiro: não a Administração Pública (hipótese que constituiria o crime previsto no art. 316, § 1º)". Portanto, a locução "ou para outrem" não pode, em hipótese alguma, abranger o Estado como o *terceiro favorecido* pela ação criminosa do agente. Assim, quando a conduta abusiva do agente (funcionário público) visar beneficiar a própria Administração Pública *lato sensu*, isto é, o próprio Estado, não se adequará à descrição típica do art. 316 ora em exame.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *elemento material* do crime de concussão consiste: a) *na exigência da vantagem indevida*; b) *para o próprio funcionário ou para terceiro*; c) *mediante um ato de imposição* (exigir). A conduta típica consiste em *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*. O verbo nuclear *exigir* tem o sentido de obrigar, ordenar, impor ao sujeito passivo a concessão da pretendida vantagem indevida. Convém destacar que *exigir* não se confunde com o simples *solicitar* (verbo núcleo da corrupção passiva), pois naquele há uma *imposição* do funcionário, que, valendo-se do cargo ou da função que exerce, "constrange" o sujeito passivo com sua "exigência". Nessa linha, era impecável o magistério de Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, Rio de Janeiro, p. 509), que pontificava: "O delito, em questão, caracterizando-se, porém, pela — exigência da vantagem indevida — há de expressar — uma forma da violência".

É indispensável que a *exigência*, implícita ou explícita, seja motivada pela *função* que o agente exerce ou exercerá. Característica fundamental do crime de concussão é o *abuso de autoridade*, que pode repousar na "qualidade de funcionário" ou na "função pública" exercida. Nesse sentido, destacava Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, p. 509), "se não se verificar o abuso, quer da referida qualidade, quer da função, o ato estranho a ela configurará a extorsão prevista no art. 158". Não existindo

função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em *crime de concussão*, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como extorsão, constrangimento ilegal, estelionato etc.

4.1 Necessidade da elementar normativa: vantagem indevida

A *vantagem*, como se constata, deve ser *indevida*. Vantagem "indevida" é aquela que é ilícita, ilegal, injusta, *contra lege*, enfim, que não é amparada pelo ordenamento jurídico. Normalmente, a *ilegalidade da vantagem* é determinada por norma extrapenal. Ademais, a vantagem pode ser presente ou futura. O crime de *concussão* é formal, ou seja, sua consumação não depende da ocorrência do resultado naturalístico, verificando-se com a simples exigência da vantagem indevida. Enfim, não se pode falar em crime de concussão quando a exigência de "vantagem" por parte do sujeito ativo ocorre após a ação ou o benefício da suposta vítima.

4.2 Natureza da vantagem indevida

Doutrina e jurisprudência, de um modo geral, têm sustentado a necessidade de a vantagem ser de *natureza econômico-patrimonial*. Nesse sentido, afirma-se que a *vantagem* pode relacionar-se a qualquer ganho, lucro ou benefício de natureza patrimonial, mesmo que possa ser obtido indiretamente. Adotando, isoladamente, entendimento contrário, Bento de Faria afirmava: "A — *vantagem* — póde (*sic*) ser expressa por — *dinheiro* ou qualquer *outra utilidade*, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito".

No entanto, conforme destacamos ao examinarmos os crimes de extorsão (art. 158) e extorsão mediante sequestro (art. 159), quando a lei quer restringir a vantagem à natureza econômica, o faz expressamente, posicionamento normalmente adotado na disciplina dos crimes patrimoniais (arts. 155 a 183). Por isso, sustentamos que, no crime de concussão, a vantagem indevida pode ser de qualquer natureza: patrimonial, quando a vantagem exigida referir-se a bens ou valores materiais; não patrimonial, de valor imaterial, simplesmente para satisfazer sentimento pessoal, buscar uma forma de reconhecimento, por pura vaidade, como, por exemplo, a concessão de um título honorífico, a conferência de um título de graduação, enfim, a vantagem indevida pode não ter necessariamente valor econômico.

Ademais, a exigência da vantagem não precisa ser nem anterior ao fato

nem contemporânea a ele, podendo concretizar-se no futuro e, ainda, ter como destinatário tanto o próprio sujeito ativo quanto terceira pessoa (outrem). Resumindo, a vantagem indevida (ilícita, ilegal) pode ser atual ou futura; pode ser patrimonial ou não patrimonial, para si ou para terceiro, direta ou indireta, e a exigência indevida deve ser feita em razão da função, ainda que fora dela.

4.3 Corrupção passiva e concussão: na dúvida, a menos grave

Na *praxis*, a demonstração de que se trata de solicitação (corrupção passiva) do funcionário corrupto e não exigência (concussão) enfrenta grande dificuldade probatória, assim como a comprovação de que se trata de concussão (exigência do funcionário) e não de corrupção ativa (oferta ou promessa). Aliás, na comparação do crime de concussão (art. 316) — em que há exigência do funcionário corrupto, portanto, conduta ontologicamente mais grave — com o crime de corrupção passiva (art. 317) — no qual o funcionário corrupto "apenas" solicita a vantagem indevida — constata-se uma absurda inversão na graduação legislativa da sanção cominada: a concussão — crime mais grave — recebe punição mais branda, qual seja reclusão de dois a oito anos e multa; a corrupção passiva — crime menos grave, comparativamente — recebe punição consideravelmente mais grave, qual seja reclusão de dois a doze anos e multa.

Pode-se afirmar — sem qualquer menosprezo institucional ao Poder Legislativo — que aqui se concentra o lixo da produção legislativa *ad hoc* que tomou conta do *Parlamento* nos últimos quinze anos, que conseguiu destruir a harmonia que o sistema jurídico nacional até então apresentava e "desorganizar" definitivamente a rica sistematização que o bem-elaborado Código Penal de 1940 ostentava, aliás, reconhecida e elogiada pelo continente europeu. O princípio da proporcionalidade, para ficar somente neste, assegurado pela atual Constituição da República, repousa sonolentamente no leito constitucional, seu "berço esplêndido", à espera, quem sabe, de uma revisão infraconstitucional (em vez de constitucional), numa operação humilde, despretensiosa, que aceite a modesta colaboração dos especialistas das diversas searas, cada qual na sua especialidade.

4.4 Exigência de vantagem indevida "para o órgão público": excesso de exação

Deve-se, necessariamente, distinguir a figura da *concussão* do *excesso de*

exação, pois neste a "vantagem indevida" *não é para o funcionário*, mas para a própria Administração Pública a que serve. No exame sério, específico e técnico da *concussão*, como de qualquer outro crime, não se pode prescindir da análise das *elementares típicas*, além do *bem jurídico* tutelado e dos *sujeitos, ativo e passivo*, dessa infração penal; aliás, tal análise deve começar por estes últimos.

a) *Bem jurídico tutelado*

Quanto ao *bem jurídico* protegido, não há dificuldade alguma em sua identificação, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que, à unanimidade, reconhecem-no como a moralidade e a probidade da Administração Pública. A posição geográfica dessa economia delitual (figura delitiva), situada no Capítulo XI da Parte Especial do Código Penal, com o título "Crimes contra a Administração Pública", não deixa qualquer sombra de dúvida, aliás, reiterada no subtítulo do primeiro capítulo.

b) *Sujeitos ativo e passivo*

Sujeito ativo, tratando-se de *crime próprio*, somente pode ser funcionário público, considerando-se que a essência do crime reside no abuso da função. Nesse particular, tampouco existe divergência. Convém destacar, porém, que *sujeito ativo* não se confunde com *beneficiário* ou *destinatário* do resultado do crime, haja vista que o especial fim da ação *é exigir para si* ou "para outrem". Como esse "outrem" pode desconhecer completamente a ação criminosa, certamente não pode ser considerado sujeito ativo do crime, mesmo que possa ser *seu beneficiário*. Contudo, se tiver consciência dos fatos e a eles anuir será também, certamente, sujeito ativo do crime, mesmo que não reúna a qualidade especial de "funcionário público" exigida pelo tipo penal, pois será alcançado pela previsão do art. 29 do Código Penal.

Sujeito passivo, por sua vez, recebe a mesma unanimidade, pelo menos na doutrina brasileira: é o *Estado* ou a *Administração Pública*. Torna-se indispensável examinar e confrontar o *destinatário* da vantagem indevida com o *sujeito passivo* dessa infração penal. Quem são? Afinal, o sujeito passivo de uma infração penal pode ser, ao mesmo tempo, o *beneficiário* do resultado econômico ou patrimonial que essa produz? Na solução dessa *vexata quaestio* devem-se distinguir "sujeito ativo", "sujeito passivo" e "destinatário" do produto do crime, lembrando, desde logo, que o *elemento subjetivo do injusto*, contido expressamente na descrição típica, exige que o *especial fim* da conduta incriminada seja buscar a *vantagem indevida* "para si ou para outrem".

Em síntese: o *bem jurídico* protegido é a moralidade da Administração Pública; o Estado é o *sujeito passivo* imediato. Falta esclarecer quem pode ser o terceiro, representado pela expressão "outrem", e se o sujeito passivo pode confundir-se com o *beneficiário* dessa infração penal, o que passamos a fazer no tópico seguinte.

4.4.1 Destinatário do produto da concussão: particular ou ente público

A locução "ou para outrem" indica a possibilidade de a ação *objetivar* um "resultado" para *terceira pessoa*, que pode ser física ou jurídica. Questão que merece ser destacada, sob esse aspecto, é a possibilidade de a *terceira pessoa* ser de direito público ou não. Em caso positivo, interessa a este estudo a hipótese em que o *funcionário infrator* estaria exigindo a *vantagem indevida* para o próprio órgão público a que serve, e não para si. Será, afinal, isso possível, isto é, pode o Estado ser o *destinatário do produto* (importante não confundir aqui sujeito ativo com destinatário, pois, como afirmava Levi, "não parece lícito dizer que neste caso, ou em outros análogos, o réu tenha constrangido o Estado, *abusando de seu ofício*") da ação criminosa de seu funcionário, locupletando-se com o crime que deveria combater?

O *órgão público* não é, evidentemente, *sujeito ativo* do crime, mas, concretamente, pode ser o *beneficiário* do produto do crime, ou seja, beneficia-se da consequência da ação ilícita "sem sujar as mãos". Por exemplo, em um dos tantos hospitais públicos deste país, interna-se um paciente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e cobra-se a complementação pela diferença de internação, de diária, de medicação, de instalações etc. Essa *cobrança* ingressa no caixa oficial do hospital (muitos deles conveniados) e não nos bolsos do funcionário dito infrator. Afinal, *quem é o beneficiário direto da ação* que se quer criminosa: o funcionário ou o hospital, pessoa jurídica de direito público interno?

Em nossa concepção, não se podem mascarar os fatos ou argumentar com subterfúgios, adotando posições paradoxais e frontalmente contraditórias. Se, no exemplo do *hospital público* (ou *equiparado*, como pretendem alguns), o "funcionário" cobrar "duplamente" ou complementarmente pela internação de um paciente segurado pelo SUS, em nome do hospital e para benefício deste, é indispensável que se examinem todos os aspectos da questão: a) quem é o beneficiário da dita cobrança

indevida? b) os hospitais públicos integram a Administração Pública? c) os hospitais conveniados com o SUS assumem a natureza de órgão público? d) os funcionários de hospitais conveniados são equiparados a funcionários públicos, para efeitos penais? Desnecessário enfatizar que, em tese, a exigência do médico, cobrando diferenças do paciente segurado pelo SUS, para si próprio, pode tipificar o *crime de concussão*. De modo geral, no entanto, a doutrina tem negado a possibilidade de *órgãos da Administração Pública* ou *empresas públicas* serem *sujeito ativo* de crime (mesmo, contraditoriamente, aqueles que defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica). No mesmo sentido, grande parte da doutrina nega também a possibilidade de *órgãos públicos* poderem ser apontados como *destinatários* do produto de crime, embora defendam a *tributação do proveito do crime* etc.

Concluindo, quando a vantagem exigida pelo funcionário público, genuíno ou equiparado, destinar-se ao próprio órgão para o qual trabalha, seja público ou equiparado, não se tipifica o crime de concussão, por faltar-lhe o elemento subjetivo "para si ou para outrem". Poderá, residualmente, tipificar outra infração penal, desde que satisfaça, *in concreto*, todas as suas elementares típicas.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é composto pelo dolo, como elemento subjetivo geral, e pelo elemento subjetivo especial do injusto. O dolo é constituído pela vontade consciente de exigir *vantagem indevida* do sujeito passivo, direta ou indiretamente. É necessário que o agente saiba que se trata de exigência de vantagem indevida e que o faz em razão da função que exerce ou assumirá, isto é, que tenha conhecimento ou consciência dessa circunstância. É indispensável, enfim, que o dolo abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o *erro de tipo*, o qual, por ausência de dolo (ou dolo defeituoso), afasta a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

5.1 Elemento subjetivo especial: para si ou para outrem

O *elemento subjetivo especial do tipo* é representado pela finalidade da ação que visa a vantagem indevida *para si ou para outrem*. Como elemento subjetivo especial, não é necessário que se concretize, isto é, que a

vantagem seja efetivamente alcançada pelo destinatário — para si ou para outrem —, sendo suficiente que esta seja a finalidade orientadora da conduta do agente.

A ausência desse *animus* — para si ou para outrem — desnatura a figura do crime de concussão. Logicamente, quando essa circunstância se fizer presente, haverá uma espécie de inversão do ônus da prova, devendo o agente demonstrar, *in concreto*, que a finalidade da exigência era outra e não a de obter vantagem indevida, *para si ou para outrem*.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime de concussão com a simples *exigência* do sujeito ativo, ou seja, no momento em que o sujeito passivo toma conhecimento de seu conteúdo. O crime capitulado no art. 316, *caput*, do Código Penal é formal e consuma-se com a mera imposição do pagamento indevido, não se exigindo o consentimento da pessoa que a sofre nem sequer a consecução do fim visado pelo agente. Com efeito, não é necessário que se efetive o recebimento da vantagem exigida; se ocorrer, este representará somente o *exaurimento* do crime, que se encontrava perfeito e acabado com a imposição do sujeito ativo.

6.2 Tentativa (inadmissibilidade)

Dogmaticamente, a *tentativa* é inadmissível, pois se trata de crime unissubsistente, isto é, de ato único, não admitindo fracionamento. Contudo, concretamente, pode ser que a *exigência* se revista de diversos atos; por exemplo: a exigência da vantagem indevida é feita por meio de correspondência, que se extravia, sendo interceptada pela autoridade policial antes de a vítima conhecer seu conteúdo. Nessa hipótese, pode, teoricamente, dependendo da idoneidade de exigência, caracterizar-se tentativa de concussão.

7 Excesso de exação

O excesso de exação constitui uma modalidade especial de concussão, em razão do destinatário/beneficiário especial do seu produto: o próprio Estado. Exação é a cobrança correta de tributos. O dispositivo que

passamos a examinar objetiva coibir não a exação, que é em si mesma uma atividade legítima do Estado, mas seu *excesso*, por configurar, na hipótese, mais que um ilícito, um crime (ilícito tipificado).

7.1 Tipo objetivo: adequação típica

O *excesso de exação* configura-se quando o funcionário *exige tributo* ou *contribuição social* que sabe ou deveria saber serem indevidos, ou, quando devidos, emprega na cobrança *meio vexatório* (vergonhoso, humilhante) ou *gravoso* (que implica maiores despesas para o contribuinte), que a lei não autoriza (elemento normativo do tipo) (§ 1º). O *excesso de exação* constitui modalidade especial de concussão, uma espécie de tipo derivado, contido no § 1º do art. 316 do diploma legal em exame. Na versão original do Código Penal de 1940, o *excesso de exação* tinha a seguinte descrição típica: *se o funcionário exige* imposto, taxa *ou* emolumento *que sabe indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza*. A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, deu-lhe, no entanto, a seguinte definição: *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* (art. 20).

Nesta nova versão, o legislador substituiu a locução "imposto, taxa ou emolumento" por "tributo ou contribuição social". Dessa forma, mesmo que não tenha pretendido, restringiu o objeto material da conduta delituosa. Com efeito, no conceito de *tributo* e de *contribuição social* não se inclui *emolumento*. *Tributo* é "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (art. 3º do CTN). Podem-se citar, como espécies de tributos, impostos, taxas e contribuições de melhoria. As contribuições sociais, por sua vez, foram criadas pela Constituição Federal de 1988 (arts. 149 e 195), que as inseriu na moderna "parafiscalidade".

7.2 Tarifas, emolumentos e custas: atipicidade

Essa mudança na definição do *excesso de exação* não se limitou, contudo, à restrição de seu objeto material, mas "excedeu-se" absurdamente na majoração da sanção penal, elevando-a de seis meses a dois anos de detenção ou multa para três a oito anos de reclusão e multa. De plano, deve-

se destacar que o "abuso na cobrança" de *tarifas* (preço público), *emolumentos* (devidas a notários e registradores) ou *custas* (devidas a escrivães e oficiais de justiça) não configura *excesso de exação*, pois não constituem nem *tributo* nem *contribuição social*. Trata-se de conduta atípica, nos termos do § 1º do art. 316 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei n. 8.137/90.

Por essas mesmas razões, afirmamos que, quando o funcionário de hospital cobra, indevidamente, a complementação de diárias ou custas hospitalares, para o próprio hospital (e não para si ou para outrem), sua conduta não tipifica concussão, pelos fundamentos que já expusemos, e tampouco pode ser "desclassificada" para *excesso de exação*, porque não constitui *tributo* ou *contribuição social*.

7.3 Sujeitos do crime de excesso de exação

Sujeito ativo somente pode ser funcionário público, tratando-se de crime próprio. O particular pode, evidentemente, concorrer para o crime, por meio da figura do concurso de pessoas.

Sujeito passivo é o contribuinte lesado pelo órgão arrecadador do Estado, que, não raro, espolia o cidadão indefeso perante a fúria arrecadadora do Tesouro. É rematado equívoco afirmar que *sujeito ativo* "é o ente detentor da competência tributária ou de contribuição social", como afirma Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 400); na verdade, o órgão público é o grande beneficiário da conduta de seu mau servidor, fraudador do patrimônio de *contribuinte espoliado*. Não se pode esquecer, inclusive, que a *responsabilidade* do Estado pelos danos causados por seus servidores a terceiros é *objetiva*. Para aqueles que defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, poderia, inclusive, ser a hipótese de entidades públicas responderem criminalmente.

7.4 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é composto pelo *dolo*, como elemento subjetivo geral, e pelo *elemento subjetivo especial do injusto*. O dolo é constituído pela vontade consciente de exigir *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.

Não há previsão de *modalidade culposa* do crime de *excesso de exação*; assim, na eventual negligência, imprudência ou mesmo "imperícia" na

avaliação do *quantum* do tributo ou contribuição social devida, pratica conduta atípica, cabendo ao contribuinte lesado tão somente a repetição do indébito. Mais uma vez constata-se que o Estado-Administração é sempre *generoso* com seus próprios "erros" e *excessos*, ao contrário do que ocorreria se a situação fosse inversa, em que, normalmente, por exemplo, *erro* de lançamento contábil pode tipificar crime de sonegação fiscal.

8 Desvio de produto recebido indevidamente

O § 2º do art. 316 do CP prevê modalidade especial do *excesso de exação* (§ 1º), que se configura quando o funcionário público *desvia*, total ou parcialmente, em benefício próprio ou alheio, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos.

Trata-se de um tipo derivado, que é a *forma qualificada* do crime de excesso de exação, com o acréscimo de, nessa hipótese, o sujeito ativo "desviar", *em proveito próprio ou de outrem*, o produto indevidamente recebido em nome do Estado. O bem jurídico tutelado e os sujeitos ativo e passivo são exatamente os mesmos da figura simples do excesso de exação; apenas, nessa figura, há necessidade do elemento subjetivo do injusto, representado pela elementar "em proveito próprio ou de outrem" (art. 316, § 2º, do CP).

9 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *exação* com a simples *exigência* ou com o emprego do meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza (§ 1º, 2ª parte). Como a lei fala em *exigir* vantagem indevida e não em *recebê-la*, consuma-se o crime com a simples ação, independentemente de qualquer resultado, tratando-se, pois, de crime de *simples atividade* ou *mera conduta*.

A figura tentada apresenta as dificuldades próprias do crime de ato único, não admitindo, teoricamente, fracionamento, ficando afastada, por conseguinte, a *tentativa*. O eventual recebimento da vantagem exigida apenas *exaure* o crime, que se consumara com a simples exigência.

10 Pena e ação penal

As penas cominadas para o "crime de concussão" (*caput*) são, cumulativamente, reclusão, de dois a oito anos, e multa; para o crime de

“excesso de exação” são cominadas, por sua vez, as penas de reclusão, de três a oito anos, e multa, de acordo com a redação determinada pela Lei n. 8.137/90. Para a figura de “desvio de tributo recebido indevidamente”, finalmente, as sanções cominadas são reclusão, de dois a doze anos, e multa. A ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

“Concussão. Art. 316, CP. Ausência de dolo. Absolvição. Não há falar em concussão quando não houve qualquer exigência, bem como quando os agentes não tinham ciência da ilegalidade da vantagem solicitada” (TJRS, Apelação 70022320402, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 28-2-2008).

“Policiais civis que exigem dinheiro para reaver caminhonete furtada. Crime de concussão caracterizado. Pai e filhos sustentando a mesma versão desde o inquérito policial. Prova suficiente para demonstrar a ocorrência do crime de concussão, mesmo ante a negativa dos policiais civis acusados. Ilegitimidade ativa de comerciante de automóveis, se não ficou bem demonstrada ligação com os agentes da lei autores do delito. Tratando-se de crime próprio, somente funcionários públicos podem ser sujeitos ativos do crime do art. 316 do CP” (TJRS, Apelação 70021382734, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 21-2-2008).

“Concussão. Art. 316, CP. Funcionário público por equiparação. Art. 327, § 1º, CP. Fatos praticados anteriormente ao advento da Lei n. 9.983/2000. Atipicidade. Precedentes deste órgão fracionário e do STF. Improvimento do apelo do Ministério Público. Art. 386, III, CPP” (TJRS, Apelação 70021706387, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 6-12-2007).

“Concussão. A atual orientação jurisprudencial é indissonante no sentido de que, antes do advento da Lei n. 9.983/2000, o médico que atendia pacientes do SUS não era considerado funcionário público e, consequentemente, não poderia cometer o delito previsto no art. 316 do CP. Absolvição mantida” (TJRS, Apelação 70021528849, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 29-11-2007).

“Concussão e corrupção passiva. Caracteriza-se a concussão — e não a corrupção passiva — se a oferta da vantagem indevida corresponde a uma exigência implícita na conduta do funcionário público, que, nas circunstâncias do fato, se concretizou na ameaça” (STF, HC 89686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12-6-2007).

“A conduta descrita na denúncia não é a de concussão, mas de excesso de exação, sob a forma do § 2º do art. 316 do Código Penal, porquanto foi narrado que o acusado ‘exigiu’ imposto territorial rural (ITR), que sabia indevido, e ficou com o numerário para si, sendo certo que imposto é a espécie mais importante do gênero ‘tributo’. Ainda segundo a acusação, houve exaurimento da conduta delituosa” (TRF – 3ª Região, Apelação 2003.03.99.025065-8, Rel. Johonsom Di Salvo, j. 13-2-2007).

“Excesso de exação qualificado. O fato de o oficial de justiça desviar, em proveito próprio, quantia que recebeu indevidamente para pagamento de pensão alimentícia não configura o delito previsto no art. 316, § 2º, do CP, eis que o numerário não se destinava aos cofres públicos, elemento essencial para a plena tipificação. Absolvição decretada” (TJRS, Apelação 70008221442, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 15-4-2004).

Corrupção passiva

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.

— Pena com redação dada pela Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003.

§ 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 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal do Império (1830) distinguia a *peita* (art. 130), na qual a corrupção corporificava-se por meio do dinheiro ou qualquer outro donativo, e o *suborno* (art. 133), que era a corrupção por meio da influência ou do peditório. O art. 131 tipificava especificamente a *peita* relativa aos magistrados. O Código Penal de 1890, por sua vez, que empregava a mesma terminologia, reunia numa única "seção", sob o *nomen iuris* de "peita ou suborno", as mesmas modalidades de corrupção, que eram contempladas separadamente pelo diploma legal anterior, ou seja, disciplinando, separadamente, a corrupção ativa e passiva.

O Código Penal de 1940, finalmente, inspirado no Código suíço, disciplinou não apenas em dispositivos separados, mas também em capítulos distintos, a corrupção passiva e a corrupção ativa, rompendo, em tese, a bilateralidade obrigatória dessa infração penal, que, via de regra, pode consumar-se a passiva, independentemente da correspondente prática da ativa, e vice-versa. Essa opção do legislador, tratando as espécies de corrupção, ativa e passiva, como crimes autônomos, facilita sua punibilidade, os quais, nas modalidades de *solicitar* (passiva) e *oferecer*

(ativa), por exemplo, independem da anuência do *particular* ou do *funcionário público*, respectivamente, para consumarem-se, não significando, contudo, que tenha abandonado a teoria monística da ação, ou que tenha afastado, de forma absoluta, a bilateralidade ou o caráter plurissubjetivo do crime de corrupção que, em tese, continua possível (receber ou aceitar), como demonstraremos adiante.

2 Bem jurídico tutelado

A tipificação penal exige a *ofensa* de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o *injusto típico*. Enfim, o direito penal, e com ele a sanção, somente se justificam em função da proteção de bens jurídicos, que devem ser devidamente identificados e individualizados, sob pena de incorrer em puras *abstrações*, justificadoras de sistemas do tipo "lei e ordem". Bem jurídico protegido, no dispositivo em exame, é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública.

A corrupção, como já destacamos, não representa um problema novo, e tampouco é característica de determinado regime ou forma de governo, mas acompanha a civilização humana ao longo dos tempos, recebendo, contemporaneamente, a preocupação de organismos internacionais, como ocorre, por exemplo, com a "Convenção Interamericana contra a Corrupção", primeiro tratado internacional sobre o tema, ao determinar que "cada Estado-parte proibirá e sancionará o ato de oferecer ou prometer a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, através de seus nacionais, pessoas que têm residência habitual em seu território e empresas nele domiciliadas, qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios como presentes, favores, promessas ou vantagens, para que, em troca, o dito funcionário realize ou omita qualquer ato, no exercício de suas funções públicas, relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial. Entre aqueles Estados-partes que hajam tipificado o delito de suborno transnacional, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos da presente convenção" (art. 8º).

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, ao contrário da corrupção ativa, que pode ser praticada por qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial. Pode figurar como sujeito ativo aquele que, mesmo não se encontrando no exercício da função pública, utiliza-se dela para praticar o crime, ou se encontra temporariamente afastado, como, por exemplo, férias, licença etc. Ademais, admitindo a descrição típica a prática de condutas descritas, direta ou indiretamente, significa que o sujeito ativo pode utilizar-se, para sua execução, de interposta pessoa. Nada impede que o sujeito ativo, qualificado pela condição de funcionário público, consorcie-se com um *extraneus*, para a prática do crime, com a abrangência autorizada pelo art. 29 do Código Penal; pode, inclusive, um funcionário público, agindo como particular, participar de corrupção passiva, nas mesmas condições de um *extraneus*.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e Município), bem como a entidade de direito público, além do particular eventualmente lesado, quando, por exemplo, o funcionário público *solicita* a vantagem indevida, não ofertada nem prometida por aquele, não configurando, portanto, a corrupção ativa.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A corrupção passiva consiste em *solicitar, receber* ou *aceitar* promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas *solicitar, receber* ou *aceitar*, implícita ou explícita, seja motivada pela *função pública* que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo *relação de causalidade* entre ela e o fato imputado, não se pode falar em *crime de corrupção passiva*, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.

a) *Solicitar*, no sentido do texto legal, quer dizer *pedir*, postular,

demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo *extraneus* ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de "solicitar", por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) *receber* significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do *extraneus* a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas *aceita* como *recebe* a oferta ou promessa daquele. À ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) *aceitar* representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo *extraneus*. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um *extraneus*, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades — receber e aceitar —, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.

O objeto é a *vantagem*, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como *vantagem patrimonial*, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar *vantagem indevida* é necessário que a ação traduza "comércio" da função, isto é, deve existir *mercancia* da função pública.

É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É

indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública. Cumpre destacar, porém, que nem toda dádiva ou presente importa em corrupção, como demonstraremos no tópico 4.2 deste mesmo capítulo, logo abaixo.

4.1 Elemento normativo especial da ilicitude: vantagem indevida

A *vantagem*, como se constata, deve ser *indevida*. Vantagem “indevida” é aquela que é ilícita, ilegal, injusta ou *contra lege*, isto é, não amparada pelo ordenamento jurídico. Normalmente, a *ilegalidade da vantagem* é determinada por norma extrapenal. Ademais, a vantagem pode ser presente ou futura. A solicitação, recebimento ou aceitação da *vantagem indevida* pode ser direta ou indireta. É *direta* quando o sujeito ativo a formula diretamente à vítima ou *de forma explícita*, deixando clara a sua pretensão; é *indireta* quando o sujeito vale-se de interposta pessoa ou a formula tácita, implícita ou sub-repticiamente. O fato de o sujeito ativo não efetuar pessoalmente a *solicitação*, *recebimento* ou *aceitação* da vantagem indevida não desnatura a *corrupção*, apenas confirma a regra, valendo-se de interposta pessoa, na tentativa de expor-se o menos possível. Por outro lado, é indiferente que o ato funcional objeto da venalidade seja *lícito* ou *ilícito*, ou seja, que contrarie os deveres do cargo ou da função. A indiferença sobre a licitude ou ilicitude do ato objeto da conduta ativa ou omissiva do funcionário venal (a primeira hipótese seria de *corrupção imprópria*, a segunda, seria *própria*) reside na gravidade do tráfico ou comércio da função, que acarreta o descrédito e a degradação da Administração Pública perante a coletividade.

4.2 Corrupção antecedente e consequente: irrelevância

Por fim, a distinção entre *corrupção antecedente* e *subsequente* não apresenta maior relevância quanto a sua punibilidade. A primeira corresponde à propina dada ou prometida em face de uma *conduta futura*, e a segunda refere-se a uma *pretérita*. No particular, é irretocável o magistério de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 259) quando afirma: “A conduta criminosa pode manifestar-se antes ou depois do ato, ou, noutras palavras, a corrupção pode ser *antecedente* ou *subsequente*, dando-se a primeira quando o funcionário ainda praticará o ato, para o qual foi peitado, e a segunda, quando já o havendo executado, recebe agora, sem anterior acordo ou promessa, a vantagem indevida ou ilícita”. É incorreto

afirmar, diante do texto do art. 317, que não está contemplada a *corruptio subsequens*. Em primeiro lugar, não integra o tipo delitivo, implícita ou explicitamente, a necessidade do *pactum sceleris* entre corrupto e corruptor; em segundo lugar, o agente venal, mesmo sem o prévio ajuste, ao praticar o ato em favor de determinado "beneficiário", pode fazê-lo contando com a "recompensa", conhecendo-o, por exemplo, e sabendo de seu poder econômico e seu *curriculum* que o credencia como "gratificador" de quem o serve, fato que se concretiza como supunha o corrupto. Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 369) já fazia essa leitura nos seguintes termos: "o legislador pátrio não rejeitou o critério que remonta ao direito romano: mesmo a recompensa não ajustada antes do ato ou omissão do *intraneus* pode ter sido esperada por este, sabendo ele que o *extraneus* é homem rico e liberal, ou acostumado a gratificar a quem o serve".

4.2.1 Inaplicabilidade na corrupção ativa

Resumindo, nada impede que o funcionário pratique o ato funcional com a expectativa de ser "agraciado" com recompensa imoral, vindo, de acordo com sua previsão, a recebê-la posteriormente, o que caracteriza, igualmente, a mercancia da função pública, a despeito da inexistência de ajuste ou acordo prévio, incapaz de afastar o caráter criminoso da conduta do funcionário corrupto. No entanto, é oportuno salientar que essa conclusão, incensurável quanto à *corrupção passiva*, é inaplicável à *corrupção ativa*, ante os termos da descrição contida no art. 333: é atípica a conduta de quem dá a funcionário qualquer vantagem após aquele ter praticado ato funcional e não tendo antes concorrido de qualquer modo para que o fizesse. A proibição contida no art. 333 incrimina a conduta de "oferecer ou prometer vantagem indevida *para que faça ou deixe de fazer*", e não "porque fez ou deixou de fazer", que são coisas completamente diferentes; nos termos da previsão legal, *constitui corrupção ativa* "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, *para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*".

Pode-se até discordar da desarmonia do texto legal e do paralelismo que, teoricamente, deveria existir entre as figuras ativa e passiva, mas isso não nos autoriza a ignorar os *princípios da reserva legal* e da *tipicidade estrita*, e insistir na equivalência de figuras distintas significa adotar *analogia* de normas incriminadoras, inadmissível em direito penal. A doutrina italiana, por fim, é inaplicável, no caso, visto que o Código Rocco continha previsão

expressa em sentido contrário (art. 321).

4.3 Vantagem indevida e os princípios da adequação social e da insignificância

Aspecto igualmente importante e que também deve ser examinado, relativamente à *elementar normativa* "vantagem indevida", refere-se a sua abrangência, isto é, aos limites daquilo que pode ser considerado como "indevida vantagem", ou, em outros termos, o que constitui ou não objeto material do crime de corrupção. Nesse sentido, cumpre destacar, desde logo, que nem toda *dádiva* ou *presente* importa em corrupção. Assim, como não é aceitável que alguém presenteie, por exemplo, um magistrado com um apartamento ou um automóvel de luxo, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de Natal, tão comum na comunidade cristã no mundo inteiro.

O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, uma *valoração* de dito comportamento (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, determinados comportamentos em si mesmos típicos *carecem de relevância* por serem correntes no *meio social*, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o *socialmente permitido* ou mesmo tolerado. A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado*, lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material*, donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém substancialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza *materialmente* a descrição típica. Nesse sentido, não é qualquer *oferta*, qualquer *regalo* ou qualquer *mimo* que terá idoneidade material ou, se preferirem, *relevância social* de forma a lesar o bem jurídico tutelado materializando a tipicidade do crime de corrupção. A doutrina nacional, em meados do século passado, já se preocupava com algo semelhante, embora com linguagem e fundamento um tanto diferentes; destacava, com efeito, a *irrelevância de determinados donativos* para configurar o crime de corrupção, como deixam claro algumas passagens, que passamos a examinar. O próprio Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 370-1) preconizava: "Deve notar-se, porém, que as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratando, é bem de ver, de ato contrário à lei), não podem ser consideradas

material de corrupção. Também não se entendem como tal as tradicionais boas festas, de Natal ou Ano Novo, aos carteiros ou lixeiros". Pode-se acrescentar, v. g., que eventual "mistura" do próprio dinheiro do funcionário público com o da administração, para facilitar o *troco*, por exemplo, não configura, por si só, crime algum. No mesmo sentido, destaca Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 447) discorrendo sobre o crime de peculato, que tampouco configura conduta punível "quando o funcionário tiver necessidade de valer-se de pequenas quantias do dinheiro público recebido, para enfrentar despesas de manutenção ou de condução, quando a serviço do Estado, das quais posteriormente deverá ser reembolsado. Ou por haver esquecido em casa o próprio dinheiro".

Para concluir, a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo o *princípio da insignificância*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado, como ocorre nas hipóteses que examinamos neste tópico.

4.4 Reembolso de despesas indenizáveis: atipicidade

Algo semelhante ocorre, por exemplo, com as *despesas indenizatórias* que devem ser repassadas aos oficiais de justiça, de todo o Brasil, alguns estatizados, outros não, que despendem de recursos pessoais para realizar suas diligências, os quais, necessariamente, devem ser repostos pelas partes. Nesse sentido, destaca Fernando Capez (*Curso de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 2005, v. 3, p. 434): "Tratando-se de mero pedido de reembolso *de quantia que não exceda o que foi despendido pelo servidor para a realização da diligência, como, por exemplo, reposição de verba gasta com combustível, não se caracteriza o crime de corrupção passiva. É certo que tal pagamento é indevido, na medida em que tais despesas não podem ser pagas diretamente ao funcionário público, mas sempre por meio de guias, cujo recolhimento é feito em bancos oficiais. Entretanto, não se pode falar em 'vantagem', pois houve mero reembolso, sem qualquer lucro para o agente público.* Não se caracteriza, portanto, a elementar vantagem

indevida, mas apenas ressarcimento irregular". Realmente, nessa hipótese, nem se pode falar em "vantagem", muito menos em "vantagem indevida", pois se *vantagem* fosse não seria "indevida", na medida em que reembolsar despesas realizadas jamais representará *vantagem*, e sem a presença dessa elementar normativa não se pode falar em corrupção, ativa ou passiva; ademais, o reembolso além de não configurar vantagem, é *devido*, mesmo que o procedimento adotado possa, eventualmente, ser equivocado, podendo, no máximo, caracterizar simples *irregularidade administrativa*, sem qualquer conotação penal. Nessa linha, Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich, em memorável arrazoado forense, demonstram que "A jurisprudência é ciente de que a estrutura de organização judiciária no Brasil padece do sério problema da falta de verba oficial para que se cumpram os mandados judiciais. De igual forma, é nítido, na esfera civil, que as *despesas devem ser pagas pelo interessado*, quer adiantando as quantias presumivelmente necessárias, quer, como ocorreu, reembolsando os serventuários pelas despesas. Assim, a norma processual civil descaracteriza hipótese de crime quando a parte arca com as despesas para o cumprimento dos mandados judiciais".

Para concluir, a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo o *princípio da insignificância*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado, como ocorre nas hipóteses que examinamos neste tópico.

4.5 Natureza da vantagem indevida: patrimonial e extrapatrimonial

A doutrina, de um modo geral, tem-se dividido sobre a necessidade de a vantagem ser de *natureza econômicopatrimonial*. Para Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 370), por exemplo, "a indébita vantagem solicitada, recebida ou prometida há de ter caráter patrimonial (há de representar um *pretium* no *mercado* ou *compra* e *venda* do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade material (*utila reperiebantur ea*

quibuscunquesciret aliquis uto)". Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 260), por sua vez, perfilhava em sentido contrário, afirmando: "somos dos que optam pelo sentido amplo. Ao contrário do que se passa na concussão — onde a expressão pode ser tomada em sentido restrito —, aqui se trata do fato de o funcionário *corromper-se*, isto é, praticar ou não um ato visando a uma *retribuição*, que pode não ser econômica, sem que nem por isso deixe de traficar com a função pública". Essa é a corrente majoritária, admitindo que a *vantagem* pode ser de qualquer natureza, moral, material ou patrimonial, mesmo que possa ser obtida indiretamente.

Ao examinarmos os crimes contra o patrimônio, particularmente os de extorsão (art. 158) e extorsão mediante sequestro (art. 159), destacamos que, quando a lei quer restringir a vantagem à natureza econômica, o faz expressamente, orientação normalmente adotada na disciplina dos crimes patrimoniais (arts. 155 a 183). Por isso, a exemplo do que sustentamos quando examinamos o crime de concussão, a vantagem indevida pode ser de qualquer natureza: patrimonial, quando a vantagem exigida referir-se a bens ou valores materiais; não patrimonial, de valor imaterial, simplesmente para satisfazer sentimento pessoal, buscar uma forma de reconhecimento, por pura vaidade, como, por exemplo, a concessão de um título honorífico, a conferência de um título de graduação, enfim, a vantagem indevida pode não ter necessariamente valor econômico.

4.6 A indispensável bilateralidade residual no crime de corrupção

A decantada perspicácia de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 429-30) levou-o a essa inevitável constatação ao afirmar: "Perante nosso Código atual, a corrupção nem sempre é *crime bilateral*, isto é, nem sempre pressupõe (em qualquer de suas modalidades) um *pactum sceleris* (...). O *pactum sceleris* ou *bilateralidade* só se apresenta nas modalidades de *recebimento* da vantagem indevida ou da *aceitação da promessa* de tal vantagem por parte do intraneus *[corrompido]*, ou da adesão do extraneus *(corruptor)* à solicitação do intraneus, ou nas formas qualificadas previstas nos § 1º e parág. único, respectivamente, dos arts. 317 e 333". Esse entendimento de Hungria foi acompanhado por Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 470), nos termos seguintes: "das modalidades de corrupção passiva previstas em lei, ao menos duas, *receber* e *aceitar*, importam na bilateralidade da conduta". Não era outro o entendimento de Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 416),

que, enfaticamente, pontificava: “na forma de receber, o crime é bilateral, sendo inconcebível a condenação do agente sem a do correspondente autor da corrupção ativa”. À corrupção do funcionário (passiva) corresponde a ação do particular, que, de alguma forma, a promove (ativa), especialmente nas modalidades de *receber* e *aceitar* promessa de vantagem, sendo, por conseguinte, impossível a ocorrência de um crime sem a do outro. Interessante destacar, na mesma linha de raciocínio, a acertada conclusão de Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 382), que, mesmo não declinando expressamente a *obrigatoriedade da bilateralidade* nesses tipos de *corrupção passiva*, afirma: “Tanto no recebimento como na aceitação da promessa perfaz-se também o correspondente delito de corrupção ativa (art. 333). Em tal caso, não há que falar em tentativa, porque ou o delito se consuma com o recebimento ou com a aceitação da vantagem indevida ou o funcionário a repele, caracterizando-se apenas o delito de corrupção ativa”.

4.6.1 Modalidade “sui generis” de autoria colateral

Enfim, o crime de corrupção, nas modalidades de *solicitar* ou *oferecer*, nas quais, digamos, a despeito de consumado (crime formal), não ocorre o exaurimento em razão da não adesão de corrupto e corruptor, um na ação do outro, caracteriza-se uma espécie *sui generis* de “autoria colateral” ante a ausência desse liame subjetivo entre ambos. Concluindo, a tipificação da corrupção, nas modalidades de *solicitar* (passiva, art. 317) e *oferecer* (ativa, art. 333), em crimes autônomos, não decorre do afastamento da teoria monística da ação, mas da inexistência das causalidades física e psicológica que impedem a imputação penal concorrente, por não caracterizar concurso de pessoas, seja eventual, seja necessário.

Por outro lado, a *corrupção* nas modalidades de “receber” e “aceitar”, que presumem a correspondente “oferta” ou “promessa” do corruptor, são condutas física e subjetivamente vinculadas umas às outras. Embora o *pactum sceleris* não seja requisito obrigatório, repetindo, em todas as hipóteses do crime de corrupção, nas modalidades de *receber* (vantagem indevida) ou *aceitar* (promessa) a *bilateralidade* é inerente a referidas condutas, pois somente se *recebe* ou se *aceita* se houver em contrapartida quem *ofereça* ou *prometa*. Em outros termos, para a configuração da *corrupção passiva*, segundo esses verbos nucleares, é indispensável a presença da figura *ativa*, e vice-versa. No *plano material*, portanto, o reconhecimento da corrupção passiva, nas modalidades de *receber* ou

aceitar, implica, necessariamente, a configuração da correspondente corrupção ativa (bilateralidade), seja na modalidade de oferecer, seja na modalidade de prometer (art. 333); no *plano processual*, contudo, essa *bilateralidade*, que é fático-jurídica, depende da produção da prova da autoria correspondente.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, que é constituído pela vontade consciente de solicitar, receber ou aceitar, direta ou indiretamente, *vantagem indevida* do sujeito passivo da infração penal. É necessário que o agente saiba que se trata de vantagem indevida e que o faz em razão da função que exerce ou assumirá, isto é, que tenha consciência dessa circunstância. É indispensável, enfim, que o dolo abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o *erro de tipo*, que, por ausência de dolo (ou por dolo defeituoso), afasta a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

O *elemento subjetivo especial do tipo* é representado pela finalidade da ação que visa vantagem indevida, *para si ou para outrem*. Tratando-se de elemento subjetivo especial, não é necessário que se concretize, isto é, que a vantagem seja efetivamente alcançada pelo destinatário — para si ou para outrem —, sendo suficiente que essa seja a finalidade orientadora da conduta do agente. Mas a ausência desse *animus* — para si ou para outrem — desnatura a figura do crime de corrupção passiva. Logicamente, quando essa circunstância se fizer presente, haverá uma espécie de inversão do ônus da prova, devendo o agente demonstrar, *in concreto*, que a finalidade da conduta praticada era outra, e não a de obter vantagem indevida, *para si ou para outrem*.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

A corrupção passiva consuma-se instantaneamente, isto é, com a simples solicitação da vantagem indevida, recebimento desta ou com a aceitação da mera promessa daquela. Para a tipificação dessa infração penal é irrelevante que o ato funcional venha a ser praticado ou não em decorrência da propina. O crime de corrupção, na modalidade de “solicitar”, é *formal*, ou seja, sua

consumação não depende do recebimento efetivo, configurando-se com a simples solicitação da *vantagem indevida*, mesmo que não seja atendida, não sendo necessária a adesão do *extraneus* à vontade do agente para consumar-se. Por isso, é fundamental que, nessa modalidade, a *solicitação* preceda a obtenção da "indevida vantagem", isto é, a solicitação não pode ser posterior a ela. Nas hipóteses de recebimento ou de aceitação da vantagem indevida, em que a iniciativa é do corruptor, consuma-se a corrupção passiva com o recebimento ou com a manifestação do aceite da promessa. Nessas duas hipóteses — recebimento e aceitação — também se aperfeiçoa o correspondente crime de corrupção ativa (crime bilateral).

6.2 Tentativa

Não é, em regra, admissível a tentativa nas modalidades de *solicitar* vantagem indevida ou *aceitar* promessa dela, tratando-se, na terminologia de alguns autores, de crimes de consumação antecipada. Na verdade, em qualquer das modalidades, embora seja de difícil configuração a figura tentada, quando, *in concreto*, for possível interromper o *iter criminis*, a tentativa poderá configurar-se.

7 Figura majorada (parágrafo único)

A exemplo da previsão do parágrafo único do art. 333 (corrupção ativa), se o funcionário público, em razão da vantagem ou promessa dela, *retarda* ou *omite* ato de ofício ou o pratica *infringindo dever funcional*, a pena é majorada em um terço. Não deixa de ser uma espécie de punição pelo exaurimento do crime. Entretanto, se o funcionário pratica *ato de ofício* de natureza legal, sem violar o *dever funcional*, não incide na forma qualificada, e sim no *caput* do art. 317 do CP. Com efeito, para a tipificação do *caput* do art. 317 é irrelevante a infração de *dever funcional*; no entanto, para configurar a *aplicação da causa de aumento*, paradoxalmente, somente se houver infringência de tal dever, justificando a *perplexidade*, na medida em que o exaurimento do crime somente fundamenta maior sanção penal se houver a infringência de dever funcional.

Por outro lado, a majorante se configura, desde que haja omissão ou retardamento de ato de ofício, em razão da vantagem ou promessa dela. Para essa hipótese "omissiva", não há exigência expressa de infringência de dever funcional, embora, em regra, o retardamento ou omissão de ato de

ofício implique, em princípio, a violação do *dever funcional*, salvo se houver alguma justificativa razoável. Há, ainda, a majorante especial, prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal.

8 Figura privilegiada: pedido ou influência

O funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem (§ 2º). Essa majorante aplica-se em todos os crimes descritos neste capítulo. O menor desvalor da ação reside na motivação da conduta, que não é constituída pela venalidade da função, traficada por vantagem indevida, mas cede atendendo pedido ou por influência de outrem, ou seja, para satisfazer interesse ou pretensão de terceiros ou para agradar ou bajular pessoas influentes.

Nessa hipótese, afastada a motivação da venalidade, é necessária a presença da elementar normativa de infringência de *dever funcional*. Em outros termos, se o funcionário praticar, deixar de praticar ou retardar ato de ofício, cedendo a pedido ou influência de outrem, sem, contudo, infringir dever funcional, não se configura a minorante.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a doze anos, e multa. A figura majorada prevê a mesma pena, aumentada de um terço, e a privilegiada, detenção de três meses a um ano, ou multa.

A partir de 13 de novembro de 2003, a pena privativa de liberdade foi elevada para dois a doze anos de reclusão (Lei n. 10.763/2003), mantida, cumulativamente, a de multa. Essa pena, como sempre, é irretroativa, sendo aplicável somente aos fatos praticados após a sua vigência. Mantém um equívoco políticolegislativo, qual seja o exagerado distanciamento entre o mínimo e o máximo, deixando margem muito grande ao poder discricionário do julgador na dosagem da pena. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"*Corrupção Ativa*. Comete o crime previsto no art. 333, parágrafo único, do CP, o agente que promete a entrega de dinheiro a Vereador para que este, infringindo dever funcional,

providencie a aprovação de emenda a Projeto de Lei Complementar. *Corrupção Passiva*. Pratica o delito contemplado no § 1º do art. 317 do CP o Vereador que solicita dinheiro para ser aprovada emenda a Projeto de Lei Complementar, infringindo dever funcional" (TJRS, Apelação 70021540331, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6-3-2008).

"Comprovadas materialidade e autoria delitiva do crime de corrupção passiva. A circunstância de o réu ser Agente de Polícia Federal à época da conduta delitiva não impede a decretação da perda de seu atual cargo de Delegado de Polícia Federal, nos termos do art. 92, I, *a*, do Código Penal" (TRF – 3ª Região, Apelação 2004.61.02.007720-3, Rel. André Nekatschalow, j. 12-11-2007).

"Art. 317 do CP. Corrupção passiva. Réu policial militar. Competência da justiça militar. Em se tratando de policial militar, que solicitou vantagem indevida em razão da função, a competência para processo e julgamento do feito é da justiça castrense, à luz do art. 9º, inciso II, *c,* do Código Penal Militar. Anulação parcial do feito, por incompetência absoluta do órgão julgador" (TJRS, Apelação 70018782417, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 17-5-2007).

"Corrupção Passiva. Cometem o crime previsto no art. 317 do CP os policiais civis que, em razão da função, solicitam e recebem dinheiro do proprietário de um veículo furtado que foi recuperado" (TJRS, Apelação 70017362690, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 30-11-2006).

"Art. 317, § 1º, do CP. Para a configuração do delito de corrupção passiva se faz necessário que o ato de ofício em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público (Precedentes do STJ e do STF)" (STJ, REsp 825.340/MG, Rel. Félix Fischer, j. 17-8-2006).

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.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O legislador brasileiro, mais uma vez, volta a adotar exceção à *teoria monística* consagrada, como regra, ao longo de todo o Código Penal. E o faz, segundo sua justificativa, para punir com maior severidade esta figura autônoma de "facilitação de contrabando ou descaminho" do que o próprio *contrabando ou descaminho*. A razão dessa opção legislativa repousaria na infidelidade do servidor pela violação de dever funcional caracterizadora de grave ato de improbidade administrativa. Embora os fundamentos sejam verdadeiros, a opção mostra-se desnecessária e inadequada, na medida em

que se poderia atingir o mesmo objetivo, com o simples destaque em um parágrafo do art. 334, que trata do crime de contrabando ou descaminho.

A inadequação dessa opção do legislador pode ser constatada, por exemplo, na opção doutrinária feita por Magalhães Noronha, que, em seu respeitável *Manual de Direito Penal*, alterou a sequência que adota no exame dos crimes em espécie, sempre seguindo a ordem prevista pelo Código Penal, para abordar, conjuntamente, esse crime com aquele do contrabando ou descaminho, por sua evidente correlação, simplificando a própria análise elaborada.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários e, de forma muito especial, o *dever funcional*, que, nesse tipo de infração penal, é vulnerado pela infidelidade à confiança que a Administração Pública depositara em seus agentes.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, mas não qualquer funcionário, somente aquele que exerça a função fiscalizadora, pois a essência da reprovação penal reside exatamente na infringência desse *dever funcional*. Em outros termos, não basta ser funcionário público, é indispensável que este, facilitando o contrabando ou descaminho, viole seu dever funcional de fiscalizá-lo. Se outro funcionário público, sem esse dever funcional específico, por exemplo, concorrer de alguma forma para o crime de contrabando ou descaminho, responderá por este (art. 334) e não pela figura especial da facilitação (art. 318). Nada impede que possa ocorrer a figura do concurso eventual de pessoas, seja com *extraneus*, seja com outro funcionário sem esse dever funcional. Ademais, se não concorrerem com algum funcionário que tenha o *dever funcional* de fiscalizar contrabando ou descaminho, responderão pelo *crime de contrabando ou descaminho*, e não por sua *facilitação*, pois a ausência desse *elemento normativo* altera a figura típica.

Sujeito passivo é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, especialmente em sua integridade

orçamentário-fiscal.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *facilitar* (promover, tornar propício, de forma comissiva ou omissiva), com infração ao *dever funcional*, qual seja o dever de reprimir e combater o contrabando ou descaminho. Facilitar é tornar fácil, remover obstáculos ou empecilhos que possam dificultar a ação de contrabandear ou descaminhar mercadorias. A ação de facilitar pode ser concretizada através de ação ou de omissão. A *ratio* dessa punição autônoma reside na conveniência de punir mais severamente o funcionário que transgride o *dever funcional* de combater o contrabando ou o descaminho.

O crime do art. 318 do Código Penal tem como pressuposto a *infração a dever funcional*, somente podendo ser praticado pelo funcionário que tem como atribuição legal prevenir e reprimir o contrabando ou descaminho. Assim, não pratica o crime em questão, por exemplo, o funcionário público em cujas atribuições não se inclui a repressão ao crime do art. 334 do Código Penal. Na ausência do *elemento normativo do tipo* "com infração de dever funcional", o funcionário público poderá responder como participante do crime de contrabando ou descaminho tipificado no art. 334, nos moldes do art. 29, ambos do CP.

Sintetizando, é necessário que o funcionário *facilite* o contrabando ou descaminho, infringindo seu *dever funcional*, isto é, deixando de cumprir os deveres que lhe são inerentes em razão da função que exerce, qual seja a de controlar, fiscalizar e impedir a entrada ou saída de mercadorias, do território nacional, irregularmente, ou assegurar o pagamento dos impostos devidos, quando estas forem permitidas.

4.1 Competência da Justiça Federal

O processo é de competência da Justiça Federal. *Vide* o art. 3º do Decreto-lei n. 16/66 (produção, comércio e transporte clandestino de açúcar e álcool); art. 7º da Lei n. 4.729/65 (crime de sonegação fiscal); e o art. 21 da Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de facilitação de contrabando ou descaminho é o dolo, constituído pela *vontade de facilitar* o contrabando ou o descaminho, tendo *consciência* de que *infringe dever funcional*. Não há exigência de qualquer finalidade especial do injusto. Tampouco há previsão de modalidade culposa, sendo punível somente a conduta dolosa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a simples ação de facilitar, com infringência de dever funcional, independentemente de se efetivar o contrabando ou o descaminho. O crime funcional é *facilitá-lo* e não *praticá-lo*. "Pode, portanto, acontecer — destacava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 346) — que ele já tenha *desempenhado* todo o *seu papel*, nada mais lhe restando por fazer, e, dessarte, consumado o crime do art. 318, ainda que o mesmo não ocorra...". A ocorrência efetiva do contrabando ou descaminho representará apenas o exaurimento do crime, sem qualquer relevância na pena cominada, restando a possibilidade, à evidência de sua adequação na fase de dosimetria penal, *in concreto*.

A tentativa é, teoricamente, possível desde que a facilitação ocorra por meio de conduta ativa; sendo omissa a facilitação, por óbvio, não se configurará a figura tentada.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de três a oito anos, e multa. A pena privativa de liberdade, constata-se, é tanto a *cominada à corrupção passiva* (art. 317) quanto à concussão (art. 316), mas isso, cabe novamente o destaque, é fruto da *esquizofrenia legiferante* a que nos referimos quando abordamos o crime de concussão, pois a punição original dessa infração penal era, coerentemente, de dois a cinco anos de reclusão, tendo sido modificada pelo legislador de plantão com a Lei n. 8.137/90 (art. 21). Ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O delito de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do Código Penal) tem caráter formal, consumando-se no momento em que ocorre o ato de facilitação, ainda que não se dê por realizado o contrabando ou descaminho, não exigindo a lei fim especial da conduta, sendo irrelevante o agente visar ou não à vantagem. As provas carreadas aos

autos demonstram, à saciedade, a prática pela ré do delito capitulado no art. 318 do Código Penal, posto ter procedido à liberação fraudulenta de mercadorias, sujeitas ao pagamento de tributos. Se se tratasse, realmente, de mercadorias isentas de pagamento de imposto, não haveria motivos para a não observância de todas as etapas dos trâmites legais para o respectivo desembaraço" (TRF – 3ª Região, Apelação 1999.03.99.026619-3, Rel. Suzana Camargo, j. 26-2-2007).

"Crime de facilitação a descaminho ou prevaricação. Os elementos indicativos dos autos levam a crer que o delito de descaminho teria se consumado com a liberação das mercadorias dada pelo paciente. Consequentemente, incorreria, o mesmo, no delito de facilitação a descaminho (art. 318 do Código Penal)" (STJ, HC 27.689/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 9-12-2003).

Prevaricação

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No nosso Código Criminal do Império (1830) era considerada prevaricação uma "série de violações de deveres praticados por funcionários públicos, por afeição, ódio ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu" (art. 129). O Código Penal de 1890 seguiu o mesmo sistema do anterior (art. 207), mas "subordinou ao crime várias outras infrações de deveres praticados por advogado ou procurador (que o Código vigente, com técnica superior, situou entre os crimes contra a administração da justiça) (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 375).

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Prevaricação é a *infidelidade ao dever de ofício* e à função exercida; é o descumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por

interesses ou sentimentos próprios. Dentre os deveres inerentes ao exercício da função pública, o mais relevante deles é o que consiste no cumprimento pronto e eficaz das atribuições do ofício, que deve ser realizado escrupulosa e tempestivamente, para lograr a obtenção dos fins funcionais. O sentimento do funcionário público não pode ser outro senão o do dever cumprido e o de fazer cumprir os mandamentos legais.

Embora aqui o funcionário infiel não negocie com a sua função, como ocorre na corrupção passiva, denigre-a igualmente, pois viola o dever de ofício, em prol de interesses subalternos (interesses ou sentimentos pessoais) relativamente ao ato que deve praticar. Essa criminalização objetiva, enfim, impedir procedimento que ofende e degrada o bem jurídico — interesse da administração pública — quando o funcionário é impelido por objetivos ou sentimentos pessoais, contrários, portanto, aos deveres que lhe são inerentes ao cargo e à função.

O *objeto material* do crime de prevaricação é o "ato de ofício", que é aquele que o funcionário público deve praticar em decorrência dos seus deveres funcionais, consequentemente, segundo o tipo penal, é necessário que o sujeito ativo encontre-se no exercício de suas funções regulamentares.

3 Sujeitos do crime

3.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, a exemplo do que ocorre no crime de corrupção passiva, tratando-se, por conseguinte, de crime próprio, que exige essa condição especial do sujeito ativo, mas somente, advirta-se, se for competente para realizar o ato de ofício (administrativo, legislativo ou judicial). É indispensável que o agente encontre-se no exercício de sua função, e, para satisfação de *interesse* ou *sentimento* pessoal, retarde ou deixe de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou o pratique contra disposição expressa de lei. Evidentemente que não pode praticar esse crime quem não se encontra no exercício da função ou, por qualquer razão, encontre-se temporariamente dela afastado, como, por exemplo, de férias, de licença etc.

3.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e Município), bem como a entidade de direito público, além do particular eventualmente lesado ou prejudicado pela conduta do funcionário. O Estado é sempre sujeito passivo primário de todos os crimes, naquela linha de que a lei penal tutela, em primeiro lugar, o interesse da ordem jurídica geral, da qual aquele é o titular. No entanto, há crimes, como este que ora estudamos, em que o próprio Estado surge como sujeito passivo particular, individual, pois lhe pertence o bem jurídico ofendido pela ação do funcionário infiel.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas, alternativamente, são as seguintes: *retardar* ou *deixar* de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou *praticá-lo* contra disposição legal. As duas primeiras modalidades são *omissivas*, e a última é *comissiva*. O agente, em qualquer dos casos, visa a *satisfação de interesse ou sentimento pessoal* (interesse esse que pode ser patrimonial ou moral; o *sentimento*, por sua vez, é resultado de amor, ódio, paixão, emoção etc. do agente). A criminalização dessas condutas tem por objetivo evitar procedimento que denigre o bem jurídico protegido — interesse da administração pública — por funcionário impelido por objetivos particulares, quais sejam a satisfação de interesses ou sentimentos pessoais.

4.1 Ação de retardar

Retardar significa protelar, atrasar, procrastinar, indevidamente, a prática de ato de ofício, isto é, não realizar no prazo normalmente estabelecido para sua execução, deixando fluir tempo relevante para a sua prática (na hipótese de inexistência de prazo fixado), para satisfazer *sentimento* ou *interesse* pessoal. Exemplo da conduta de *retardar* ato de ofício seria a hipótese do atendente de cartório judicial que, devendo expedir *alvará de soltura*, por não simpatizar com o advogado, deixa de fazê-lo com a brevidade que a medida exige. Enfim, retardar é não praticar o ato em tempo oportuno ou praticá-lo fora do prazo legal. Mesmo que o ato possa ser praticado após a expiração do prazo legal, ainda que tal retardamento não acarrete sua invalidade, configurará o crime de prevaricação.

4.2 Ação de deixar de praticar

Deixar de praticar constitui conduta omissiva através da qual, devendo realizar determinado ato, o funcionário mantém-se *inerte* com a intenção ou o propósito de não realizá-lo. Distingue-se da conduta anterior, porque, naquela, a intenção do funcionário é apenas procrastinar a realização do ato que, mesmo com atraso, termina sendo praticado; nesta, contrariamente, o ato acaba não sendo tempestivamente executado, isto é, em tempo hábil para atingir a sua finalidade, ou seja, *deixar de praticar* é omiti-lo de forma definitiva, e não simplesmente retardá-lo. Convém destacar, porém, que, tanto numa hipótese quanto noutra, o ato de que se trata deve ser *legítimo*. Convém destacar, ademais, que quando se utiliza de "obstrucionismo" como mero expediente dissimulador do retardamento ou da omissão, indevida, da prática de ato de ofício, *configura-se o crime de prevaricação*, que exige, nessa modalidade, grande cautela e habilidade na sua apuração, ante a dificuldade para se apurar se há ou houve excesso de zelo ou velada obstrução indevida.

4.2.1 Ausência de prazo: dificuldade na sua caracterização

Nas duas modalidades *omissivas*, particularmente quando não há prazos fixos previamente estipulados para a prática do ato de ofício, normalmente há maior dificuldade para sua apuração, principalmente, da conduta de "retardar ato de ofício", indevidamente, pois o prazo legalmente fixado é um marco que, no plano objetivo, facilita a comprovação da *omissão funcional*. Nesse caso, normalmente, o funcionário púbico detém certa discricionariedade na avaliação de conveniência e oportunidade de praticar certos atos, que afasta possível prevaricação, ressalvada a hipótese de restar demonstrada a configuração de autêntica arbitrariedade (discricionariedade e arbitrariedade são coisas absolutamente distintas): *discricionariedade* implica liberdade de ação e decisão no plano administrativo, nos limites legalmente permitidos; *arbitrariedade*, por sua vez, é característica de ação contrária ao ordenamento jurídico, que ultrapassa os limites legalmente permitidos. "*Ato discricionário* — na definição de Hely Lopes Meirelles — não se confunde com *ato arbitrário*. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido".

4.2.2 Elementar normativa: indevidamente

O *retardamento* ou a *omissão* (deixar de praticar) de ato de ofício configurarão as condutas contidas no texto legal somente se ocorrerem *indevidamente*, isto é, sem causa justa. *Indevidamente*, como elementar normativa tanto na primeira como na segunda condutas, significa que o retardamento ou a omissão devem ser injustos, ilegais, isto é, não amparados pelo ordenamento jurídico, enfim, *contra legis*. Significa, por outro lado, reconhecer que podem ocorrer motivos de força maior, os quais justifiquem o retardamento ou a omissão de atos de ofício, que, como reconhece nosso Código Penal, afastam a antijuridicidade da conduta. Ademais, não é, pode-se afirmar, *ato de ofício* o praticado contra as normas vigentes ou a sistemática habitual. *Indevida* é a omissão não permitida, não autorizada, é aquela que infringe o *dever funcional* de agir.

4.3 Praticar ato de ofício, contra disposição legal

Por fim, *praticar* ato de ofício, contra disposição expressa de lei, significa que o funcionário pratica um ato ilegal, contraria o ordenamento jurídico, constituindo, na verdade, uma infração administrativo-penal bem mais grave que as representadas nas duas primeiras condutas (*retardar* ou *deixar de praticar*...), que são puramente omissivas; mereceria, a nosso juízo, sanção mais grave que a cominada no dispositivo, se observarmos o *princípio da proporcionalidade* (embora tal consideração não passe do plano políticocriminal, ante a proibição do venerável princípio da reserva legal).

4.3.1 Proporcionalidade ignorada

Desejamos apenas deixar claro que o legislador não foi feliz ao dispensar o mesmo tratamento a condutas tão díspares, com *desvalores* tão diferenciados como são as condutas contidas no art. 319 do CP. Nessa modalidade, nas palavras de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 377), “o agente substitui a vontade da lei pelo seu arbítrio, praticando, não o ato que é de seu dever praticar, mas outro contrário à ‘disposição expressa de lei’ (*ilegítimo*)”. Mais que ilegítimos, diríamos nós, *ilegal*, como prescreve o dispositivo em estudo. A locução “contra disposição expressa de lei” refere-se a ato legislativo emanado do poder competente, isto é, do Poder Legislativo, e elaborado de acordo com o processo

legislativo previsto no texto constitucional. Portanto, a expressão “lei” utilizada no tipo penal tem o significado restrito, formal, compreendendo o conteúdo e o sentido desse tipo de diploma jurídico, que o comando normativo deve ser claro, preciso e expresso, de tal forma a não pairar dúvida ou obscuridade a respeito do procedimento a adotar. Enfim, a prática de ato, no exercício da função, “contra expressa disposição de lei”, é nula e, ainda, assume o caráter de fraudulenta se o ato tiver sido dolosamente orientado, quando fosse possível e obrigatória a realização de um ato válido. Manzini orientava-se nesse sentido, destacando que “não é um *ato de ofício*, mas sim um expediente caprichoso e fraudulento que impõe maior reprovação à conclusão contrária aos deveres de ofício”.

4.4 Ato de ofício: próprio da função ou cargo

O crime de *prevaricação* somente se aperfeiçoa quando o funcionário público, no exercício de sua função, *retarda* ou *omite* ato de ofício, indevidamente, ou o *pratica* contra disposição expressa de lei. É necessário que qualquer das condutas incriminadas refira-se a “ato de ofício”, isto é, relativo às atribuições funcionais e territoriais regulares do funcionário público. Em outros termos, o retardamento ou omissão, indevidos, ou sua prática contra disposição legal expressa, deve referir-se a “ato de ofício” da competência do funcionário prevaricador. Com efeito, para a configuração do crime de *prevaricação* exige-se que o *ato retardado* ou *omitido*, indevidamente, ou *praticado* contra expressa disposição de lei esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público prevaricador. Se o *ato* não é da competência do funcionário, poder-se-á identificar outro crime, mas, com certeza, não o de prevaricação. Quando determinado ato, por exemplo, pode ser realizado “por qualquer do povo”, à evidência, não se trata de “ato de ofício”.

4.5 Satisfação de interesse ou sentimento pessoal

É indispensável, por fim, que a ação ou omissão do funcionário público seja praticada para satisfazer *interesse* ou *sentimento pessoal*, constituindo uma característica fundamental que distingue a *prevaricação* de outros crimes da mesma natureza. Com efeito, essa particularidade diferenciadora dos demais crimes similares foi uma introdução do grande Código Criminal do Império, reconhecido mundialmente como um dos melhores diplomas legais codificados do século XX, distanciando-se, no particular, do não

menos extraordinário Código Penal francês de 1810. Com efeito, passou-se a exigir que a infidelidade funcional com descumprimento ou violação de dever funcional tivesse uma *causa psicológica*, que o atual Código Penal de 1940 sintetizou no *especial fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. No entanto, como essa satisfação de interesse ou sentimento pessoal constitui *elementar subjetiva especial do injusto*, vamos examiná-la mais detidamente no tópico seguinte.

5 A prevaricação praticada por juiz no exercício da função jurisdicional ou administrativa

O *magistrado*, a exemplo de qualquer funcionário público, também pode ser sujeito ativo do crime de prevaricação, tanto no exercício da função jurisdicional como também da função administrativa, como já pontificava Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 378-9): "...o nosso vigente Código (rejeitando o exemplo de certos Códigos alienígenas) não distingue, para diverso tratamento penal, entre a prevaricação do juiz e a do funcionário em geral: uma e outra estão compreendidas no art. 319". Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 425) ratificava esse entendimento, *in verbis*: "tendo em vista o critério que adotou nossa lei em relação a essa espécie de delitos, não se exclui que o crime possa também ser praticado por magistrados e outros funcionários da justiça".

Exemplo de "deixar de praticar" ato de ofício seria a conduta de *magistrado* que toma conhecimento de dados ou fatos que o tornam *impedido* de manter-se na presidência de determinado processo criminal, mas, por *razões pessoais* (satisfação de interesse ou sentimento), continua praticando atos processuais, deliberando e determinando diligências etc., para, só mais adiante, invocar seu "impedimento", por fatos que tomou ciência há mais tempo (ou mesmo que nunca venha a reconhecer esse estado, quando comprovadamente existir). Nessa hipótese, mais que mera irregularidade funcional, administrativa ou puramente processual, transcende para o *plano material*, tipificando o crime de *prevaricação* (o Código Penal brasileiro de 1940 não distingue a prevaricação praticada por juiz daquela praticada por qualquer outro funcionário, ao contrário da orientação seguida pelas legislações modernas, como, por exemplo, o atual Código Penal espanhol, arts. 446 e 447).

5.1 Prevaricação judicial no Código Penal espanhol

Muñoz Conde (*Derecho Penal*, p. 978) exemplifica como *prevaricação* "el retraso excesivo en la adopción de una resolución, la arbitrariedad (que no es la esencia de la prevaricación, sino una forma de manifestación de la misma), la desviación de poder, la decisión desigual de supuestos iguales (se le da, por ej., la licencia de construcción a unos, pero no a otros que se encuentran en la misma situación". Nesse sentido, vale a pena transcrever ao menos a primeira parte do art. 449 do atual Código Penal espanhol, *in verbis*: "1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima" (art. 449). *Vide* nosso *Tratado de Direito Penal*.

5.2 Motivação: similar nos dois diplomas legais

Nosso Código Penal, que não distingue prevaricação de juízes e demais funcionários, ao contrário do espanhol, fundamenta, como este, a criminalização da prevaricação no fim especial motivador da conduta: o espanhol — na *obtenção de qualquer finalidade ilegítima ou, o que dá no mesmo, contrária ao Direito* —, o brasileiro — na *satisfação de interesse ou sentimento pessoal* — o que, *mutatis mutandis*, significa basicamente a mesma coisa. A ausência dessa finalidade especial, tanto num quanto noutro diploma legal, desqualifica a prevaricação para pura infração administrativa.

Aclarando, finalmente, o sentido da elementar *sentimento pessoal*, vale a pena invocar novamente o magistério de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 378), que sentenciava: "Por *sentimento pessoal* entende-se a afeição, a simpatia, a dedicação, a benevolência, a caridade, o ódio, a *parcialidade* (grifamos), o despeito, o desejo de vingança, a paixão política, o prazer da prepotência ou do mandonismo, a subserviência, o receio de molestar os poderosos, etc.". Normalmente, a *ilegalidade* do retardamento ou da omissão da prática do *ato de ofício* encontra-se na própria norma penal, seja de natureza material, seja de natureza processual, embora possa situar-se em normas extrapenais, como nas leis de organização judiciária, de direito administrativo, fiscal etc.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de *retardar* ou *omitir*, indevidamente, *ato de ofício* ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. É indispensável que o agente tenha *consciência* de que o retardamento ou a omissão do ato que compete realizar é indevido, ou seja, sem justificativa, ou, então, que o pratica contra as disposições legais, ou seja, que sua realização, nas circunstâncias, contraria as determinações do ordenamento jurídico. É necessário, como temos repetido, que o *dolo* abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o *erro de tipo*, que, por ausência de dolo (ou por dolo defeituoso), afasta a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

6.1 Satisfação de interesse ou sentimento pessoal

Necessária a presença do *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim de agir,* que, na dicção da descrição típica, é "para satisfazer *interesse* ou *sentimento* pessoal", isto é, há a necessidade de que o móvel da ação seja a satisfação desse tipo de interesse ou sentimento. *Interesse pessoal*, que pode ser material ou moral, é aquele que, por alguma razão, satisfaz pretensão, ambição ou anseio do agente, podendo ser representado por qualquer vantagem ou proveito que possa ser obtido pelo sujeito ativo em razão de sua conduta incriminada nesse tipo penal. Tratando-se de interesse patrimonial (material), deve-se atentar para a inexistência de pacto, acordo ou qualquer vínculo com terceiro interessado, que, se existir, poderá configurar corrupção ou concussão.

Sentimento pessoal, por sua vez, reflete um estado afetivo ou emocional do próprio agente, que pode manifestar-se em suas mais variadas formas, tais como amor, paixão, emoção, ódio, piedade, carinho, afeto, vingança, favorecimento ou prejuízo a alguém etc. É irrelevante que se trate de sentimentos nobres, honrados ou de relevante valor social. O ônus demandado para satisfação de sentimentos pessoais, independentemente de sua natureza, deve ser suportado pessoal e exclusivamente pelo funcionário e jamais às custas de sua função pública, do dever funcional e de fidelidade para com a Administração Pública.

6.2 Satisfação de interesse ou sentimento de terceiro

Evidentemente, essa elementar subjetiva especial exigida não se confunde com "interesse ou sentimento de terceiro", que, mesmo quando se verifica, não tem idoneidade para satisfazer o *especial fim* exigido pelo tipo

penal em apreço. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido (STF, *RTJ*, *111*:289). E, mais que isso, e com absoluto acerto, o STF destacou em outra oportunidade que a denúncia — peça inicial da ação penal — precisa indicar qual a *ação* ou *omissão* praticada pelo funcionário, e sua *natureza*, isto é, "se a conduta foi por *interesse* ou *sentimento pessoal*, pois são elementos necessários à configuração do delito do art. 319". Por isso, é indispensável que a denúncia esclareça em que consiste o *fim de agir*, isto é, qual é o *interesse* ou *sentimento pessoal* que motivou a conduta do agente, sob pena de inépcia, sendo inviabilizada a ampla defesa do acusado.

7 Consumação e tentativa

O crime de prevaricação consuma-se, nas modalidades omissivas, com o retardamento ou a omissão do ato devido, sem justa causa, ou com a prática do ato de ofício contra disposição expressa de lei. Nas duas primeiras hipóteses, como *crime omissivo próprio* que são, o crime consuma-se no lugar e no momento em que o ato de ofício devia ter sido realizado e não o foi, não havendo espaço, portanto, para a figura tentada. Na terceira figura típica, o crime é comissivo, e consuma-se com a prática de ato de ofício contrariando expressa disposição de lei.

Na modalidade de praticar ato contra disposição expressa de lei, a despeito da dificuldade de apurar, *in concreto*, quando está sendo executado o ato, é, teoricamente, possível a tentativa, por tratar-se de crime plurissubsistente, que admite fracionamento de sua fase executória.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de três meses a um ano, e multa. Aumenta-se de um terço nas hipóteses previstas no art. 327, § 2º, do Código Penal. Trata-se, como se constata, de infração de menor potencial ofensivo, sendo, por conseguinte, da competência do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei n. 9.099/95), com aplicação prioritariamente de penas alternativas. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"É cediço na Corte Especial que em regra inadmite-se o denominado crime de exegese. O suposto erro *in judicando* do magistrado, por si só, não é capaz de configurar o crime de prevaricação, notadamente se não demonstrado de forma inequívoca o dolo específico de 'satisfazer interesse ou sentimento pessoal', sem a qual a conduta torna-se atípica. Precedentes: (HC 30792/PI, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ*: 15-12-2003; REsp 293.621/MA, Rel. Fernando Gonçalves, *DJ*: 18-3-2002; RHC 9.865/MS, Relator o Min. Félix Fischer, *DJ* de 11-6-2001; HC 80.788/MA, Relator o Min. Sidney Sanches, *DJ* de 7-3-2003/STF)" (STJ, Exceção da Verdade 50/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-3-2007).

Prevaricação imprópria

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 11. 466, de 28 de março de 2007.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Dentre os deveres inerentes ao exercício da função pública, o mais relevante deles é o que consiste no pronto e eficaz cumprimento das atribuições do ofício, que deve ser realizado tempestivamente para obter os fins funcionais. O *sentimento* do funcionário público não pode ser outro senão o do dever cumprido e o de fazer cumprir os mandamentos legais. No entanto, no novo dispositivo legal, ao contrário do que ocorre no crime de *prevaricação*, o sujeito ativo não viola o *dever de ofício* para satisfazer interesses ou sentimentos pessoais, mas apenas *deixa de vedar acesso do preso aos aparelhos de comunicação*, ou seja, uma *simples omissão de dever funcional*, excepcionalmente erigida à condição de crime. Essa *omissão* do diretor de estabelecimento prisional, impelido por objetivos ou sentimentos pessoais, não degrada nem desmoraliza a Administração Pública, ao contrário do que ocorre na prevaricação clássica.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido que, no crime de prevaricação, é a probidade da

função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, não se descortina com a clareza exigida pela dogmática penal. A *infidelidade ao dever de ofício* e à função exercida, que é o núcleo do bem jurídico que a norma penal incriminadora da prevaricação objetiva proteger, não existe na nova incriminação — prevaricação imprópria — acrescida pela Lei n. 11.466, de 28 de março de 2007; é o descumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por *interesses ou sentimentos* próprios.

Impedir, dentro do possível, que *preso* ou *interno* comunique-se, permanentemente, com o exterior do sistema prisional, por qualquer meio, é uma das tantas obrigações próprias da atividade dos administradores e agentes do sistema penitenciário. No entanto, a realidade brasileira tem demonstrado que os apelos do governo às empresas de telecomunicações na tentativa de "vedar" tais comunicações, especialmente com os conhecidos telefones celulares, esbarraram em dificuldades técnicooperacionais, ainda sem uma resposta satisfatória dos especialistas. Atribuir-se, portanto, a *responsabilidade penal* por tais comunicações ao Diretor ou Administrador do presídio beira à *responsabilidade objetiva*, proscrita do direito penal da culpabilidade.

3 Impropriedade dessa criminalização

Não há, nesta nova figura, convém que se destaque, a violação dolosa do *dever de ofício*, em prol de interesses subalternos (interesses ou sentimentos pessoais) do sujeito ativo, denegrindo a função ou cargo que exerce, ao contrário do que ocorre no crime de prevaricação (art. 319). Não há, enfim, procedimento que ofenda e degrade o interesse da Administração Pública, que deveria ser o bem jurídico protegido, pois o funcionário não é impelido por objetivos ou sentimentos pessoais, contrariando os deveres que são inerentes ao cargo e à função. A eventual *omissão*, nessa hipótese, estaria melhor localizada, a nosso juízo, no plano administrativo, como *falta funcional*, onde encontraria solução mais adequada, observando-se o *princípio da proporcionalidade*, exigência irrenunciável de um Estado Democrático de Direito.

4 Sujeitos do crime

4.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente pode ser o diretor de estabelecimento penitenciário, ou quem suas vezes fizer, tratando-se, por conseguinte, de *crime próprio*, que exige essa *condição especial* do sujeito ativo. Serventuários que não ocupem ou exerçam essa função não podem ser responsabilizados por essa infração penal, salvo se, comprovadamente, forem alcançados pelo disposto no art. 29 do CP. É indispensável que o agente encontre-se no exercício da sua função, não podendo praticar esse crime, evidentemente, quem não se encontra no exercício da função ou que, por qualquer razão, encontre-se temporariamente dela afastado, como, por exemplo, de férias, de licença etc.

Em respeito ao princípio da tipicidade estrita, a criminalização contida no presente dispositivo não alcança eventual "diretor" das conhecidas *cadeias públicas*, que não têm a mesma dimensão e complexidade institucional das "penitenciárias", que são expressamente invocadas no texto legal.

4.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e, excepcionalmente, Município). O Estado é sempre sujeito passivo primário de todos os crimes, naquela linha de que a lei penal tutela, em primeiro lugar, o interesse da ordem jurídica geral, da qual aquele é o titular. Em alguns crimes, como este, no entanto, o próprio Estado surge como sujeito passivo particular, individual, representando a coletividade.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta descrita no art. 319-A — *prevaricação imprópria* — configura um autêntico crime *omissivo próprio*, que consiste na desobediência a uma norma mandamental, isto é, uma norma que determina a prática de uma conduta que não é realizada *oportuno tempore*. Há, nessa espécie de crime, a omissão de um *dever de agir* imposto normativamente. Com efeito, o crime *omissivo próprio* não se caracteriza pelo simples não fazer ou fazer coisa diversa, mas *pelo não fazer o que a norma jurídica determina*, pois a *omissão* em si mesma não existe, mas apenas a omissão de uma conduta legalmente determinada. Ademais, aqui na *prevaricação imprópria*, como em qualquer *crime omissivo*, somente se tipficará a

omissão quando, nas circunstâncias, for possível cumprir a norma mandamental, no caso, "vedar o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar".

Prevaricação é a *infidelidade ao dever de ofício* à função exercida, é o descumprimento das obrigações que lhe são inerentes, sendo movido o agente por *interesses ou sentimentos pessoais*. A criminalização objetiva impedir procedimento que ofende e denigre o bem jurídico — interesse da Administração Pública — quando o funcionário é impelido por objetivos próprios, estranhos aos seus deveres funcionais. No entanto, não é o que ocorre com a descrição contida no art. 319-A, e, por isso, só *impropriamente, e ainda assim, com grande esforço interpretativo,* se poderá interpretá-la como *crime de prevaricação*. Em outros termos, o Estado, incompetente na solução do problema, a exemplo de Pilatos, lava as mãos e responsabiliza o funcionário pela solução de um problema que ele, Estado-Administração, não conseguiu resolver, seja por sua inoperância, seja pela alegada impossibilidade operacional.

5.1 Crime omissivo próprio: deixar de vedar

A conduta incriminada no novo dispositivo — *deixar de vedar* o acesso de preso a aparelho telefônico ou similar — configura, como afirmamos acima, crime *omissivo próprio*, ou seja, o agente mantém-se *inerte* com a *vontade consciente* de não realizar a conduta devida, simplesmente, sem qualquer finalidade outra. Com efeito, o agente não visa a *satisfação de interesse ou sentimento pessoal*, que é a *elementar subjetiva especial* caracterizadora da infidelidade funcional, como ocorre na *prevaricação clássica*. Trata-se de *crime próprio* (que exige qualidade ou condição especial do sujeito, qual seja a de ser *diretor de penitenciária* ou agente público — (substituto do diretor). Por isso, se o diretor ou seu substituto legal expedir *ordem*, portaria ou resolução proibindo o uso de aparelho telefônico ou similar no interior da penitenciária, ou, então, determinando aos seus subordinados que impeçam os "internos" de fazerem uso de tais aparelhos, não se poderá imputar-lhe a *omissão* ora criminalizada, independentemente de sua ordem ser cumprida ou não com êxito, conforme veremos no exame dos *pressupostos* da omissão. Realmente, a determinação do diretor, concretamente, para que se tome as medidas necessárias para "vedar" o uso de "*aparelho telefônico, de rádio ou similar"* representa um comportamento ativo incompatível com a *inércia*

dolosa característica dos crimes *omissivos próprios*, como pretende ser o que ora examinamos.

5.2 A ação do diretor afasta a tipicidade

No entanto, o não atendimento da ordem do diretor da penitenciária, seja por impossibilidade operacional, seja física, pessoal ou institucional impede que se caracterize o crime, pois o diretor *não se omitiu*, isto é, não deixou de agir, determinou a vedação, não ficou inerte, ao contrário, agiu, ou seja, tomou as providências que lhe cabiam, embora não tenha conseguido êxito. O *dever* que a norma lhe impõe — determinar a vedação de acesso aos meios/instrumentos de comunicação — é atendido pelo diretor, mas circunstâncias alheias à sua vontade impedem que o resultado seja obtido, e, consequentemente, a ineficácia de suas medidas não podem acarretar-lhe qualquer responsabilidade penal. Nessa hipótese, não se configura a omissão descrita no art. 319-A.

5.3 Abrangência do elemento subjetivo

Não se pode perder de vista que a *vontade, livre e consciente, do sujeito ativo* deve abranger a ação omissiva (conduta), o resultado e o nexo causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente. Ademais, a vontade de realização do tipo objetivo, no caso — deixar de vedar ao preso acessos aos aparatos de comunicação — *pressupõe* a possibilidade de *influir no curso causal*, isto é, de efetivamente tornar possível a vedação normativamente determinada, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo. Somente pode ser objeto da norma jurídica algo que o agente possa, concreta e fisicamente, realizar ou omitir. Fora dessa hipótese não se pode imputar o resultado a esse agente. Considerando-se, pois, que as prisões brasileiras, regra geral, não são dotadas dos mecanismos tecnológicos necessários para impedir a efetiva entrada e utilização dos aparelhos de comunicação mencionados no texto legal, a exigência de o diretor de penitenciária impedir sua entrada, sob pena de configurar-se *crime omissivo próprio*, configura autêntica responsabilidade penal objetiva, na medida em que impõe uma obrigação legal impossível de ser cumprida, violando, inclusive, o princípio da proporcionalidade, sob o

aspecto da adequação.

5.4 Ato de ofício: deixar de cumprir dever de vedar acesso

Embora o novo dispositivo legal não fale em “ato de ofício”, que é aquele que o funcionário público deve praticar em decorrência dos seus *deveres funcionais*, menciona-o em outros termos: “deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso...”; consequentemente, segundo o tipo penal, é indispensável que o sujeito ativo encontre-se no exercício de suas funções regulamentares, quais sejam administrando ou dirigindo o estabelecimento penitenciário. Em outros termos, ao contrário do art. 319 que se refere a “ato de ofício”, o novo dispositivo legal especifica o conteúdo de um ato, previamente identificado, qual seja o “dever de vedar ao preso” o acesso a aparelho telefônico ou similar.

Esse novo tipo penal dispensou o elemento normativo — *indevidamente* — exigido no crime de prevaricação. *Indevidamente*, como elementar normativa, significa que a omissão deve ser injusta, ilegal, isto é, não amparada pelo ordenamento jurídico, enfim, *contra legis*. Contudo, nada impede que circunstâncias especiais possam inviabilizar o atendimento do comando na norma incriminadora, justificando, por exemplo, a *omissão*. Dessa forma, pode-se sustentar que somente a *omissão* indevida, só a omissão *sem causa justa*, pode configurar o descumprimento do comando legal. Igualmente, não há exigência do tradicional *elemento subjetivo especial do injusto*, qual seja *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*, que constitui uma característica fundamental do crime de *prevaricação*. Elemento subjetivo, portanto, é o dolo, constituído pela vontade consciente de *omitir-se*, isto é, *deixar vedar* ao preso o acesso ao telefone ou similar.

6 Pressupostos fundamentais do crime omissivo

Como se trata de genuíno crime *omissivo próprio*, não se pode ignorar a necessidade de se fazerem presentes os *pressupostos* fundamentais de todo crime omissivo, quais sejam:

a) *Poder agir*: o *poder agir* é um pressuposto básico de todo comportamento humano; também na omissão, evidentemente, é necessário que o sujeito tenha a *possibilidade física* de agir, para que se possa afirmar que *não agiu voluntariamente*. É insuficiente, pois, o *dever de agir*, isto é,

de vedar o acesso ao aparelho telefônico, como exige o tipo penal. Em outros termos, é necessário que além do *dever* haja também a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco pessoal. Essa possibilidade física falta, por exemplo, na hipótese de *coação física irresistível*, não se podendo falar em *omissão penalmente relevante*, porque o *omitente* não tinha a possibilidade física de agir. Aliás, a rigor, nem poderia ser chamado de *omitente*, porque lhe faltou a própria vontade.

b) *Evitabilidade do resultado*: mas, ainda que o omitente tivesse a possibilidade de agir, fazendo-se um *juízo hipotético de eliminação* — seria um juízo hipotético de acréscimo —, imaginando-se que a conduta devida foi realizada, precisamos verificar se o resultado teria ocorrido ou não. Ora, se a realização da *conduta devida* impede o resultado, considera-se a sua omissão *causa* desse resultado. No entanto, se a realização da conduta devida não tivesse impedido a ocorrência do resultado, que, a despeito da ação do agente, ainda assim se verificasse, deve-se concluir que a omissão não deu "causa" a tal resultado. E a ausência dessa *relação de causalidade*, ou melhor, no caso, *relação de não impedimento*, impede que se atribua o resultado ao omitente, sob pena de consagrar-se uma odiosa *responsabilidade objetiva*.

Pois bem, como se pode constatar, a prática da ação devida, exigida também pelo novo dispositivo legal, não assegura que o resultado não ocorrerá. Na realidade, tal como surgiu a norma, sob o ponto de vista prático, é inócua, se não forem tomadas as medidas necessárias, especialmente tecnológicas, de molde a propiciar que a administração penitenciária tenha condições de efetivamente impedir o ingresso de tais aparatos no interior das prisões brasileiras.

c) *Dever de impedir o resultado*: quando se trata de crime omissivo impróprio — que não é o caso do dispositivo em exame —, se o agente podia agir e se o resultado desapareceria com a conduta omitida, ainda assim não se pode *imputar* o resultado ao sujeito que se absteve. É necessária uma *terceira condição*, ou seja, é preciso que o sujeito tivesse o *dever de evitar o resultado*, isto é, o *especial dever* de evitá-lo ou, em outros termos, que ele fosse *garantidor* da sua não ocorrência.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo do crime de *prevaricação imprópria* é o dolo,

constituído pela vontade consciente de não vedar o uso de aparelho telefônico, rádio ou similar pelos reclusos. É indispensável que o agente tenha vontade e *consciência* de descumprir o comando determinado no artigo ora *sub examen*. É necessário, como temos repetido, que o *dolo* abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o *erro de tipo*, que, por ausência de dolo (ou por dolo defeituoso), afasta a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

Curiosamente, no entanto, a despeito da pretensão do legislador de equiparar a nova figura penal ao crime de prevaricação, não se exige a presença de *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim de agir,* que, na dicção do artigo anterior (319), é "para satisfazer *interesse* ou *sentimento* pessoal", isto é, há a necessidade de que o móvel da ação seja a satisfação desse tipo de interesse ou sentimento. Mas exatamente pela ausência de *elemento subjetivo especial do tipo*, torna-se necessária uma clareza melhor da existência de dolo, isto é, da vontade consciente de omitir-se, isto é, de não vedar o acesso que o tipo penal proíbe, e especialmente porque a previsão legal não admite a modalidade culposa, e, na nossa concepção, não é admissível nem mesmo dolo eventual.

8 Consumação e tentativa

8.1 Consumação

A conduta omissiva descrita no art. 319-A, como crime omissivo próprio que é, consuma-se no lugar e no momento em que a conduta devida tinha de ser realizada, isto é, onde e quando o sujeito ativo — diretor de penitenciária — deveria agir e não o fez. Em sentido semelhante, referindo-se ao crime omissivo, Frederico Marques sustentava que "tem-se a infração por consumada no local e tempo onde não se efetuou o que se deveria efetuar. Cometem-se, pois, delitos de omissão, ali onde o autor, para cumprir o dever jurídico a ele imposto, devesse praticá-lo, e não onde se encontrasse no momento de seu comportamento inerte". Enfim, a consumação realiza-se num só momento, não se alongando no tempo.

8.2 Tentativa: impossibilidade

A *prevaricação imprópria*, crime omissivo próprio por excelência, não

admite a *figura tentada*, pois não se lhe exige nenhum resultado naturalístico produzido pela conduta omissiva. Trata-se, na realidade, de *crime de mera atividade*, ou melhor, inatividade, é crime de ato único, unissubsistente, que não admite fracionamento. Se o agente deixa passar o *momento* em que devia e podia agir, consumou-se o crime; se ainda pode agir, não há que se falar em crime. Até o momento em que a ação do agente pode ser eficaz, a ausência dela não constitui crime. No entanto, se nesse momento a atividade devida não ocorrer, consuma-se o crime, não havendo espaço, portanto, para fracionamento da conduta omisssiva.

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a pena privativamente de liberdade, na modalidade de detenção, de três meses a um ano. Aumenta-se de um terço nas hipóteses previstas no art. 327, § 2º, do Código Penal. Trata-se, como se constata, de infração de menor potencial ofensivo, sendo, por conseguinte, da competência do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei n. 9.099/95), com aplicação, prioritariamente, de penas alternativas. A ação penal é pública incondicionada.

Condescendência criminosa

Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Condescendência criminosa é uma modalidade de prevaricação que recebeu tratamento diferenciado do legislador, por considerar a menor desvalia da ação criminalizada que envolve relação pessoal/funcional. O Código Criminal do Império disciplinava essa infração penal como espécie de prevaricação (art. 129, § 4º), caminho também seguido pelo Código

Penal de 1890 (art. 207, § 6º).

O Código Penal de 1940 preferiu destacá-la como figura autônoma para dar-lhe tratamento mais adequado, proporcional a sua menor gravidade. O Anteprojeto de Reforma do Código Penal, por sua vez, descriminaliza essa modalidade de infração penal, entendendo, provavelmente, que de *minimis non curat praetor*.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. A probidade e moralidade da Administração Pública também ficam comprometidas quando os funcionários desta, de níveis mais elevados, omitem-se na correção e responsabilização das infrações cometidas pelos subalternos.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, e que ostente posição hierarquicamente superior à do infrator. Pode haver a participação de indivíduo não funcionário, através do concurso de pessoas.

Sujeito passivo é o Estado (representando União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) enquanto titular e responsável pela Administração Pública.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Trata-se, a despeito do *nomen juris* distinto, de uma modalidade menos grave de *prevaricação* que encerra um sentimento *indulgente*. São duas as condutas típicas previstas: a) *deixar de responsabilizar subordinado* que cometeu infração no exercício do cargo; b) *não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente*, quando lhe falta competência. Ambas as condutas são *omissivas próprias* e têm como pressuposto a prática de infração penal ou administrativa pelo funcionário no desempenho de suas funções. *Deixar de responsabilizar* significa a não imposição das sanções disciplinares cabíveis ao funcionário subalterno faltoso, omitindo-se o superior quanto à obrigação de apurar a infração cometida. *Não levar*

ao conhecimento da autoridade competente significa deixar de comunicá-la, quando, não sendo competente para apurá-la, *devia* e podia fazê-lo. As duas modalidades são omissivas: na primeira omite-se de responsabilizar o faltoso; na segunda omite-se de comunicar a ocorrência da falta à autoridade competente.

O elemento material — causa psicológica do crime — consiste na *omissão do dever funcional* de promover a responsabilidade administrativa do infrator, seu subalterno, quando competente para apurá-lo, ou, não o sendo, na *omissão do dever de comunicar* o fato à autoridade competente. É indispensável, contudo, que a infração esteja diretamente relacionada com o exercício do cargo, ou seja, deve ter sido cometida *ratione officii*. Infração, contudo, praticada fora do exercício funcional, a omissão do superior em apurá-la não tipifica o crime ora em exame.

4.1 Criminalização desnecessária

Inevitável chegar à derradeira conclusão: a criminalização desse tipo de conduta é uma demasia, ante a existência de outros mecanismos de controle formalizado, particularmente o Direito Administrativo, que podem ocupar-se melhor desse tipo de relacionamento omissivo na esfera da Administração Pública. Em verdade, na prática, tal previsão dificilmente ganha aplicação, não que tais fatos não aconteçam, ao contrário, ocorrem, mas, normalmente, o chefe do chefe, isto é, a "autoridade competente" que toma conhecimento da omissão do funcionário faltoso também adota indulgência semelhante, omitindo-se, igualmente. Apenas por exceção poder-se-á chegar à punição, e, nesse caso, normalmente, a motivação não é mais nobre que a indulgência punida, pelo contrário, é movida por sentimento negativo, vingança, perseguição etc. Convenhamos, falando sério e sem meias palavras, somente motivações do gênero animarão colegas de trabalho a buscar a criminalização de *uma ação indulgente* sem maiores consequências.

Sintetizando, *condescendência criminosa* é a omissão administrativa praticada por funcionário público, o qual, por indulgência, *deixa de responsabilizar* inferior hierárquico que cometeu infração administrativa, no exercício do cargo, ou, quando, não sendo competente, *deixa de comunicar* sua ocorrência à autoridade que o seja.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas tipificadas. É necessário que o sujeito ativo tenha ciência da falta cometida pelo subalterno. Se, por alguma razão, não a teve, mesmo que fruto de negligência, a omissão é atípica, não se podendo falar em crime, ante a ausência de previsão da modalidade culposa.

5.1 Especial motivo de agir: por indulgência

É indispensável a presença do elemento subjetivo do tipo, consistente no *especial motivo de agir* "por indulgência" (clemência, condescendência). Esse crime, a nosso juízo, é um dos poucos que se pode afirmar, sem medo de errar, que, embora não esteja expresso no tipo penal, *exige* um *elemento subjetivo especial do injusto*, motivador da conduta incriminada: o sentimento piedoso, condescendente; o fim especial, na realidade, está contido na *elementar normativa* do tipo: *por indulgência*. Não deixa de ser um elemento subjetivo especial *sui generis*, mas é o *fim especial de agir*, tanto que, se for outro o motivo determinante da omissão da autoridade superior, o crime poderá ser o de *prevaricação* descrito no art. 319, e não este.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a simples omissão por parte do sujeito ativo quando, tomando conhecimento do fato, não providencia a responsabilidade do infrator. No entanto, a lei penal não se refere ao prazo dentro do qual o superior hierárquico deve responsabilizar o subalterno infrator ou comunicar o fato à autoridade competente. Destacava Hungria, porém, que, segundo o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, a autoridade que tiver ciência de irregularidades no serviço público deve promover-lhe a apuração *imediata* em processo administrativo (art. 217 da Lei 1.711/52). Assim, pode-se concluir, ter-se-á o crime como consumado desde que, tendo conhecimento da infração cometida pelo subalterno, o superior hierárquico deixa de providenciar *imediatamente* na apuração de sua responsabilidade, salvo a existência de força maior devidamente justificada.

Tratando-se de crime omissivo próprio, a tentativa é inadmissível, segundo a orientação que adotamos.

7 Classificação doutrinária

Trata-se de *crime formal* (que não exige resultado naturalístico para sua consumação); *próprio* (que exige qualidade ou condição especial do sujeito); *de forma livre* (que pode ser praticado por qualquer meio ou forma pelo agente), *instantâneo* (não há demora entre a ação e o resultado); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um agente apenas); e *unissubsistente* (crime que, em regra, é praticado com um único ato, não admitindo, em consequência, fracionamento em sua execução).

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, evidentemente, da competência do Juizado Especial Criminal. A ação penal é, como mais um exagero dessa criminalização, pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Para a configuração do delito previsto no art. 320 do CP deve-se ter como pressuposto o cometimento de infração administrativa ou penal no exercício do cargo. Logo, necessária decisão trânsita em julgado dando conta do cometimento de uma infração ou crime *in casu*, a prática de peculato e advocacia administrativa pelo oficial escrevente. Evidente é a ausência de justa causa, descabendo instauração de inquérito policial. Demonstrados, portanto, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, impõe-se a confirmação da liminar concedida" (TJRS, HC 71000903161, Rel. Martinha Terra Salomon, j. 21-2-2006).

"Condescendência criminosa. Crime de menor potencial ofensivo. Competência. O crime de condescendência criminosa (art. 320 do CP) tem pena prevista de 15 dias a 1 mês de detenção. Logo, é delito de menor potencial ofensivo, a teor da Lei n. 10.259/2002, sendo competente, para processo e julgamento, a Turma Recursal Criminal" (TJRS, HC 70013331343, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 15-12-2005).

Advocacia administrativa

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Relativamente aos *crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo*, a advocacia administrativa é disciplinada pela Lei n. 8.137/90 (art. 3º, III), que, por ser especial, afasta a geral (Código Penal). Por isso, o patrocínio de interesse privado ante a administração fazendária, em matéria tributária ou previdenciária, é criminalizado pela lei de sonegação tributária (*lex especialis derogat legi generali*), que aplica, inclusive, a pesadíssima pena de reclusão de um a quatro anos.

Na mesma balada, a Lei n. 8.666/93 — que regulamenta *as licitações e contratos da Administração Pública* — também criou sua própria figura de advocacia administrativa (art. 91), punindo o patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública. Tal como ocorre na hipótese dos crimes tributários, também na seara das licitações públicas, havendo advocacia administrativa, será aplicável a previsão contida nesta lei, cuja pena cominada é de seis meses a dois anos de detenção e multa. Dispomos, como acabamos de constatar, de três modalidades de advocacia administrativa — uma geral e duas especiais — punindo, pela mesma conduta, com sanções absolutamente distintas, a despeito de tratar-se do mesmo bem jurídico tutelado, ignorando princípios básicos, como os da proporcionalidade e da humanidade da pena criminal.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Como destaca Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 181) “a lei penal protege o regular funcionamento da administração governamental, tutelando-a da conduta irregular de seus componentes que, em razão do cargo, procuram defender interesses alheios ao Estado, de particulares, lícitos ou ilícitos”. Com efeito, ao funcionário público, no exercício da função, não é permitido agir para a satisfação de interesse privado, próprio ou de terceiro.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público (crime próprio), que pode agir, no entanto, por interposta pessoa (indiretamente). Afora esse aspecto, admite-se a possibilidade do concurso eventual de pessoas.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), particularmente em relação à moralidade e probidade administrativa. Embora não se trate de crime de resultado, se houver prejuízo a terceiro, este também poderá figurar como sujeito passivo, secundário.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação incriminada consiste em *patrocinar* (advogar, proteger, defender), direta ou indiretamente, *interesse privado* (de particular) perante a Administração Pública, *valendo-se da qualidade de funcionário*, isto é, aproveitando-se da facilidade de acesso junto a seus colegas e da camaradagem, consideração ou influência de que goza entre estes. Com o prestígio que tem no interior das repartições públicas e a facilidade de acesso às informações ou troca de favores, a interferência de um funcionário público, patrocinando interesse privado de alguém, retira a imparcialidade e a isenção que a Administração Pública deve manter na administração de interesse público. O que se reprime efetivamente é o patrocínio de interesse privado, que pode, inclusive, chocar-se com os próprios interesses da Administração, especialmente na forma qualificada em que o interesse é ilegítimo.

4.1 Objeto material: interesse privado

O objeto material da proteção penal é o *interesse privado* perante a Administração Pública, independentemente de ser ou não legítimo; apenas a sua ilegitimidade qualifica o crime. O *nomen juris* — advocacia administrativa — talvez não seja o mais adequado, pois, *a priori*, dá uma ideia de que a ação seja privativa de advogado, o que não corresponde à realidade, pois o verbo nuclear utilizado “patrocinar” deixa claro que seu significado é defender, proteger, postular, que, teoricamente pode ser cometido por qualquer pessoa. No entanto, nesse caso, trata-se de *crime funcional*, exigindo, consequentemente, que o sujeito ativo ostente a condição especial de funcionário público. Pelo menos, o Anteprojeto da Reforma Penal mudou o *nomen juris* dessa figura penal para *patrocínio*

indevido, eliminando, dessa forma, os inconvenientes que acabamos de apontar.

Interesse privado, por sua vez, é qualquer finalidade, meta ou objetivo a ser alcançado pelo particular perante a Administração Pública patrocinado pelo funcionário. É irrelevante a legitimidade ou ilegitimidade do interesse patrocinado, embora a ilegitimidade tenha o condão de qualificar o crime. Lesa diretamente o interesse da Administração porque sua finalidade é ter a condição de decidir sem a interferência exterior de quem quer que seja, especialmente de um particular.

4.2 Patrocínio direto ou indireto

O *patrocínio* pode ser direto, sem interposta pessoa, ou indireto, quando se utiliza de terceiro. Pode ser, ainda, *formal* e *explícito* (petições, requerimentos etc.) ou *dissimulado*, seja acompanhando o andamento de processos, seja tomando conhecimento das decisões adotadas etc. Em qualquer das hipóteses, presume-se que o agente aja aproveitando-se das facilidades que sua condição de funcionário público lhe proporciona. Nesse sentido, já pontificava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 384): "o patrocínio pode ser exercido direta ou indiretamente, isto é, pelo próprio funcionário ou servindo êste (*sic*), como intermediário, de alguém que se sabe agir à sombra do seu prestígio (ex.: um seu filho), e que será copartícipe do crime". Ademais, no patrocínio não se exige a contrapartida de vantagem econômica ou de qualquer outra natureza; pode ser usado, por exemplo, para satisfazer interesse pessoal, prestar um favor a alguém etc.

A motivação da conduta, enfim, é irrelevante para a caracterização do crime. Para a caracterização do crime é insuficiente a simples informação dos interesses postulados; precisam ser defendidos.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento *subjetivo* é o dolo, representado pela vontade consciente de patrocinar interesse privado perante a Administração Pública. É desnecessário que o agente vise vantagem pessoal ou aja por interesse ou sentimento pessoal. Na figura qualificada, o sujeito ativo deve ter *conhecimento* da ilegitimidade do interesse que patrocina.

Não há previsão de modalidade culposa, como a imensa maioria, quase totalidade, dos crimes contra a Administração Pública.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *advocacia administrativa* com a realização do primeiro ato que caracterize o patrocínio, ou seja, com a prática de um ato inequívoco de patrocinar interesse privado perante a Administração Pública, sendo irrelevante o sucesso ou insucesso do patrocínio. Não é necessário que o funcionário público atue como verdadeiro patrono do indivíduo.

A *tentativa* é admissível, embora de difícil ocorrência. É interessante o exemplo sugerido por Damásio de Jesus, do funcionário público que é surpreendido no momento em que vai apresentar uma petição à autoridade, sendo impedido de levá-la a seu conhecimento por circunstâncias alheias à sua vontade.

7 Forma qualificada

Há a figura qualificada, que fundamenta a elevação da pena para três meses a um ano de detenção, quando o patrocínio destinar-se a *interesse ilegítimo* (parágrafo único). A ilegitimidade do interesse a que se refere a norma penal *é relacionada àquele contrário ao direito*, tratando-se, por conseguinte, de *elemento normativo* do tipo penal.

Patrocinar, perante a Administração Pública, interesse privado já é, por si só, *desvalioso*; sendo, porém, *ilegítimo* esse interesse, certamente o *desvalor dessa ação* será consideravelmente superior, justificando, na ótica do legislador, a *configuração qualificada* da infração penal, com a consequente majoração da sanção penal correspondente. Essa qualificadora deixa claro que para caracterizar o crime de advocacia administrativa não é necessário que o interesse privado patrocinado seja ilegítimo; a ilegitimidade na verdade apenas aumenta o *desvalor da ação* e, se sobrevier, também o maior *desvalor do resultado*, justificando sua maior punição. Para a incidência da forma qualificada é mister que o agente tenha conhecimento do caráter de ilegitimidade que reveste o interesse privado por ele pleiteado.

8 Causa de aumento de pena

O art. 327, § 2º, do CP prevê, ainda, a *majoração especial* (um terço), quando os autores do crime 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".

9 Questões especiais: derrogação

O art. 321 ora comentado foi derrogado pelo art. 91 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), dada sua especificidade. Dessa forma, "quando se trata de patrocínio direto ou indireto do interesse privado perante a Administração Pública, *no que se refere à licitação*, será aplicável o presente e referido art. 91 e não mais o art. 321 do estatuto penal" (Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal das licitações:* comentários aos artigos 89 a 99 da Lei 8.666, de 21-6-1993, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 24). É possível o concurso formal do delito de advocacia administrativa com os arts. 316, 317 e 333 do CP. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* os arts. 91 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações); 3º, III, da Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de um a três meses, ou multa, para a figura simples. Para a figura qualificada, a cominação é cumulativa: detenção, de três meses a um ano, e multa. A ação penal é pública incondicionada, sendo desnecessária qualquer manifestação do ofendido ou seu representante legal.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Extrai-se dos autos que o membro do Ministério Público agiu dentro do seu dever legal para proteger o patrimônio público, não particular, ausente o crime de advocacia administrativa" (STJ, AgRg na APn 305/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16-5-2007).

Violência arbitrária

Art. 322. Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

1.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que o art. 3º, *i*, da Lei n. 4.898/95, descrevendo o "abuso de autoridade" como "atentado à incolumidade física do indivíduo", não revogou o crime de violência arbitrária, definido no art. 322 do CP. Argumentava a Suprema Corte que na legislação brasileira os crimes de *violência arbitrária* não se confundem com o crime de *abuso de poder*. O crime de abuso de poder descrito no art. 350 do CP integra o capítulo dos crimes contra a Administração da Justiça; o art. 322, que descreve a "violência arbitrária", encontra-se no capítulo que descreve os crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública em geral, sendo que a violência deve ser praticada no exercício da função ou a pretexto de exercê-la. Esse dispositivo pune cumulativamente a violência praticada, que pode ir de vias de fato a homicídio. Logo, não pode ter sido absorvido pelo crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65), cuja pena privativa de liberdade é de dez dias a seis meses de detenção.

Nesse sentido, sustentava o Supremo Tribunal Federal que a Lei n. 4.898/65 não revogou expressamente o art. 322 do CP, tampouco com ele é incompatível, nem regulou exaustivamente a matéria. Ademais, a Lei n. 4.898/65 é omissa quanto à cumulação da punição correspondente à violência, que, via de regra, é punível com maior severidade que o abuso de autoridade.

1.2 Entendimento do TACRIMSP

Para o entendimento contrário — capitaneado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (extinto) — a Lei n. 4.898/65 regulou integralmente a matéria de abuso de poder, na qual se inclui a violência arbitrária. O art. 322 teria sido objeto de inúmeras críticas e sugestões, e a edição da Lei n. 4.898/65 teria atendido justamente a essa demanda. Ademais, a nova

previsão era mais elástica, permitindo melhor adequação na dosagem da pena, além da dúvida sobre a lei anterior abranger a violência física e moral.

Estamos com Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 415) e a corrente minoritária, retificando nosso entendimento anterior, pois acreditamos que a finalidade da Lei n. 4.898/65 foi outra, conforme demonstraremos quando tratarmos do crime de abuso de poder descrito no art. 350 do CP.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente no que diz respeito a sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Protege-se, ademais, outro bem jurídico, qual seja a incolumidade e integridade física e a própria liberdade do indivíduo.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, tratando-se, por conseguinte, de crime próprio, no caso, crime funcional.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), bem como aquele que sofre a violência arbitrária, que, na linguagem universal da doutrina, seria sujeito passivo secundário.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo é o verbo *praticar* (exercer, cometer) violência (entendida esta somente como a *vis corporalis*, abrangendo vias de fato, lesão corporal ou homicídio). É preciso que a conduta seja realizada pelo agente no exercício de sua função ou a pretexto de exercê-la. O emprego da *violência* deve ser arbitrário, desprovido, pois, de legitimidade. A *violência*, quando autorizada pela lei e é exercida no estrito limite de sua necessidade, evidentemente, não constitui crime.

Constata-se que a violência, além de integrar — como elementar — a descrição típica do *crime funcional*, é punida autonomamente, quando constitui crime em si mesma. As *vias de fato* não são destacadas para

punição autônoma porque *contravenções*, segundo a regra geral, são absorvidas pelo crime que integram. *Violência à pessoa* consiste no emprego de força contra o corpo da vítima. Para caracterizá-la é suficiente que ocorra *lesão corporal leve* ou simples *vias de fato*. O termo "violência" empregado no texto legal significa força física, material, a *vis corporalis*. A violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. Como dizia Garraud, citado por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 384-5), "sob essa expressão genérica, a lei abrange tôdas (*sic*) as violências, desde as mais graves, como o *homicídio* e as *lesões corporais*, até as mais leves, como as 'vias de fato', entendendo-se por esta última expressão os *maus-tratos* que não consistam em *espancar* ou *ferir*, como, por exemplo, o fato de empurrar uma pessoa, de puxá-la pelos cabelos ou pelas vestes, de escarrar-lhe no rosto, de arremessar-lhe um objeto para molestá-la (embora sem derrame de sangue) ou sujá-la, de amarrá-la, de lhe arrebatar brutalmente algum objeto, de vendá-la, de amordaçá-la".

4.1 Violência praticada no exercício da função ou a pretexto de exercê-la

É indispensável que a violência — *vis corporalis* ou *vis compulsiva* — seja praticada *no exercício da função ou a pretexto de exercê-la*, isto é, com a desculpa (real ou fictícia) de exercê-la. Em outros termos, usa-se da violência como se esta fosse necessária ou indispensável para poder exercer adequadamente a dita função pública. Ademais, o uso da violência deve ser arbitrário, ou seja, deve ser injustificada, ilegítima, desnecessária para o pretendido exercício funcional; oportunamente, será valorada pelo julgador. Para caracterizar a violência arbitrária é necessário que o sujeito ativo esteja no exercício da função ou a utilize a pretexto de tal exercício. O *exercício da função* deve ser a *causa* e não a simples *oportunidade* para o uso da violência. Assim, por exemplo, se o fiscal sanitário aproveita sua presença na casa de seu desafeto para agredi-lo, responderá apenas por lesões corporais ou vias de fato, e não também pelo crime funcional de violência arbitrária. Em qualquer caso, não haverá o crime em exame se a violência não estiver diretamente relacionada à função do agente. Ausente essa vinculação funcional, haverá apenas o crime a que corresponder a violência.

4.2 Violência arbitrária: crime de policiais

Violência arbitrária, dizia-se no passado, é crime específico de policiais. Não raro, esses agentes, para obter a confissão de determinado crime ou forçar o fornecimento de provas de autoincriminação, submetiam os suspeitos, frequentemente, a processos que chegavam a lembrar os da *tortura medieval*. No presente, a *violência arbitrária* pode estar começando a ser também, pode-se dizer, crime específico de membros do Ministério Público, que, não raro, estão fazendo o "papel de polícia", inclusive arbitrária, invadindo domicílios, escritórios de advocacia, prendendo e interrogando suspeitos, até mesmo na calada da noite, conforme tem denunciado a grande mídia. Condenando esse tipo de abuso policial, invocamos o magistério de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 389-90): "não é apenas no Brasil que a polícia usa métodos de brutalidade. O mal existe, desgraçadamente, em quase todo o mundo. À exceção, talvez, da Inglaterra, Bélgica e países escandinavos, em tôda (*sic*) parte os policiais costumam atribuir-se, à margem da lei, a faculdade de exercer violência contra os indivíduos que eles conseguem ter temporàriamente (*sic*) à sua mercê, para investigações. A consciência policial entrou em crise aguda. Notadamente depois que se inventou, por iniciativa dos Estados totalitários, a chamada 'polícia política', segundo os moldes, mais ou menos atenuados, da famosa *Gestapo*... As causas dêsse (*sic*) mal são múltiplas: a improvisação dos policiais, a ausência de critérios de seleção no seu recrutamento, o desestímulo ao dever pela má remuneração, a incapacidade dos atuais funcionários para assimilação dos métodos da polícia técnica ou científica e, acima de tudo, o espírito de prepotência arbitrária e crueldade que surge nos homens de educação inferior, quando investidos de autoridade. O policial truculento é o proverbial 'vilão com a vara na mão'".

4.3 Violência arbitrária em concurso com violência

O preceito sancionador determina a aplicação de seis meses a três anos de detenção, "além da pena correspondente à violência". Em primeiro lugar, convém destacar que a "violência" constitui, em si mesma, elementar típica do crime de violência arbitrária; logo, o cúmulo material de penas mencionado em dito preceito não pode estar referindo-se a todo e *qualquer tipo de violência*, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Este crime — violência arbitrária —, praticado com o *emprego de*

violência que constitua em si mesma crime, *configura*, certamente, concurso de crimes. No entanto, não se trata de concurso material, como reiteradamente tem repetido a doutrina nacional, quando analisa os crimes contra a vida e contra o patrimônio. Em momento algum o texto legal sugere que se trata de concurso material, não passando de equivocada interpretação doutrinária. Não se pode esquecer, por outro lado, que o que caracteriza o concurso material de crimes não é a *pluralidade de infrações*, como ocorreria na hipótese em exame, mas sim a *pluralidade de condutas*, que, em princípio, não ocorre na ação única de praticar violência no exercício da função, pois se confundem na integração desse tipo penal.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é composto pelo *dolo*, consistente na vontade consciente de praticar violência no exercício de função ou a pretexto de exercê-la. Alguns autores sustentam, ainda, a necessidade do *elemento subjetivo especial do injusto*, consistente na intenção de abusar de sua autoridade. Destacava, no entanto, Magalhães Noronha, os motivos são indiferentes — ódio, vingança, amor, cobiça ou pura arbitrariedade somente deverão ser valorados na dosimetria penal.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de violência arbitrária com a efetiva prática da violência, desde que no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la. Como a violência é elemento integrante do tipo, o crime consuma-se com a prática desta, em qualquer de suas modalidades analisadas ao longo deste capítulo.

A tentativa é, teoricamente, admissível, embora, por vezes, seja de difícil configuração, quando, por exemplo, a violência consistir em *vias de fato*. Possível, como dissemos, é; difícil, no entanto, poderá ser, vez por outra, a sua comprovação.

7 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a de detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência, se houver. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão de a pena mínima

abstratamente cominada não ser superior a um ano. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 322 do Código Penal. Crime de violência arbitrária. Eventual revogação pela Lei n. 4.898/65. Inocorrência. Precedentes do STF. O crime de violência arbitrária não foi revogado pelo disposto no art. 3º, alínea *i*, da Lei de Abuso de Autoridade. Precedentes da Suprema Corte" (STJ, HC 48.083/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-11-2007).

Abandono de função

Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O *Código Criminal de 1830* — imperial — já disciplinava o crime de abandono de função, nos seguintes termos: "largar, ainda que temporariamente, o exercício do emprego sem prévia licença de legítimo superior, ou exceder o tempo de licença concedida, sem motivo urgente e participado. Penas — o grau máximo — três anos de suspensão do emprego e multa correspondente à metade do tempo. No grau médio — dois anos e multa correspondente à metade do tempo. No grau mínimo — um ano e multa correspondente à metade do tempo" (art. 157).

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade

de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público, desde que investido em cargo público, que abandona as suas funções.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta nuclear do tipo está representada pelo verbo *abandonar*, que significa deixar o serviço público, afastar-se dele, ainda que não definitivamente, largar intencionalmente o cargo que ocupa na Administração Pública; ou seja, o agente afasta-se totalmente do cargo por ele ocupado, fora dos casos permitidos em lei (elemento normativo do tipo). É procedente e bem-humorada a crítica de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 287) ao elemento normativo do abandono para tipificar o crime: "fora dos casos permitidos em lei", questionando: "Seria necessário dizê-lo? Haverá *abandono* permitido em lei? A rigor, a menção era desnecessária. Fê-la, entretanto, a lei para ressaltar o elemento relativo à antijuridicidade. Assim se comporta a lei quando quer salientar o elemento da ilicitude ou antijuridicidade".

4.1 Abandono sem afastamento do cargo

Há entendimento de que o *abandono* do cargo público pode ocorrer sem que o funcionário se afaste da repartição pública, sendo suficiente que se abstenha de seu ofício. Em sentido contrário, posiciona-se, no entanto, Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 285), entendendo que o abandono do cargo, para configurar crime, deve ser total, exemplificando: "Se o funcionário, v. g., não se apresenta em determinado lugar, para exercer, naquele dia, atividade peculiar, mas, indebitamente, permanece na repartição, não há abandono de cargo, que é o que a lei diz. Ficará, naturalmente, sujeito a sanções disciplinares".

Ademais, nem toda *ausência* constitui abandono de função pública. É necessário que tenha decorrido tempo suficientemente razoável para caracterizar seu descaso ou seu ânimo de afastar-se do cargo, que geraria a

probabilidade de prejuízo tipificador da violação do interesse protegido, ainda que nenhum dano concreto tenha produzido. Em outros termos, afastamento de funcionário que não crie esse perigo não é abandono, assumindo, no máximo, a condição de falta administrativa.

4.2 Abandono temporário de função pública

A lei admite o *abandono temporário* da função pública, como diz o texto legal, nos "casos previstos em lei". Em outros termos, o tipo penal permite que o funcionário afaste-se do cargo licitamente, como, por exemplo, em licença para tratamento da saúde, em gozo de férias, em licença para tratar de assuntos particulares, em licença para estudos de aperfeiçoamento, com ou sem remuneração etc.; mas isso, convenhamos, não tem o sentido de *abandono* (deixar ao desamparo), representando, no máximo, ausência ou afastamento autorizado, que tem sentido completamente diferente de abandonar. Contudo, o abandono pode ser justificado, embora o texto legal não faça a ressalva com a elementar "sem justa causa", pela presença das excludentes tradicionais. Quando, por exemplo, o abandono for causado por motivo de *força maior* ou *estado de necessidade*, evidentemente, nessas hipóteses, não haverá crime. Cessados, contudo, a força maior ou o estado de necessidade, e continuando ausente o funcionário público, caracterizar-se-á o abandono criminoso da função.

4.3 Desnecessidade da ocorrência de prejuízo

Para a configuração do *abandono* de função pública a lei penal brasileira *não exige a ocorrência de prejuízo*, ao contrário do que prevê o Código Penal argentino (art. 252), como destacava Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 147): "o delito requer a existência de dano ao serviço público". Para o Código Penal brasileiro, com efeito, é suficiente que o abandono crie a *possibilidade de prejuízo*, público ou particular — *crime de perigo*, portanto. A produção efetiva de *prejuízo público*, como veremos adiante, é condição de maior reprovabilidade do abandono, qualificando a figura típica. A eventual produção de prejuízo particular, por falta de previsão legal, não qualifica a infração penal, embora deva ser considerada, *in concreto*, na dosagem de pena (consequência do crime — art. 59).

4.4 Acefalia do cargo: necessidade

O abandono de função (ou de cargo público) não se confunde com o

“abandono de emprego” disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho e no próprio Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (arts. 132, II, e 138 da Lei n. 8.112/90). O crime de abandono de função (art. 323 do CP), para caracterizar-se, segundo Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 388), “pressupõe, necessariamente, a consequente acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência de substituto legal do desertor”. O abandono de emprego, por sua vez, caracteriza-se pela ausência do serviço, sem justa causa, por mais de trinta dias consecutivos. Esse “abandono do emprego” por mais de trinta dias consecutivos, uma condição objetiva, se tiver uma causa justa (força maior, estado de necessidade etc.), afasta a sua ilicitude, descaracterizando a “falta grave”, que poderia levar à demissão por justa causa.

Sem a *acefalia* do cargo público, isto é, havendo substituto, o eventual abandono por parte do funcionário público não constitui o crime em exame, embora possa caracterizar falta disciplinar, pela previsão do Estatuto do Servidor Público.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de abandonar o cargo, não sendo exigido qualquer fim especial do injusto. É irrelevante a ausência de *animus* do abandono definitivo do cargo, sendo suficiente, portanto, o conhecimento da sua natureza e do seu conteúdo, que todo funcionário deve ter. Não há, igualmente, previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o efetivo abandono do cargo público, por período de tempo juridicamente relevante, de forma a criar probabilidade de dano à Administração Pública.

A tentativa é de difícil ocorrência, embora, excepcionalmente, até possa admiti-la, residindo a maior dificuldade na comprovação daquela. Lúcido, nesse sentido, o magistério de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 288): “Não é possível a tentativa: ou o abandono não se acha caracterizado, podendo, a qualquer momento, o funcionário retornar a seu cargo, sujeito apenas a sanções disciplinares, ou já se manifestou e com ele houve a consumação”.

7 Formas qualificadas: prejuízo público e faixa de fronteira

Ao contrário do que refere, equivocadamente, Nélson Hungria, as prescrições contidas nos §§ 1º e 2º não caracterizam simples majorantes (ou meras causas de aumentos), mas tipificam, como já demonstramos, na melhor técnica dogmática, figuras qualificadas, por apresentarem novos limites mínimo e máximo das sanções correspondentes, próprios das figuras derivadas de infrações penais. Prescrevem, com efeito, os mencionados parágrafos, *novos limites qualitativos e quantitativos de penas*, caso o *abandono* efetivamente acarrete *prejuízo público (§ 1º) ou* o fato se verifique em lugar compreendido *na faixa da fronteira*.

O *prejuízo*, nesse tipo penal, representaria, em tese, o simples exaurimento do crime, pois se trata de crime formal; de notar que, como destacamos no início deste capítulo, contrariamente aos códigos italiano e argentino, o *prejuízo público* decorrente do abandono não consta do *caput* como elementar do crime. No entanto, sua efetiva ocorrência foi transformada pelo legislador brasileiro em *fundamento de maior reprovação penal* ao elevá-lo à condição de figura qualificada. O *prejuízo público (§ 1º)*, enfim, que pode ser contra o interesse público ou coletivo, não precisa ser, necessariamente, *patrimonial*, podendo ser de qualquer natureza, desde que signifique, de algum modo, algum dano ao serviço público e, indiretamente, à coletividade, como, por exemplo, a paralisação de algum serviço público, não recolhimento do lixo, não recolhimento de impostos etc.

7.1 O prejuízo não pode ser representado pelo próprio abandono

Deve-se registrar, apenas, que o *prejuízo qualificador do abandono* não pode ser aquele próprio e inerente ao abandono, mas outro, além deste, sob pena de todo e qualquer abandono restar sempre qualificado, e, certamente, não é esse o sentido da lei, caso contrário, o prejuízo deveria constar como elementar do tipo e não simplesmente como uma qualificadora contida no tipo derivado. Em outros termos, o prejuízo qualificador do abandono deve consistir em um dano diverso daquele inerente à violação do dever funcional do cargo abandonado.

7.2 Abandono em local de fronteira

A segunda qualificadora — a ocorrência do abandono em lugar

abrangido por faixa de fronteira —, de acordo com a Lei n. 6.634/79, é aquela situada dentro de cento e cinquenta quilômetros ao longo das fronteiras nacionais, como, aliás, já estabelecia a Constituição Federal de 1937. Justifica-se essa qualificadora pela importância estratégica que a Administração Pública ocupa nesses locais, especialmente, no caso brasileiro, onde longos trechos das fronteiras com países limítrofes ocorrem por *linhas secas*. A eventual deserção ou abandono do funcionário pode, inclusive, colocar em risco a própria segurança nacional.

Prevê, ainda, a lei penal aquela forma qualificada especial do art. 327, § 2º, quando o funcionário for ocupante de cargo 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.

8 Pedido de aposentadoria ou demissão

Se o *afastamento*, por óbvio, for precedido do *pedido de demissão* devidamente concedida, não caracteriza *abandono*, consequentemente, não tipifica a conduta descrita nesse tipo penal. Se o funcionário público, entretanto, entrou com o pedido de aposentadoria ou demissão, deverá esperar o deferimento deste; caso contrário, poderá responder pelo delito do art. 323 do CP. Não deixa de *abandonar* o cargo o funcionário que dele se afasta, por haver pedido demissão. Na realidade, deve aguardar que ela seja deferida, para só então poder afastar-se, embora não esteja explícito em nosso Código Penal, ao contrário da previsão constante do Código Penal argentino.

No entanto, após a concessão da demissão solicitada, não haverá crime, mesmo que não exista substituto (não tenha sido nomeado outro funcionário, ou este ainda não tenha entrado em exercício etc.). Com a *demissão* desaparecem, inegavelmente, os *deveres funcionais* do demitido para com a Administração Pública. Se esta não providenciou o preenchimento imediato do cargo vago, a responsabilidade é sua, e não do funcionário demitido, que não mais integra o corpo funcional.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, para o *caput* são de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. No § 1º as penas, cumulativamente, são de

detenção, de um a três anos, e multa; e, finalmente, para o § 2º, também cumulativamente, de um a três anos de detenção e multa. A ação penal é pública incondicionada.

Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado

Art. 324. Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal de 1830 preferiu seguir a orientação francesa: criminalizou a antecipação do exercício funcional (art. 138) e o seu prolongamento indevido (art. 140), separadamente. Essa técnica foi mantida no nosso primeiro Código Penal republicano (1889) — a indevida antecipação do exercício funcional (art. 225) e o seu prolongamento indevido (art. 227). Finalmente, o nosso Código Penal de 1940, por influência do Código Penal Rocco, preferiu disciplinar as duas condutas delitivas num único dispositivo (art. 324), que será a seguir examinado.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. A atuação funcional do agente público *pressupõe*, por isso mesmo, a legitimidade de sua investidura no cargo e na função, sendo, portanto, incompatível tanto com sua antecipação quanto com sua permanência indevida. Em síntese, esse dispositivo legal tutela o funcionamento regular e normal da administração pública, proibindo o exercício ilícito e abusivo da função no interesse da eficiência da atividade prestada à coletividade.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser o funcionário público nomeado, antes, porém, de ter tomado posse, por falta de cumprimento de formalidades legais, na primeira modalidade de conduta (antecipação do exercício); na segunda modalidade (permanência indevida na função), já afastado por exoneração, remoção, substituição ou suspensão. De todas essas hipóteses, no entanto, somente na segunda — *exoneração* — estar-se-á diante de ex-funcionário, visto que, nos demais casos, o *afastamento* ou é temporário (suspensão) ou é relativo.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), além dos órgãos públicos relacionados no § 1º do art. 327.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *exercício funcional* ilegalmente *antecipado ou prolongado* consiste na antecipação do exercício da função, antes de satisfazer às exigências legais, ou em continuar a exercê-la — *sem autorização* — mesmo sabendo *oficialmente* que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso. São duas as condutas incriminadas: a) *entrar no exercício da função pública antes de satisfeitas as exigências legais* (elemento normativo do tipo): é norma penal em branco, complementada, por exemplo, pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União; b) *continuar a exercê-la (a função pública), sem autorização (elemento normativo do tipo), depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso*. Na primeira, proíbe-se o *início irregular da função*; na segunda, o *exercício prolongado*, sem autorização, quando tem conhecimento oficial de que já se encontra legalmente impedido de exercê-la.

Em síntese, pretendendo tutelar o funcionamento regular e normal da Administração Pública, o tipo penal proíbe o *exercício ilícito e abusivo da função* no interesse da eficiência da atividade prestada à coletividade.

A primeira conduta — entrar no exercício de função pública — exige que o funcionário tenha consciência de quais exigências são necessárias para seu ingresso nessa função, mesmo que o tipo penal não o diga expressamente, como faz, por exemplo, quando descreve a segunda conduta, que exige o conhecimento oficial. A necessidade dessa *consciência* integra o próprio dolo, sob pena de, em desconhecendo-as, incorrer em *erro de tipo*, que afasta o dolo e, por extensão, a própria

tipicidade. As *exigências legais*, para o ingresso na função pública, são previstas em legislação específica, constituindo norma penal em branco que completa a norma proibitiva.

A segunda conduta criminalizada é o prosseguimento, *sem autorização*, do exercício da função, quando não mais pode fazê-lo, por ter sido exonerado, removido, substituído ou suspenso. Nessas hipóteses, exige o texto legal que o funcionário tenha *conhecimento oficial* do impedimento e, ainda assim, prossiga no exercício da função. É indispensável, pois, a comunicação oficial — e pessoal — ao funcionário, sendo inadmissível a presunção de dito conhecimento, por ter sido publicado no *Diário Oficial*, por exemplo. A exigência do comunicado oficial tem dois fundamentos básicos: primeiro, impede a injustiça da presunção do conhecimento; segundo, evita perseguições pessoais, ideológicas ou políticas, além de não permitir a alegação falaciosa do funcionário de que desconhecia a existência do ato impugnativo. E ainda: para que o prolongamento na função ocorra de forma ilegítima. A elementar *sem autorização* deixa claro que, a despeito dos aspectos determinantes do afastamento do funcionário de sua função, pode este, excepcionalmente, receber autorização especial para nela prosseguir. Assim, havendo autorização, restará afastada sua tipicidade, e não apenas a antijuridicidade, considerando que desaparece um elemento normativo do tipo penal.

4.1 Entrar no exercício de função e continuar a exercê-la

Entrar no exercício de função pública e *continuar a exercê-la* indicam dois momentos distintos de uma mesma atividade: *entrar no exercício* significa começar a realizar determinada atividade, no caso, pública, e *continuar a exercê-la* significa prosseguir realizando-a, nas hipóteses, com os impedimentos legalmente existentes. *Entrar no exercício*, tradicionalmente, indicaria *crime habitual*, embora *entrar no exercício* seja distinto de *exercer*: a primeira locução indicaria *instantaneidade*, e a segunda, *habitualidade*. No entanto, a habitualidade é definitivamente afastada pelo fato de que a prática de um único ato já caracteriza o exercício de atividade funcional ou mesmo do seu prosseguimento.

Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 291) advertia que, “em se tratando de *aposentadoria compulsória*, é ela automática: o funcionário passa à inatividade *imediatamente*, ainda que não tenha sido expedido o respectivo decreto. É o que dispõe o art. 187 da Lei n. 1.711 (...) Logo,

completados os setenta anos de idade, deve o funcionário afastar-se do exercício do cargo, independentemente do respectivo decreto, sob pena de incorrer na disposição em apreço". Temos dificuldade em aceitar essa orientação que era sustentada por Magalhães Noronha, uma vez que o Código refere-se à exoneração, remoção, substituição ou suspensão; poderia ter acrescido a aposentadoria, mas não o fez; certamente não poderá fazê-lo o intérprete, pois estaria violando o *princípio da tipicidade estrita*, criminalizando conduta não contida na lei. *Venia concessa*, essa omissão do legislador não pode ser suprida com "interpretação extensiva", que seria, na verdade, uma autêntica adoção de analogia *in malam partem*, vedada em norma penal repressiva.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de exercer a função pública, mesmo irregularmente, tanto antecipadamente, como nela prosseguir indevidamente. É necessário que o funcionário tenha conhecimento da irregularidade. Não basta, por conseguinte, o dolo eventual ou a simples culpa. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do injusto e tampouco é admitida a modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática, ilegalmente antecipada ou prolongada, de um ato de ofício, uma vez que, por si só, já representará exercício da função pública. O mesmo ocorre com a prática de qualquer ato de ofício — sem autorização — após saber oficialmente que se encontra impedido por qualquer das medidas mencionadas no *caput*. Tratando-se de crime comissivo, exige a prática efetiva pelo agente de algum ato oficial, que não se configura pela simples omissão, embora seja desnecessária a ocorrência de dano efetivo para a Administração Pública. Admite-se, ao contrário do abandono de cargo descrito no artigo anterior, a tentativa, por tratar-se de crime plurissubsistente.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo,

deve-se, necessariamente, oportunizar a transação penal. A ação penal é pública incondicionada.

Violação de sigilo funcional

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I — permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II — se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

— §§ 1º e 2º acrescentados pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O nosso primeiro Código Penal republicano, na expressão de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 289), "colocou-se em plano inferior, ao incluir o delito na fórmula genérica do art. 192 — 'revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver notícia, ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão'". Destacando seu paradoxo, Galdino Siqueira endereçou-lhe as procedentes críticas, afirmando que "englobou na mesma categoria, não só a violação do sigilo profissional como a do sigilo dos negócios do Estado, cuja repressão tem outro fundamento, o interesse, não individual, mas geral".

O atual Código Penal (1940) retomou o caminho anterior, disciplinando distintamente a *violação do segredo profissional* (art. 154) e a *violação do sigilo funcional* (art. 325), reconhecendo a necessidade de proteger o sigilo

de determinados atos praticados pela Administração Pública, que merecem, não raro, maior reprovação social, embora o tenha expressamente considerado um tipo penal subsidiário.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, mas particularmente, neste dispositivo legal, a *fidelidade do funcionário público* com os misteres da liturgia do cargo que exerce; acrescida, é verdade, da relevantíssima circunstância de o *segredo* do fato, que deve ser mantido, chegar ao conhecimento do sujeito ativo em razão de cargo público. Convém registrar, no entanto, que esse dispositivo incrimina somente a divulgação de segredo relativo ao *exercício de função pública* (em razão de cargo público), visto que o sigilo relacionado à *atividade privada* é protegido pelos arts. 153 e 154, ambos do CP.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser quem tem ciência de segredo em razão de cargo (público). Trata-se de uma modalidade muito peculiar de *crime próprio*, uma vez que a *condição especial* não se encontra no sujeito ativo propriamente — funcionário público —, mas na natureza da atividade ou função em razão da qual tem a possibilidade de ter ciência do sigilo funcional. Enfim, embora não diga expressamente o texto do artigo em exame, sujeito ativo somente pode ser funcionário público, ainda que o seja transitoriamente, como autoriza o art. 327, *caput*, pois apenas nessa condição pode ter ciência do segredo funcional “em razão do cargo”.

Convém destacar que *sujeito passivo* não se confunde com *prejudicado;* embora, de regra, coincidam, na mesma pessoa, as condições de sujeito passivo e prejudicado, podem recair, no entanto, em sujeitos distintos: *sujeito* é o titular do bem jurídico protegido, e, nesse caso, o lesado; *prejudicado* é qualquer pessoa que, em razão do fato delituoso, sofre prejuízo ou dano material ou moral. Essa distinção não é uma questão meramente acadêmica, despicienda de interesse prático, como pode parecer à primeira vista. Na verdade, o *sujeito passivo*, além do direito de representar contra o sujeito ativo, pode habilitar-se como assistente do

Ministério Público no processo criminal (art. 268 do CPP), e ainda tem o direito à reparação *ex delicto*, ao passo que ao *prejudicado* resta somente a possibilidade de buscar a reparação do dano na esfera cível.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada *revelar* significa contar a alguém fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou *facilitar-lhe a revelação* é tornar possível ou acessível seu conhecimento, sendo duas, portanto, as condutas previstas: a) *revelar* (desvelar, declarar, divulgar) fato de que o sujeito ativo tem conhecimento em razão do cargo (segredo de ofício) e que deva permanecer em segredo. *Revelar* tem uma abrangência mais restrita do que *divulgar,* que implica um número indeterminado de pessoas, ao passo que para revelar é suficiente que conte ou declare a alguém; b) *facilitar* (pôr à disposição, facultar) *a revelação* (o funcionário propicia dolosamente a descoberta).

Essa matriz típica objetiva a proteção do *sigilo funcional* específico, próprio e típico da função pública, para manter secretos ou sigilosos fatos relevantes, inerentes à função pública, punindo a violação do sigilo de fatos que se tem conhecimento no exercício de certos cargos públicos. A proteção inclui o segredo oral e não apenas o documental, ou seja, não importa a forma ou o meio pelo qual o funcionário toma conhecimento do fato ou do segredo: por escrito, oralmente, compulsando documentos etc.; desde que tal conhecimento tenha ocorrido em razão do cargo público que exerce, tampouco é relevante o meio ou forma pela qual faz a revelação, desde que, ressalta a descrição típica, se trate de fato que deva permanecer em segredo. É indispensável, contudo, uma *relação causal* entre o conhecimento do segredo e a especial qualidade do sujeito ativo (em razão de cargo público), isto é, um *nexo causal* entre o exercício de cargo ou função pública e o conhecimento do segredo, que é exatamente o aspecto revelador da infidelidade funcional do sujeito ativo, que a norma penal pretende proteger. Em outros termos, a ciência do fato deve chegar ao conhecimento do sujeito ativo exatamente em razão do cargo que ocupa. Assim, se teve ciência do fato por outros meios que não em razão do cargo público, a sua divulgação não se adequa à descrição desse tipo penal, podendo tipificar outro crime.

4.1 Ausência de notoriedade e dever funcional

No entanto, não é qualquer fato ou segredo que merece a proteção penal. Para que o sigilo de fato justifique a proteção penal é necessário que reúna dois elementos: um *negativo* — ausência de notoriedade, isto é, que não seja de conhecimento público ou daqueles fatos cuja publicidade lhe seja inerente, sem violar o direito à privacidade individual; outro *positivo* — *dever funcional* de preservá-lo, cujo sigilo funcional é exigido pela elementar típica "que deva permanecer em segredo". A ausência dessa exigência regulamentar torna a revelação de fato, conhecido em razão do cargo, uma conduta atípica, podendo, eventualmente, caracterizar falta funcional, punível administrativamente, pois fatos praticados no seio da Administração Pública, embora seu caráter público, exigem da própria Administração que mantenha e assegure a privacidade dos atos praticados com e para a coletividade em geral.

Na verdade, a lei penal, ao proteger o *sigilo funcional*, assegura igualmente o interesse da Administração Pública, que deve gozar da mais absoluta confiança da população em geral, que é identificado como *dever de fidelidade*. Se o segredo violado for particular, o agente poderá, conforme o caso, responder pelos delitos inscritos nos arts. 151, 153 ou 154 do CP, quando, por exemplo, faltar alguma elementar desse tipo penal. Não há sigilo, contudo, diante do crime. Trata-se, por fim, de *crime subsidiário*, expressamente destacado no preceito penal secundário, "se o fato não constitui crime mais grave".

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade livre e consciente de revelar segredo de que tem conhecimento em razão de cargo público, tendo consciência de que se trata de fato protegido por sigilo funcional e que o dever funcional lhe impede que o divulgue, ou seja, com conhecimento de todos os elementos constitutivos da descrição típica. É desnecessário, contudo, que o agente tenha consciência de que a revelação é ilegítima, ou seja, sem justa causa.

Não há exigência de nenhum *elemento subjetivo especial do injusto*, nem mesmo a finalidade de obter qualquer vantagem com a revelação, que, se existir, poderá caracterizar outro crime, como, por exemplo, corrupção passiva ou concussão.

6 Novas figuras penais acrescentadas pela Lei n. 9.983/2000

A Lei n. 9.983/2000 incluiu dois parágrafos neste artigo. No primeiro, incrimina novas condutas, atualizando o tipo penal à era informatizada; no segundo, acrescenta uma figura qualificada, quando resultar dano para a Administração Pública.

6.1 Violação do sigilo através do sistema informatizado da Administração Pública

Bem jurídico é o mesmo já referido em relação ao *caput* do art. 325, mas sujeito ativo, no entanto, das novas condutas inseridas pela Lei n. 9.983/2000 é somente o funcionário público autorizado a operar o sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública.

As condutas criminalizadas no § 1º, I, são *permitir* ou *facilitar* o acesso de pessoas não autorizadas a *sistemas de informações* ou *banco de dados* da Administração Pública. O funcionário público pratica qualquer das condutas tipificadas *fornecendo* ou *emprestando senha* ou qualquer outra forma de acesso a *pessoas não autorizadas* a sistemas de informações ou bancos de dados da Administração Pública (§ 1º, I); ou, ainda, o funcionário se *utiliza*, indevidamente, de acesso restrito a informações (§ 1º, II). *Permitir*, que pode ser em forma omissiva ou comissiva, significa admitir, consentir ou liberar a realização ou a prática de alguma conduta, no caso em apreço, o acesso a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública. *Facilitar* significa afastar obstáculos, tornar mais fácil, viabilizar *meios* para acessar sistemas informatizados da Administração Pública, *meios* que o próprio texto penal exemplifica como sendo "mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou 'qualquer outra forma'", expressão com a qual abre a possibilidade da utilização de meios análogos aos relacionados, ou seja, o legislador autoriza, nesses casos, a *interpretação analógica*.

Em síntese, na modalidade *permitir*, o sujeito ativo admite que pessoa não autorizada tenha acesso a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública, fornecendo-lhe a senha ou código secreto ou prestando-lhe outra forma de auxílio, ao passo que na modalidade *facilitar* o próprio funcionário auxilia o *extraneus* a obter as informações, fornecendo-lhe a senha ou outros meios de acesso. *Pessoas não autorizadas* são aquelas alheias ao sistema e que não têm legitimidade legal,

regulamentar ou estatutária para ingressar e, principalmente, ter conhecimento dos sistemas de informações e bancos de dados da Administração Pública.

6.2 Utilização, indevida, de acesso restrito

No inciso II há outra modalidade de *acesso* ao sistema informatizado da Administração Pública, também introduzida pela Lei n. 9.983/2000: *utiliza-se, indevidamente, de acesso restrito*. Essa conduta típica consiste em o funcionário público *utilizar-se*, indevidamente, *de acesso restrito* a sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública. Esse enunciado do inciso II é incompleto, na medida em que omite o complemento relativamente a que acesso se está referindo. Em razão do texto do inciso anterior presume-se que se refira também ao sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública, embora o texto legal, com uma linguagem vernacular equivocada, não o diga expressamente.

Utilização indevida é o uso não permitido, ou por pessoa não autorizada, das informações mencionadas, para fins diversos dos interesses da Administração Pública, violando-se o indeclinável dever de fidelidade. *Indevidamente* significa sem autorização, sem causa que o justifique, constituindo elemento normativo especial do tipo, que, se existir, tornará a conduta atípica e permitida. Fala-se em *acesso restrito* porque, pela própria natureza da função e relevância do sistema, a Administração Pública seleciona e limita determinado setor de seus agentes, que são capacitados e preparados tecnicamente para ter acesso ao sistema de informações e banco de dados, em razão da natureza sigilosa dos dados e informações que compõem o seu sistema de informatização.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de violação de sigilo funcional com a revelação do segredo (1ª parte) ou com sua facilitação (2ª parte); consuma-se no momento em que o *sujeito ativo* revela a terceiro fato que teve ciência nas circunstâncias definidas no tipo penal, isto é, em razão do cargo e que deve ser mantido em segredo; consuma-se, enfim, com o simples *ato de revelar*, independentemente da ocorrência efetiva de dano, pois é suficiente que a revelação tenha *potencialidade* para produzir a lesão, que, se ocorrer,

constituirá o exaurimento do crime, e, nessa hipótese, qualifica a infração penal que tem exagerada elevação de pena (dois a seis anos de reclusão, e multa).

Para a tipificação do crime de *violação de sigilo funcional* é suficiente a *revelação* a uma só pessoa, ao contrário do que ocorre com o crime de divulgação de segredo (art. 153), por exemplo, que necessita ser *difundido* extensivamente, para um número indeterminado de pessoas. Em síntese, "revelar" pode ser somente para uma pessoa, enquanto "divulgar" implica, naturalmente, um número indeterminado delas. Revelar é menos que divulgar.

A *tentativa* é de difícil configuração, mas teoricamente possível, especialmente através de meio escrito, pois não se trata de *crime de ato único*, e o fato de prever a potencialidade de dano decorrente da conduta de *revelar*, por si só, não a torna impossível. O dano potencial pode ser de qualquer natureza: patrimonial, moral, público ou privado, pessoal ou familiar.

Nas novas hipóteses, o crime se consuma com o simples fornecimento, por qualquer meio, da senha ou qualquer forma que facilite o acesso de pessoas não autorizadas, independentemente de concretizar-se efetivamente o acesso. Na última hipótese, consuma-se o crime quando o agente efetivamente se utiliza do acesso restrito, sem justa causa.

8 Forma qualificada

Todo o dispositivo disciplina crime de perigo, tanto no *caput* quanto em seu § 1º; contudo, se de qualquer das condutas sobrevier dano, quer para a Administração Pública, quer para terceiro, configurar-se-á a modalidade qualificada (§ 2º) (crime qualificado pelo resultado). É inegável que a produção de dano aumenta consideravelmente o desvalor do resultado, justificando-se a maior reprovabilidade pessoal do injusto típico, com a consequente elevação da sanção penal cominada.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, para as figuras simples, e de dois a seis anos de reclusão e multa, para a figura qualificada (crime qualificado pelo resultado). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Crimes contra a honra e violação de sigilo profissional. Ilegitimidade do querelante quanto ao delito do art. 325 do Código Penal, visto tratar-se de crime de ação pública incondicionada" (STJ, Apn 216/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 5-11-2003).

Violação do sigilo de proposta de concorrência

Art. 326. Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

— Prejudicado este artigo pelo disposto no art. 94 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (licitações e contratos da Administração Pública).

D O U T R I N A

1 Considerações especiais

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 — Lei de Licitações —, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Pública, disciplina, em seu art. 94, integralmente a matéria que constava do art. 326 do Código Penal, nos seguintes termos: "Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena — detenção, de dois a três anos, e multa".

Segundo a doutrina especializada, com essa nova previsão a lei especial disciplinou de forma mais abrangente toda a matéria contida no art. 326 do Código Penal, revogando-o tacitamente (art. 2º, § 1º, da LINDB).

Por essa razão, suprimimos as considerações que constavam nas edições anteriores relativamente ao art. 326 do CP.

Funcionário público

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.

— § 1º acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

§ 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.

D O U T R I N A

1 Conceituação penal de funcionário público

Diversamente da conceituação conferida pelo Direito Administrativo, o Direito Penal considera *funcionário público* quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Ensina Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 156): "Cargo público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais". O *emprego público*, por sua vez, é o serviço temporário, com contrato em regime especial ou de conformidade com o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho. O conceito de funcionário público fornecido pelo art. 327, *caput*, do CP estende-se a toda a legislação penal extravagante.

Nosso Código Penal, no art. 327, adotou a noção extensiva e deu maior elasticidade ao conceito de funcionário público. Isto é, não exige, para caracterização deste, o exercício profissional ou permanente da função pública. Basta o indivíduo exercer, ainda que temporariamente e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública.

2 Conceito de funcionário público: mesma amplitude para sujeitos ativo e passivo

Não há por que fazer a distinção, para fins de aplicação do conceito extensivo de funcionário público, entre sujeito ativo e sujeito passivo do

delito. E isso porque o art. 327 emite um nítido comando geral, ainda que inserido no Capítulo I do Título XI do Código Penal, que deve ser aplicado a todas as hipóteses contempladas no ordenamento penal, contidas ou não no Código. Assim, inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração (v. g., os jurados, que são expressamente equiparados pelo art. 438 do CPP; os mesários e integrantes das Juntas Eleitorais, consoante os arts. 36 e 120 do Código Eleitoral — Lei n. 4.737/65), venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma, exerçam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais.

Não são, porém, funcionários públicos aqueles que apenas exercem um *munus* público, como, por exemplo, os curadores e tutores dativos, os inventariantes judiciais, os leiloeiros dativos etc., havendo prevalência, nesses casos, do interesse privado. Não se incluem, igualmente, na equiparação da condição de funcionário público os empregados de concessionários (permissão e autorização, espécies do gênero, são delegações unilaterais da Administração Pública) de serviços públicos.

Por fim, esse conceito ampliado de funcionário público, para fins penais, também deve ser aplicado quando, de alguma forma, puder beneficiar o sujeito passivo pela sua condição de funcionário público próprio ou por equiparação. Em outros termos, esse conceito ampliado também deve ser reconhecido quando o funcionário público figurar como sujeito passivo, como uma moeda que tem dois lados, para usar uma linguagem figurada.

3 Equiparação do conceito de funcionário público: irretroatividade

A Lei n. 9.983/2000 acrescentou o § 1º ao art. 327, que equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, nos seguintes termos: 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. Esse dispositivo equiparou, igualmente, a funcionário público, para fins penais, "quem trabalha para empresa prestadora de serviço *contratada* ou *conveniada*".

Entidades paraestatais não se confundem com *autarquias*, considerando-se que estas realizam atividades públicas típicas, aquelas,

segundo Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo brasileiro*, p. 312), "prestam-se a executar atividades impróprias do Poder Público, mas de utilidade pública, de interesse da coletividade, e, por isso, fomentadas pelo Estado, que autoriza a criação de pessoas jurídicas para realizá-las por outorga ou delegação...". Aliás, os conceitos de entidade paraestatal, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação e autarquia são aqueles definidos pelo direito administrativo.

3.1 Ampliação vigente a partir de julho de 2000: não há repristinação de jurisprudência pretérita

Significa dizer que antes da vigência dessa lei — *julho de 2000 — não era equiparado a funcionário público* "quem trabalhasse em empresa prestadora de serviço *contratada ou conveniada*", caso contrário não teria sido necessária essa previsão expressa do legislador. Em outros termos, até a entrada em vigor da Lei n. 9.983 (17-10-2000), os médicos e administradores de hospitais conveniados pelo SUS não podiam ser considerados funcionários públicos para fins penais, na medida em que tal possibilidade somente foi ocorrer com o advento do referido diploma legal. A equação é simples: *ora, se passaram a ser considerados funcionários públicos, significa reconhecer que antes não o eram*. Esta, aliás, é a única interpretação possível da previsão contida no art. 5º, XL, da Constituição Federal: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu!* Os fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 9.983/2000 não podem ser alcançados pela equiparação consagrada por essa lei.

Inadmissível, *in casu*, invocar a jurisprudência pretérita, que já dava interpretação mais abrangente ao conceito de *funcionário público*, para sustentar a *aplicação retroativa* da equiparação ora questionada. É falacioso, por outro lado, o argumento de que a jurisprudência ter-se-ia antecipado ao legislador, na medida em que tenta burlar a proibição constitucional (art. 5º, XL) antes mencionada; ademais, o juízo a ser feito é outro: era equivocado o entendimento jurisprudencial anterior, que dava abrangência não autorizada à definição de funcionário público. Com efeito, tal interpretação passou a ser possível a partir da vigência da lei, somente para frente, jamais para trás.

4 Atividade típica de Administração Pública

Por fim, há outra *elementar típica* no conceito de *equiparação de funcionário público* que exige uma pequena reflexão: "... para a execução de *atividade típica* da Administração Pública". Afinal, o que pode ser interpretado como "atividade típica da Administração Pública"?

Não serão, por certo, aquelas atividades "típicas da iniciativa privada", tais como indústria, comércio, prestação de serviços em geral etc. O § 1º do art. 327 não dá margem a dúvidas quanto à qualidade de funcionário público quando, por exemplo, determinado hospital, por meio de seus médicos ou administradores, atende pacientes pelo SUS, mediante convênio. Essa atividade, não se pode negar, é tratada como "atividade típica da Administração Pública", consoante o disposto no art. 194 da CF, que pode ser gerida, complementarmente, pela iniciativa privada (art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.080/90).

5 Causa especial (genérica) de aumento

A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos — próprios ou impróprios — que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.

Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia *in malam partem*. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução "entidade paraestatal", em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“O médico que atende a beneficiários do SUS, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 9.983/2000, que modificou o art. 327, § 1º, do Código Penal, deve ser considerado funcionário público por equiparação, tendo em vista o disposto no *caput* do retromencionado artigo. (Precedentes)” (STJ, REsp 898.170/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-3-2007).

“Pela ampla redação do art. 327 do CP, quem exerce cargo, emprego ou função pública, até de forma transitória ou sem remuneração, enquadra-se no conceito de funcionário público, para fins de responsabilização criminal. Assim, quem exerce a função de estagiário, em secretaria municipal, é considerado funcionário público, para efeitos penais” (TJRS, Apelação 70018653469, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 17-5-2007).

“O médico e o administrador de entidade hospitalar conveniada ao SUS exercem função pública delegada e, por isso, equiparam-se a funcionários públicos para fim de aplicação da legislação penal, entendimento que se sustenta mesmo antes do advento da Lei n. 9.983/2000, que deu nova redação ao § 1º do art. 327 do Código Penal. Por força do *caput* do art. 327 do Código Penal, o conceito de funcionário público, na seara penal, é amplo, incluindo todas as pessoas que exerçam cargo, emprego ou função pública” (STJ, REsp 252.081/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 9-3-2006).

“Exercício de funções da EBCT. Art. 327, CP. Se o recorrido é equiparado a funcionário público, nos termos do art. 327, do Código Penal, e exercia suas funções perante a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — EBCT, por certo que sua conduta, em tese, afeta diretamente serviços e interesse de uma empresa pública, a deslocar sua competência para a Justiça Federal, nos termos preceituados pelo artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal” (TRF – 3ª Região, Recurso Criminal 2002.61.23.000422-0, Rel. Suzana Camargo, j. 28-11-2005).

Capítulo II - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral

Usurpação de função pública

Art. 328. Usurpar o exercício de função pública:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se do fato o agente aufere vantagem:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Penal Imperial (1830) reprimiu a conduta de usurpar função pública, disciplinando, porém, separadamente a usurpação de função pública civil e a militar. Coube, contudo, ao Código Penal de 1890 reunir em um mesmo dispositivo a usurpação dessas funções públicas (art. 224). O Código Penal de 1940 tratou da usurpação de função pública sem se preocupar em destacar sua abrangência, prevalecendo na doutrina o entendimento de que a prescrição penal abrangia tanto a seara civil quanto a militar. Posteriormente, com o surgimento do Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69), a usurpação de função pública militar recebeu tratamento específico.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. A atuação funcional do agente público *pressupõe*, por isso mesmo, a legitimidade de sua investidura no cargo e na função, sendo, portanto, incompatível com a conduta de quem exerce funções que não são suas. Ademais, reconhecia Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 304), "além da lesão ao direito exclusivo do Estado de escolher e nomear seus funcionários ou as pessoas que, em seu nome e interesse, agem, para consecução de suas finalidades".

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, até mesmo o funcionário público incompetente ou investido em outra função, ou, em outros termos, o funcionário que pratica atividade atribuída a outro agente público, absolutamente estranha àquela a que está investido. A bem da verdade, tratando-se do capítulo que disciplina *os crimes praticados por particulares contra a administração em geral*, sujeito ativo deve ser o *particular* (*extraneus*). Contudo, convém destacar, que a ele se equipara quem, mesmo sendo funcionário, não está investido na função que usurpa. No entanto, nesse caso, é importante que as funções sejam absolutamente distintas, ou seja, deve ser uma função de todo estranha à de que está investido.

Sujeito passivo é o Estado, que pode ser representado pela União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Não é aplicável a

extensão prevista no § 1º do art. 327, já que referida equiparação limita-se às hipóteses em que o funcionário público equiparado é sujeito ativo do crime considerado funcional.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação nuclear do tipo é representada pelo verbo *usurpar* (assumir ou exercer indevidamente). *Usurpar* é o mesmo que obter mediante *fraude*, tomar violentamente, gozar indevidamente. O agente, de forma ilegítima, executa ato relativo à função pública (*vide* o art. 327 do CP), de natureza gratuita ou remunerada, na qual não está legalmente investido. Usurpar, portanto, é assumir e exercitar, indevidamente, funções ou atribuições que não competem ao agente. Com a *usurpação de função* há indevida e ilegítima intromissão no aparato legal da Administração Pública de um *extraneus* que se arroga prerrogativas de funcionário, que não as tem, e pratica atos de ofício, como se funcionário competente fosse.

4.1 Prática de ato de ofício da função usurpada

Para a configuração do crime de *usurpação de função pública* não basta que o agente apenas se invista de função indevidamente, atribuindo a si mesmo a *condição* de funcionário público, mas deve também, e necessariamente, *praticar ato de ofício* privativo da função usurpada. Na precisa oração de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 304-5) está sintetizada toda a essência do comando típico contido no art. 328, *in verbis*: "Não basta fazer-se passar pelo ocupante do cargo, intitular-se como tal, desde que não o exerça. A lei exige que se usurpe *exercício* da função e não se contenta com a simples ou mera *atribuição* da qualidade de funcionário ou do título relativo ao cargo".

4.2 Usurpação e abuso de poder

A *usurpação de função pública* não se confunde com o *abuso de poder*: com efeito, uma coisa é *exceder-se* no exercício da função pública, e outra, completamente distinta, é investir-se na que não possui, embora em ambas seu *exercício* seja ilegal e abusivo. Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 410) destacava, no entanto, que a simples *jactância* não é penalmente ilícita, salvo se contribuir para um *fingimento*, pois em tal caso será reconhecível uma contravenção (art. 45). No entanto, se falsamente

alguém se intitula funcionário público com o escopo de induzir alguém em *erro* e, com isso, auferir vantagem, tem-se caracterizado o delito do art. 171 (*estelionato mediante fraude*).

4.3 Exercício de função por delegação

Há situações, porém, em que o *particular*, independentemente de investidura em cargo algum, está devidamente *autorizado* a exercer uma função pública ou praticar atos de ofício, assim, como, por exemplo, a *prisão em flagrante delito*, que, segundo o art. 301 do CPP, "qualquer do povo poderá e a autoridade policial e seus agentes deverão prender" quem quer que se encontre em situação de flagrância; sem se falar nas funções delegadas etc. Mas, nesses e em qualquer outro caso que haja autorização ou delegação, não existe usurpação e, portanto, não se pode falar em crime.

A função pública pode ser de qualquer natureza: temporária, transitória, civil ou militar, gratuita ou remunerada.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo do crime de usurpação de função é o dolo, constituído pela vontade consciente de usurpar função pública ilegitimamente. Inexistindo vontade livre e consciente de obter mediante fraude ou assumir indevidamente função de agente do Estado, não se caracteriza a *usurpação de função pública*. É indispensável que o sujeito ativo tenha *consciência da ilegitimidade do exercício* da função usurpada. A ausência dessa consciência acarreta erro de tipo, excluindo o dolo, e, por extensão, a própria atipicidade. Caracterizado o erro de tipo é irrelevante a constatação de sua *evitabilidade* ou *inevitabilidade*, pois seu efeito é o mesmo, ante a ausência de previsão da modalidade culposa, salvo se se tratar de um simulacro de erro. Por isso, não comete o crime quem, de boa-fé, pensa ser legítima a ação que pratica, que se encontra legalmente investido na função ou que é válida a delegação que recebeu, quando, na realidade, nada é verdadeiro.

Não se exige qualquer fim especial, caracterizador de elemento subjetivo especial do injusto. O motivo do agente, portanto, é irrelevante. Tampouco há previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *usurpação de função pública* com o efetivo exercício de pelo menos um *ato de ofício*, típico de função pública em que o agente não está investido. Consuma-se o crime no momento e no lugar em que o ato de ofício é praticado pelo agente. A maior ou menor duração do *exercício*, a maior ou menor quantidade de atos praticados devem ser considerados somente na dosagem da pena, não se podendo falar, porém, em continuidade delitiva. Se em decorrência da *usurpação* o agente auferir vantagem, de qualquer natureza, para si ou para outrem, consumar-se-á a figura qualificada.

A tentativa é, teoricamente, admissível, e verifica-se, quando, iniciada a prática de atos inequívocos de execução, é interrompida durante sua realização, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

7 Forma qualificada: auferimento de vantagem

O parágrafo único do artigo em exame dispõe: "se do fato o agente aufere vantagem: Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa". Constata-se que a eventual obtenção de vantagem pelo agente eleva consideravelmente, qualitativa e quantitativamente, a sanção cominada.

Caracteriza-se a figura qualificada quando, em virtude da usurpação, o agente aufere vantagem, patrimonial ou moral, para si ou para outrem. Trata-se, não se ignora, de crime formal, que não exige o resultado material para consumar-se; excepcionalmente, porém, a *obtenção de vantagem* não representa o simples exaurimento do crime, mas, ao contrário, ante previsão expressa, qualifica a figura delituosa, sendo digna de maior reprovação social.

7.1 Obtenção de vantagem: fundamento da reprovação

O fundamento da maior reprovabilidade reside, portanto, na obtenção de vantagem. Como a lei é omissa, é irrelevante que se trate de vantagem devida ou indevida, legítima ou ilegítima. Por outro lado, tampouco se fez restrição à natureza da vantagem, por isso pode ser ela patrimonial ou não. Como a lei prevê apenas o auferimento de vantagem, não é necessária sua fruição, podendo, pois, a vantagem auferida destinar-se a outrem.

8 Contravenções penais

Se o agente, sem realizar qualquer ato de ofício, tão somente se

apresenta como funcionário público ou usa uniforme ou distintivo de função pública, responde pelas contravenções dos arts. 45 ou 46 da Lei das Contravenções Penais, e não pelo delito do art. 328 do CP. O delito descrito no *caput* admite não apenas a transação penal, mas também a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — não superior a dois anos. *Vide* os arts. 45, 46 e 47 do Decreto-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de três meses a dois anos, e multa. Para a figura qualificada é cominada pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Comete o delito previsto no art. 328 do Código Penal (usurpação de função pública) aquele que pratica função própria da administração indevidamente, ou seja, sem estar legitimamente investido na função de que se trate. Não bastando, portanto, que o agente se arrogue na função, sendo imprescindível que este pratique atos de ofício como se legitimado fosse, com o ânimo de usurpar, consistente na vontade deliberada de praticá-lo (Precedente). O crime de usurpação de função pública, muito embora previsto no capítulo destinado aos crimes praticados por particular contra a Administração Pública, pode ser praticado por funcionário público, porquanto, quando o Código Penal se refere a particular é porque indica que os delitos ali (Capítulo II do Título XI), ao contrário do capítulo I, são crimes comuns e não especiais (próprios)" (STJ, RHC 20.818/AC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22-5-2007).

"*Habeas corpus* com o objetivo de revogar prisão preventiva decretada em inquérito. Há fortes indícios da materialidade do art. 328 do CP, pois não requer a demonstração de que particular tenha sofrido prejuízo. O sujeito passivo da conduta descrita no art. 328 do CP é o Estado, titular da moralidade e prestígio necessários ao regular o funcionamento de suas atividades administrativas" (TRF – 3ª Região, HC 2002.03.00.018776-3, Rel. André Nabarrete, j. 1º -10-2002).

Resistência

Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Na legislação brasileira, a criminalização do crime de resistência vem desde o Código Criminal do Império (1830), sendo repetida pelo primeiro Código Penal republicano (1890), com pequenas alterações do texto anterior. O Código de 1890, no entanto, situava, equivocadamente, o crime de resistência entre os "crimes contra a segurança interna da república", como se fosse um crime de Estado ou contra a ordem política constituída, ou seja, transformava um crime comum em crime político, impropriamente.

O atual Código Penal de 1940, com redação mais enxuta e melhor técnica, situou adequadamente o crime de resistência entre os crimes contra a Administração Pública, *lato sensu*.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. O tipo penal protege a autoridade e o prestígio da função pública. Tutela-se, na verdade, a normalidade do funcionamento da Administração Pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários; a essência mesmo da tutela penal não é em relação ao funcionário, e sim ao próprio *ato funcional* que se quer prestigiar, partindo-se da presunção, logicamente, da legalidade do ato. Não tendo base legal o ato resistido, não se pode falar em crime, pois a ausência dessa elementar torna a sua resistência uma conduta atípica.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que, mediante violência ou ameaça, obstaculize a prática de *ato legal*, independentemente de qualidade ou condição especial. Pode, inclusive, ser pessoa diversa daquela contra a qual o funcionário executava o ato.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) e, ao lado dele, o funcionário competente ou quem lhe esteja prestando auxílio para a execução do ato legal.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *opor-se* à execução de *ato legal* (a legalidade exigida é tanto a *formal* quanto a *substancial*), *mediante violência* (emprego de força física) ou *ameaça* (prenunciando a prática de um mal grave à vítima) a *funcionário competente* para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. O *crime de resistência*, portanto, é composto dos seguintes elementos constitutivos: a) oposição ativa, *mediante violência ou ameaça*; b) a qualidade ou condição de *funcionário competente* do sujeito passivo ou seu assistente; c) *legalidade do ato* a ser executado; d) elemento subjetivo informador da conduta. Vamos dissecá-los.

4.1 Oposição ativa, mediante violência ou ameaça

Opor-se à execução de ato legal exige uma *conduta ativa, positiva e efetiva, sendo insuficiente uma atitude passiva, contemplativa ou omissiva*, pois configuraria, no máximo, a *desobediência*, que poderia tipificar o crime descrito no art. 330. A locução — *mediante violência ou ameaça* — destaca não apenas o meio e a forma que a oposição deve revestir-se, como deixa claro que não admite a simples passividade, como, por exemplo, jogar-se ao solo, agarrar-se em algum obstáculo ou simplesmente pôr-se em fuga para evitar a prisão. "A oposição — concorda Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 304-5) — deve ter caráter militante, ativo. A mera desobediência, a oposição branca, a resistência passiva (*vis civilis*) realizam o tipo descrito no art. 330". Por isso, a denominada "resistência passiva", que se caracterizaria pela omissão, sem ataque nem agressão por parte do "agressor", não tipifica o crime em exame, mesmo que não fosse exigida a elementar violência ou ameaça, pois de resistência, tecnicamente falando, não se trata. Tal conduta, no máximo, dependendo das demais elementares, poderá configurar o crime de desobediência.

4.1.1 Violência física ou ameaça

A *violência* exigida pelo tipo penal tanto pode ser a física — *vis*

corporalis — como a moral — *vis compulsiva* —, que deve ser praticada em *oposição* e concomitante ao *exercício* do ato funcional que se quer resistir. A *violência física* consiste no emprego de força contra o funcionário ou seu assistente. Para caracterizá-la é suficiente que ocorra *lesão corporal leve* ou simples *vias de fato*. O termo "violência", especificamente, empregado no texto legal significa força física, material, a *vis corporalis*. E abrange todas as formas de violência, desde as mais graves, como o *homicídio* e as *lesões corporais*, até as mais leves, como lesões leves ou as próprias "vias de fato". Mas a *violência* também pode consistir na *simples ameaça*, que, curiosamente, o legislador, nessa figura típica, não exige que seja *grave*, ao contrário do que normalmente se faz nas tipificações que utilizam a *ameaça* equiparada à violência. Essa *ameaça* pode ser real, verbal e, segundo a maioria da doutrina, pode até ser por escrito (quando o agente promete causar mal injusto e grave ao funcionário público).

4.1.2 Atualidade da prática do ato de ofício

A *atualidade da execução do ato de ofício* é pressuposto indispensável, a caracterização do ato de resistir — é impossível resistir a algo que não iniciou e, principalmente, a algo que já terminou. A *resistência* deve ocorrer no momento e no lugar que se realiza o ato que se quer impedir. Nesse sentido, já sustentava Manzini (*Tratado de derecho penal*, p. 399), afirmando que "se pressupõe já iniciado o ato de ofício ou de serviço, e a violência ou ameaça deve ser contemporânea ao desenvolvimento da atividade funcional tendendo a frustrar absoluta ou relativamente a obtenção do escopo a que o ato se dirige". Por isso, temos dificuldade em admitir que a ameaça possa ser feita por escrito, pois por esse meio perde-se a atualidade, não passando de uma ameaça de mal futuro, incompatível com a exigência de contemporaneidade da resistência e da execução do fato de ofício. Não pode haver resistência se ainda não se iniciou ou se já cessou a atividade do funcionário. É possível a resistência durante todo o desenvolvimento do ato e até a sua conclusão, como sustentava.

4.1.3 Violência contra o funcionário ou seu auxiliar

A *violência* deve ser, necessariamente, dirigida ao *funcionário público* ou a quem o auxilie, não a caracterizando eventual violência dirigida à coisa. Nesse particular, era equivocado o entendimento de Hungria, uma vez que o Código Penal de 1940 (art. 329) adota tipificação distinta da

utilizada pelo Código Penal italiano de 1930 (art. 337). Nesse sentido, mais uma vez, a razão encontra-se com Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 311), quando afirmava: "Não há invocar, neste particular, autores estrangeiros, pois seus Códigos diferem do nosso, que é por demais preciso: '... mediante violência ou ameaça a funcionário'...". E concluía com acerto Magalhães Noronha: "Numa palavra: no Código italiano, consideram-se a violência e a ameaça *em oposição a um ato* do funcionário; no pátrio, a oposição a um ato, mediante violência ou ameaça ao *funcionário*. É o âmbito daquele mais amplo". Ademais, polícia não se intimida porque alguém danifica sua viatura, como se fora criança amedrontada pelo maior que, para assustá-la, quebra seu brinquedo.

A *resistência* oposta por assaltante para evitar a prisão, quando perseguido logo após a prática do crime de roubo, por exemplo, não constitui crime autônomo; representa, tão somente, um desdobramento da violência caracterizadora do crime patrimonial.

4.2 A qualidade ou condição de funcionário competente do sujeito passivo

Não basta que o sujeito passivo seja funcionário público (ou assistente deste), sendo indispensável que ele tenha *competência* para executar o ato que se quer impedir. Com efeito, pressupostos do crime de resistência são a *qualidade ou condição do sujeito passivo* — que deve, necessariamente, ser funcionário público competente — e a *legalidade do ato funcional*. Em termos bem esquemáticos, é necessário que o funcionário pratique ato legal e que este integre o âmbito de suas atribuições funcionais. É irrelevante que o executor do ato seja titular primário ou secundário da autoridade pública: o fundamental é que tenha competência *in concreto* para realizá-lo.

A proteção penal, no entanto, pode ser estendida ao *extraneus*, excepcionalmente autorizada pelo texto legal. Esse "auxílio prestado" pode ser requisitado pelo funcionário, ou o *extraneus sponte sua* — com o assentimento daquele — pode reforçar a atuação funcional. No entanto, para que se reconheça a legitimidade do "auxiliar" é necessária a presença, *in locus*, do assistido. Caso contrário, o *extraneus* estará *usurpando* de função pública, desautorizadamente. Por fim, o fundamento para *ampliar a proteção legal* a quem "presta auxílio" a funcionário competente reside na interpretação de que se trata de um desdobramento, de um *longa manus* do assistido, que aquele estaria exercendo uma espécie de *função delegada*.

4.3 A legalidade do ato a ser executado

Requisito igualmente indispensável para a configuração do *crime de resistência* é a *legalidade do ato*, sob os aspectos *formal* e *substancial*: a legalidade *substancial* refere-se à ordem a ser executada; a *formal*, relaciona-se à forma ou ao meio de sua execução, como assevera Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 519): "a primeira sedimenta-se na ausência de fundamento ou razão de ser da concreção do ato, enquanto a segunda está relacionada à forma ou à execução do ato". Exige-se, assim, a competência do funcionário para a prática do ato, bem como a sua legalidade intrínseca, além do emprego dos *meios legais* na sua execução. Em outros termos, o agente deve executar o ato nos limites de sua competência e nos termos legais. Atos ilegais, portanto, são os que não têm fundamento na lei, como, por exemplo, mandado de prisão, fora dos casos que a lei permite, ou emitidos por autoridade incompetente, ou sem cumprir as formalidades legais etc.

4.3.1 Direito de resistência ao abuso da autoridade

Questão que não pode ser ignorada é a eterna polêmica sobre o *direito de resistência* contra o arbítrio da autoridade pública. Não se desconhece a existência de duas teorias opostas relativamente a esse tema: para a primeira presume-se legalidade quando proveniente de agentes públicos, sendo inadmissível a oposição contra a autoridade inerente a tais atos. Essa teoria remonta ao período despótico que sustentava o acerto permanente dos "delegados terrestres da divindade"; para a segunda, sustenta o dever do cidadão de rebelar-se contra atos ilícitos, e a oposição a ato ilegal da autoridade não é antijurídica, sendo, portanto, lícita. Uma terceira teoria, como sempre, procura conciliar as anteriores, sustentando a admissibilidade da resistência quando o ato da autoridade é manifestamente ilegal. Na dúvida, sustenta, prevalece o princípio da autoridade.

4.3.2 Ilegalidade do ato legitima oposição

A *ilegalidade* do ato *legitima* eventual *oposição* à sua execução, conforme procuraremos demonstrar mais adiante. Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 503) vai mais longe ao afirmar: "A obediência passiva à ilegalidade não se admite. O súdito é um homem, não um escravo. Dispõe do direito de revoltar-se contra o ato indevido e do

dever de obedecer à ordem legal. A oposição, ainda que violenta, ao ato ilícito da autoridade, é válida, é legítima, *secundum jus*". Sob o ponto de vista objetivo, destacava Soler (*Derecho Penal argentino*, p. 101): para que exista *função lícita* requer-se que o agente atue dentro da esfera de sua competência tanto material como jurisdicionalmente. O ato executado deve ser *legal*, formal e substancialmente, pois a *ilegalidade* do ato torna a resistência *legítima*, excluindo não só a antijuridicidade da ação, mas a própria tipicidade, embora não desconheçamos, repetindo, a controvérsia sobre a resistência ao ato ilegal. No entanto, Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 455) já concordava com esse nosso entendimento *in verbis*: "Se o ato for ilegal, a resistência é sempre lícita e impunível, quer se trate de ilegalidade evidente ou dissimulada. Constitui ela uma espécie de legítima defesa, embora não caiba aqui exigir os requisitos desta descriminante". Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 310) era ainda mais contundente ao afirmar: "Só há resistência contra ato legal; se não o for, a oposição não é ilícita, quer seja a ilegalidade *patente*, quer seja *dissimulada*".

4.3.3 Resistência contra ato legal: taxatividade

Na realidade, diante do texto do nosso Código Penal, prescrevendo que a *resistência* opera-se contra *ato legal*, é inadmissível, no atual Estado Democrático de Direito, que se pretenda sustentar que se configura o *crime de resistência* quando se opõe a ato "não manifestamente ilegal". No entanto, nosso Código Penal, que optou pela *fórmula liberal*, a despeito de ter sido elaborado durante regime autoritário, não distingue nem qualifica a "legalidade do ato", o que impede que se possa exigir que se distinga entre "legalidade manifesta" e "legalidade duvidosa". Nesse caso, não há tipicidade no ato de resistir. *Aparentar ser legal* não transforma nenhum "ato ilegal" em *legal*, e permanecerá com a característica de *ilegalidade*. A única "forma" para validar aquela interpretação teria sido o legislador ter optado por outra *fórmula* na definição do crime de resistência, como, por exemplo, "opor-se à execução de ato *não manifestamente ilegal*". No entanto, não foi esse o caminho seguido. A *violência*, enfim, quando autorizada pela lei e exercida no estrito limite de sua *necessidade*, evidentemente, não constitui crime. Aliás, o próprio Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 417), ardoroso defensor da correção do velho diploma legal, reconhecia: "Em face do nosso Estatuto Penal... não padece

dúvida que a oposição, *vi aut minis*, para eximir a si próprio, ou a terceiro, dentro dos limites da necessidade, à sujeição a um ato ilegal da autoridade, constitui autêntica legítima defesa (art. 21)".

4.3.4 Ilegalidade e injustiça do ato: distinção

Convém registrar, em definitivo, que a *ilegalidade* do ato não se confunde com sua *injustiça*. Legalidade e justiça são coisas diversas. Se o ato encontra-se fundamentado na lei e as formalidades legais foram observadas, não tem legitimidade o cidadão para *opor-se* a ele alegando sua injustiça. Nesse sentido, arrematava Hungria: "Não se deve, porém, confundir a ilegalidade material do ato oficial com a *injustiça* da decisão de que este deriva. Uma vez que o ato seja regular na sua *forma* e se funde, *in thesi*, em preceito legal, já não é permitida a resistência".

4.4 Elemento subjetivo informador da conduta

O elemento *subjetivo geral* é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de resistir a ato legal de autoridade competente. É necessário que o sujeito ativo tenha consciência da legalidade do ato e da competência de quem o executa — seja o funcionário ou seu auxiliar (o auxiliar só pode agir na presença e na companhia do funcionário).

4.4.1 Elemento subjetivo especial do tipo

O elemento *subjetivo especial* do tipo é representado pelo *especial fim de agir* para impedir a execução do ato legal. A ausência dessa finalidade especial — impedir a realização do ato funcional — descaracteriza a resistência, podendo surgir, residualmente, outra infração penal, como, por exemplo, lesões corporais, constrangimento ilegal, ameaça etc.

De forma elogiável, já, a seu tempo, Hungria reconhecia a importância do *animus* como orientador da ação, ao destacar que: "Até mesmo o fato de quem, *vacuis manibus*, afasta de si o executor do ato ou seu assistente, traduzindo apenas um gesto instintivo de autodefesa, sem intenção positiva de ofender, não constitui a *vis* característica da resistência. Ao contrário, se é manifesto o *animus oppugnandi*, a simples *pulsatio* (*caedere pugnis sin dolore*), basta para que se apresente a violência integrante do crime (resistência ativa *simples*), o que é óbvio, desde que, pressuposto do dito *animus*, a resistência configura-se com a simples ameaça...". Não há

previsão de modalidade culposa.

5 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de resistência com a efetiva oposição à prática de ato legal, no momento e no lugar em que pratica a violência ou ameaça, independentemente de onde o ato ilegal seria realizado. É irrelevante que o agente obtenha êxito em seu fim pretendido, qual seja o de impedir a realização do ato legal. Consuma-se com a simples prática da violência ou ameaça, independentemente da realização ou não do ato funcional. Aliás, a não realização do ato que, teoricamente, tratando-se de crime formal, representaria o simples *exaurimento* do crime é elemento qualificador do crime, elevando sua reprovação social.

A tentativa é, teoricamente, admissível, especialmente porque o ato de resistir pode, facilmente, ser objeto de fracionamento.

6 Forma qualificada: não realização do ato

Como o crime é formal, o efetivo impedimento da prática do ato legal representaria simples exaurimento do crime, sem qualquer alteração na sua definição legal, podendo, apenas, ser considerado esse aspecto quando da operação de dosagem de pena (art. 59, consequências do crime). Contudo, em razão da natureza do bem jurídico protegido, o legislador considerou que o desvalor da ação e do resultado é agravado com a não realização do ato resistido, configurando-se, portanto, a maior *reprovação pessoal*.

O crime, por conseguinte, é *qualificado* (§ 1º) quando a resistência se *exaure*, ou seja, quando o agente consegue efetivamente impedir a execução do ato funcional. Em outros termos, o funcionário não consegue superar a resistência que lhe opõe o agente, e "o ato, em razão da resistência, não se executa". Nessa hipótese, modifica-se a pena cominada, não apenas qualitativa (reclusão), mas quantitativamente (um a três anos). Contudo, para que se reconheça a qualificadora é indispensável que o ato legal deixe de ser praticado por força *exclusiva* da violenta ou ameaçadora oposição do sujeito ativo. Se, no entanto, a não realização do ato decorrer da inoperância ou inépcia do funcionário, a qualificadora não é admissível.

7 Resistência e concurso com outro crime violento: cúmulo

material de penas

Constata-se que a *violência*, além de integrar — como elementar — a descrição típica do crime de *resistência*, é punida autonomamente, quando constitui crime em si mesma. O § 2º determina, com efeito, que as penas são aplicáveis "sem prejuízo das correspondentes à violência". De plano, convém destacar que a "violência" — *vis corporalis* e *vis compulsiva* — constitui elementar típica do crime de resistência; logo, a cumulação de penas determinada em dito preceito não pode estar referindo-se a todo e *qualquer tipo de violência*, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Em segundo lugar, essa previsão legal estaria disciplinando concurso de crimes entre *resistência* e outro crime violento, e, em caso positivo, a que espécie de concurso estar-se-ia referindo? Ou, por fim, essa forma de cominação de pena refere-se somente ao *sistema de aplicação de penas* (cúmulo material), e não a *concurso de crimes* propriamente? São questões aparentemente simples, mas que demandam algum cuidado reflexivo, como ocorre em muitos outros dispositivos por nós já examinados.

7.1 Violência: crime autônomo

Destacamos, de plano, que essa previsão somente é aplicável quando a "violência empregada" *constituir autonomamente crime*, caso contrário não haverá para ela outra pena cominada, pois não passará de simples *elementar típica* do crime em exame. Nesse tipo penal, portanto, somente a *violência* que constituir em si mesma crime excederá a mera função de elementar constitutiva do crime de *resistência*. Nessa hipótese, a pena deste será *cumulada* com a pena correspondente à infração penal constituída, isoladamente, pela violência. Esse crime — *resistência* — praticado com o *emprego de violência* que constitua em si mesma crime *configura*, certamente, concurso de crimes. O texto legal não sugere que se trate de concurso material, não sendo permitida, portanto, interpretação desse gênero. Não se pode esquecer, por outro lado, que o que caracteriza o concurso material de crimes não é a *pluralidade de infrações*, como ocorreria na hipótese em exame, mas sim a *pluralidade de condutas*, que, em princípio, não ocorre na ação única de opor-se à execução de ato legal.

7.2 Lesões corporais ou morte

Quando da *violência* praticada no *ato de resistir* resultarem lesões

corporais ou morte, haverá a *aplicação cumulativa das penas* correspondentes à resistência e as decorrentes de dita violência (lesões corporais ou homicídio). Somente nessas hipóteses haverá *aplicação cumulativa de penas*. O fato de determinar-se a *aplicação cumulativa de penas* não significa que se esteja reconhecendo aquela espécie de concurso, mas apenas que se adota o sistema do *cúmulo material de penas*, que é outra coisa. Com efeito, o que caracteriza o *concurso material* de crimes não é a soma ou *cumulação de penas*, como prevê o dispositivo em exame, mas a *pluralidade de condutas*, pois no *concurso formal impróprio*, isto é, naquele cuja conduta única produz dois ou mais crimes, resultantes de *desígnios autônomos*, as penas também são aplicadas *cumulativamente*. Na verdade, concurso de crimes e sistema de aplicação de penas são institutos inconfundíveis: o primeiro relaciona-se à teoria da pena, e o segundo, à teoria do crime. Por isso, a confusão é injustificável.

No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material* do crime de *resistência* com outros crimes violentos, como acontece com quaisquer outras infrações, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de unidade de ação ou omissão, caracterizadora do concurso formal.

8 Resistência, desacato e desobediência

As ofensas proferidas, ou a negativa em acompanhar o policial, em abrir a porta, ou outros casos de indisciplina não são suficientes para a tipificação do delito de resistência, podendo, conforme o caso, caracterizar desacato (art. 331 do CP) ou desobediência (art. 330). A resistência absorve o crime do art. 132 do CP, a desobediência (art. 330 do CP) e as contravenções inscritas nos arts. 19, 21 e 62 da Lei das Contravenções Penais. *Vide* a Lei n. 1.579/52, art. 4º, I, em se tratando de ato próprio das Comissões Parlamentares de Inquérito.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas são de detenção, de dois meses a dois anos, e multa. Para a forma qualificada, comina-se pena de reclusão, de um a três anos. Em qualquer dos casos — resistência simples ou qualificada —, prevê a lei penal o *cúmulo material* (sistema) da aplicação das penas do crime de

resistência e daquele que a violência, *in concreto*, produzir, seja lesão corporal ou homicídio, eventualmente praticados pelo sujeito ativo (§ 2º). A contravenção de *vias de fato* fica, naturalmente, absorvida. A ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Delito de Resistência. Art. 329, *caput*, do Código Penal. As provas demonstram a prática do delito de resistência, estando presentes todos os requisitos do tipo penal, tendo ocorrido oposição à execução de ato legal, com emprego de força física contra funcionário competente para executá-la, também presente o elemento subjetivo do tipo, consistente no especial fim de opor-se à execução de ato legal. O depoimento de policiais são válidos e eficientes para fundamentar juízo condenatório, pois, até prova em contrário, se trata de pessoas idôneas, cujas declarações retratam a verdade. Adequada a substituição da pena privativa de liberdade por multa, por atendidos os requisitos legais" (TJRS, Recurso Crime 71001554062, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 17-3-2008).

"Resistência. Art. 329 do CPB. Consunção. Delito não absorvido pelo crime de roubo qualificado. Condenação" (TJRS, Recurso Crime 71001557198, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 11-2-2008).

"Para a caracterização do crime de resistência, previsto no art. 329 do Código Penal, não basta ameaça ou violência contra o funcionário competente para a execução, sendo indispensável que o ato, cuja execução foi resistida, encontre apoio na legalidade, de modo que se a prisão em flagrante foi realizada fora das condições descritivas do art. 302, I a IV, do Código de Processo Penal, impossível a concretização do delito no mundo fenomênico" (TJMG, Apelação 1.0713.06.065422-3/001(1), Rel. Judimar Biber, j. 7-8-2007).

"O delito de lesão corporal leve é autônomo frente ao crime de resistência, ao teor do § 2º, do art. 329, do Código Penal" (STJ, HC 36.175/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24-5-2005).

Desobediência

Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

DOUTRINA

1 Considerações introdutórias

A criminalização dessa conduta consta da legislação brasileira desde nosso Código Criminal de 1830: "desobedecer ao empregado público em ato de exercício de suas funções, ou não cumprir as suas ordens legais". O Código Penal de 1890, por sua vez, atribuiu ao mesmo crime uma

abrangência maior, ao reconhecer a desobediência na simples transgressão de ordens ou provimentos legais, emanados de autoridade competente, acrescentando, ainda, que estariam compreendidos na previsão legal "aqueles que infringirem preceitos proibitivos de editais das autoridades e dos quais tiveram conhecimento" (art. 135 e parágrafo único).

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Objetiva-se, especificamente, garantir o prestígio e a dignidade da "máquina pública" relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes.

Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 457), com sua sensibilidade crítico-liberal, já destacava que "é esta, sem dúvida, uma disposição perigosa e autoritária", seguindo, no particular, as reservas de Carrara, para quem, em princípio, é muito discutível (salvo absoluta necessidade de Justiça) que se possa reconhecer um verdadeiro delito na simples desobediência a uma ordem que nos causa dano e dor.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo, já que se trata de crime comum, pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, desde que não se encontre no exercício de suas funções. Relacionando-se, porém, às suas próprias atribuições funcionais, a "desobediência" poderá configurar o crime de *prevaricação*, observadas as demais elementares típicas.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), como o verdadeiro titular do interesse atingido pela ação delituosa; secundariamente, pode-se considerar também como sujeito passivo o funcionário autor da ordem desobedecida.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *desobedecer ordem legal* de funcionário público, que significa descumprir, desobedecer, desatender dita ordem. É necessário que se trate de *ordem*, e não de mero pedido ou

solicitação, e que essa ordem dirija-se expressamente a quem tenha o *dever jurídico* de obedecê-la; deve, outrossim, a *ordem* revestir-se de *legalidade formal e substancial.* Ademais, "o expedidor ou executor da ordem há de ser funcionário público, mas este, na espécie, entende-se aquele que o é no sentido estrito do direito administrativo", como pontificava Nélson Hungria. Em outras palavras, a ordem deve emanar de funcionário competente para emiti-la; não sendo *funcionário competente*, não se poderá falar em crime, por *carecer de legalidade* em seu aspecto formal.

Se o agente não é responsável pela efetivação do ato que, acaso não cumprido, poderá ensejar o *crime de desobediência*, sua omissão ou não atendimento é absolutamente atípico, pois não tem o "dever legal" de executá-lo. O crime de desobediência somente se configura se a *ordem legal* for endereçada diretamente a quem tem o *dever legal* de cumpri-la. Não se pode falar em *desobediência* se o destinatário da ordem não tiver tal dever; é necessário que o conteúdo da ordem esteja fundado em lei, emanada de funcionário público competente para emiti-la, agindo nos limites de suas atribuições legais. A justiça ou injustiça da decisão, no entanto, além de ser irrelevante à tipificação do fato, não legitima a sua desobediência.

4.1 Desobediência praticada por funcionário público

Os dirigentes de entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta, no exercício de suas funções, não cometem o crime de desobediência, pois essa infração penal pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração Pública. Em outros termos, funcionário público, no exercício de suas funções, não pratica crime de desobediência, embora configure falta administrativa e, como mencionamos, dependendo das demais elementares, poderá responder por prevaricação (art. 319). Contudo, a simples condição ou qualidade de funcionário público não impede que o indivíduo possa ser sujeito ativo desse crime, desde que não o pratique no exercício de sua função.

4.1.1 Desobediência à ordem judicial

É indispensável que se identifique com precisão qual é a *ordem* desobedecida e em que esta consiste, tratando-se de elementar típica implícita do tipo penal, sob pena de configurar-se inadequação típica. A desobediência relativa à *decisão judicial* sobre perda ou suspensão de

direito caracteriza o crime do art. 359 do CP, onde referida conduta será examinada. Se o descumprimento *da ordem emanada de funcionário público é acompanhado de violência ou* ameaça, o delito é o do art. 329 do CP.

4.2 Desobediência e cominação de sanções civis ou administrativas: atipicidade

Quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexiste *crime de desobediência*. Sempre que houver *cominação específica* para o eventual descumprimento de decisão judicial de determinada *sanção*, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de *conduta atípica*, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo-judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada *ao princípio da intervenção mínima do direito penal*, sempre invocado como *ultima ratio*.

Solução idêntica ocorre com as *decisões judiciais* que cominem suas próprias sanções no âmbito do direito privado, como sói acontecer nas antecipações de tutela, liminares ou ações civis públicas, com apenas uma diferença: o Judiciário, ao cominar sanções civis ou administrativas, nesses casos, *não pode ressalvar a aplicação cumulativa da pena correspondente ao crime de desobediência*, por faltar-lhe legitimidade legislativa. Essa *sanção administrativo-judicial* afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da decisão referida, e a manutenção ou acréscimo do caráter penal a esse descumprimento não é atribuição do Poder Judiciário.

4.2.1 Orientação jurisprudencial

A jurisprudência, majoritariamente, também adota essa orientação, acertadamente, diga-se de passagem. O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou: “Não se configura, sequer em tese, o delito de desobediência quando a lei comina para o ato penalidade civil ou administrativa” (stf, rhc, Rel. Celio Borja, *RT*, *613*:4130). O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio da então 2ª Turma, examinando

exatamente o mesmo tema, assim se manifestou, *in verbis*: “1... 2. Versando o artigo 359 do Código Penal sobre desobediência à decisão judicial, especifica o artigo que tal conduta deve se dar sobre perda ou suspensão de direito (artigo 92 do Código Penal). A decisão judicial a que se refere esse tipo penal, portanto, diz com decisão advinda de autoridade judicial que detenha competência para aplicar sanção penal. Inviável a pretendida *emendatio libelli* ao caso concreto (artigo 330 para artigo 359). *Prevendo a decisão da Justiça Laboral, descumprida pelo Paciente, unicamente pena pecuniária para o seu descumprimento, impossível cogitar-se da prática de ilícito penal, mormente do crime de desobediência* (grifo acrescentado). 3. Ordem concedida, determinando-se o imediato trancamento da ação penal”. Os outros Tribunais Regionais Federais também têm adotado essa mesma orientação.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de desobedecer *ordem legal* de funcionário público competente para emiti-la. Desnecessário enfatizar que o sujeito ativo deve ter conhecimento de que se trata de funcionário público e que a ordem que está a desobedecer é legal, sob pena de incorrer em erro de tipo. Não há necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do injusto, sendo, ademais, irrelevante a motivação do agente.

Quando o agente atua na dúvida, caracteriza-se inquestionavelmente o dolo eventual, que é suficiente para a tipificação subjetiva. Não há previsão da modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de desobediência com a efetiva ação ou omissão do sujeito passivo, isto é, no momento e no lugar em que se concretiza o descumprimento da ordem legal. Tratando-se, contudo, da forma omissiva, consuma-se o crime após o decurso do prazo para o cumprimento da ordem, ou, mais precisamente, no exato momento de sua expiração.

A tentativa somente é possível na forma comissiva. O crime omissivo próprio não admite a forma tentada, conforme demonstramos quando examinamos os crimes omissivos.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. É admissível a transação penal, que constitui direito público subjetivo do autor do fato, independentemente da interpretação em sentido contrário do Ministério Público. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"O crime de desobediência (art. 330 do CPB) sempre pressupõe a presença de ordem inequívoca emitida por Funcionário Público, comunicada ao seu destinatário de forma legal, e, uma vez caracterizado o delito, não se elide pelo ulterior cumprimento da determinação judicial (art. 219 do CPP)" (STJ, HC 86.429/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13-9-2007).

"O art. 129, VIII, da Constituição de 88 não autoriza o Ministério Público quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas, físicas ou jurídicas. Não comete o crime de desobediência o gerente de instituição bancária que se recusa a fornecer ao Ministério Público dados bancários tidos por sigilosos" (TRF – 1ª Região, HC 2007.01.00.001710-0/MA, Rel. Tourinho Neto, j. 26-2-2007).

"O Eg. Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentou entendimento segundo o qual é possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções" (STJ, HC 30.390/AL, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3-2-2004).

"I — A autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do CP). A determinação, aí, não guarda relação com a vinculação — interna — de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica). II — A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa" (STJ, HC 12.008/CE, Rel. Min. Félix Fischer, j. 6-3-2001).

Desacato

Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

As Ordenações Filipinas puniam (Livro V, Título 50) especialmente as injúrias feitas "aos julgadores ou a seus oficiais". O Código Criminal de 1830 considerava agravadas a calúnia e a injúria quando fossem cometidas "contra qualquer depositário ou agente da autoridade pública, em razão de seu ofício" (arts. 231 e 237). O Código Penal de 1890, por sua vez, recepcionou essa infração penal atribuindo-lhe o *nomen juris* de desacato, punindo a conduta de "desacatar qualquer autoridade, ou funcionário público, em exercício de suas funções, ofendendo-o diretamente por palavras ou atos, ou faltando à consideração devida e à obediência hierárquica" (art. 134). Considerava, no entanto, qualificado se a infração fosse praticada em sessão pública ou dentro de repartição pública.

Finalmente, o atual Código Penal de 1940 ampliou o alcance da tipificação penal para abranger as ofensas proferidas contra funcionário público no exercício da função como também em razão dela.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Objetiva-se, especificamente, garantir o prestígio e a dignidade da "máquina pública" relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes. É considerado *crime pluriofensivo*, atingindo tanto a honra do funcionário como o prestígio da Administração Pública. Nessa linha argumentativa, é insuperável a síntese de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 317): "O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública".

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que desacata o funcionário, no exercício da função ou em razão dela; admitimos inclusive outro

funcionário público, que exerça ou não a mesma função do ofendido, tenha ou não a mesma hierarquia, desde que não se encontre no exercício de suas funções. É irrelevante que o funcionário público identifique-se ou não como tal; o decisivo, na nossa visão, é que, *in concreto*, não esteja agindo como funcionário, isto é, que não se encontre no exercício de suas funções nem em razão dela.

Para nós, é vazia e ultrapassada a discussão sobre a possibilidade de um superior hierárquico poder praticar desacato em relação a funcionário subalterno, ou vice-versa. Ignoram os antigos defensores da orientação contrária que o bem jurídico tutelado não é o funcionário propriamente, mas a *função pública* e a própria Administração, as quais estão, portanto, acima das sutilezas da hierarquia funcional, que é ocasional e circunstancial.

Sujeitos passivos são o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), e, de modo secundário, o funcionário público desacatado.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada consiste em *desacatar*, ou seja, desrespeitar, ofender, menosprezar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Segundo Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 424), a ofensa constitutiva do *desacato* "é qualquer *palavra* ou *ato* que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.". O crime de *desacato* significa menosprezo ao funcionário público e, por extensão, à própria função pública por ele exercida. Reclama, por isso, elemento subjetivo, voltado para a desconsideração, para a humilhação. Não se confunde apenas com o vocábulo grosseiro, que, em si mesmo, restringe-se à falta de educação ou de nível cultural, quando desacompanhado do fim especial de ultrajar.

4.1 Desacato e resistência

O *desacato* não se confunde com o crime de *resistência*, uma vez que nesta a violência ou ameaça (que, segundo o texto legal, não precisam ser graves) endereçadas a funcionário público objetivam *a não realização de ato legal*, enquanto naquele a violência ou ameaça (eventuais, que não são

elementares deste crime), dirigidas a funcionário público, *têm a finalidade de desprestigiá-lo*. Por outro lado, os impropérios proferidos contra o agente público têm a mesma finalidade de menosprezar o funcionário e/ou a função pública, além de constituírem a essência desse crime, enquanto no crime de resistência não passam de simples *modus operandi* caracterizador da violência ou ameaça, sem qualquer finalidade menosprezante do funcionário. Os elementos subjetivos de um e outro crime são inconfundíveis. O máximo que se poderá admitir — havendo violência ou ameaça e desacato — será a absorção de um pelo outro, mas jamais concurso de crimes, como eventualmente a jurisprudência tem admitido.

4.1.1 Ofensa praticada na presença do ofendido

É condição essencial do crime de desacato a presença do ofendido. Mesmo no caso de ofensa oral, o funcionário deve ser atingido diretamente. Não é necessário, porém, que a ofensa seja irrogada *facie ad faciem*, bastando que, próximo ao ofendido, seja por este percebida. É indispensável que o funcionário encontre-se no *local* onde a ofensa é proferida, pois, repetindo, faz-se necessário que *esta seja cometida na sua presença*. No entanto, não é *conditio sine qua non* que o desacatado veja o ofensor e perceba o ato ofensivo, sendo suficiente que possa tomar conhecimento direta e imediatamente da ofensa, como, por exemplo, tendo-a ouvido. Razão pela qual o crime de desacato não pode ser cometido por telefone, fax, telegrama ou carta. O Código Penal Rocco — apenas para mencionar, e evitar comparações inadequadas — equipara essas situações à presença do funcionário público. Se o ato se realiza na ausência deste, o sujeito ativo poderá responder pelo delito de injúria majorada (arts. 140 e 141, II, do CP), mas jamais por desacato.

No entanto, a publicidade da ofensa não é elemento constitutivo do tipo incriminado. Assim como é irrelevante a presença de outras pessoas para o aperfeiçoamento da ofensa, também a ausência de terceiro que dela tome conhecimento não impede que ele se realize.

4.2 No exercício da função ou em razão dela

Diz a lei *desacatar* funcionário público “no exercício da função ou em razão dela”. No primeiro caso, no momento da ofensa o funcionário está realizando um ato de seu ofício; no segundo, embora o funcionário não esteja praticando ato oficial algum, a ofensa contra ele é proferida *em razão*

da função. Já na *Exposição de Motivos* do Código Penal de 1940, o Ministro Francisco Campos destacava: "O desacato se verifica não só quando o funcionário se acha no exercício da função (seja, ou não, o ultraje infligido *propter officium*), senão também quando se acha *extra officium*, desde que a ofensa seja *propter officium*". Deve-se, no entanto, analisar com muito cuidado essa *elementar normativa* para que se possa atribuir-lhe corretamente seu verdadeiro significado.

Encontra-se "no exercício da função" quando o funcionário realiza qualquer *ato de ofício* inerente ao cargo que ocupa, sendo indiferente que ocorra na sede da repartição ou em local outro, como, por exemplo, o oficial de justiça que cumpre um mandado de despejo em determinado endereço residencial. O *exercício da função* não se limita ao local-sede em que administrativamente está situada a repartição pública respectiva. Enfim, a insistência de que é irrelevante a motivação ou o propósito do *desacato* e de que pode inclusive ser por *desavenças particulares* deixa todas essas questões dogmáticas sem respostas, pelo menos, sem respostas dogmaticamente fundamentadas.

4.2.1 Relação causal: no exercício da função ou em razão dela

Considerando que a *finalidade* da norma penal é tutelar a *função pública* e, por extensão, a Administração Pública; considerando que o tipo penal exige como *elemento subjetivo especial* o propósito de depreciar a função pública e, secundariamente, o próprio funcionário; e, ainda, considerando que o *ofensor deve ter consciência* da condição de funcionário do ofendido e de que se encontra no exercício da função (ou em razão dela), deve-se entender que "no exercício da função" significa que a *ofensa* irrogada necessita, obrigatoriamente, *relacionar-se a fato inerente à função do ofendido*, isto é, que a motivação do sujeito ativo represente sua insatisfação com a prática ou postura do ofendido *no exercício de dita função pública*. O *nexo de causalidade*, ao contrário do que entendia a velha doutrina, não pode ser simplificado em *ocasional* e *causal*: será sempre um *nexo funcional — causal-circunstancial* quando "no exercício da função", e *puramente causal* quando for "em razão dela". É sintomática a denominação de *nexo funcional*, mas será sempre *funcional* (nunca pessoal ou particular), tanto "no exercício" como "em razão da" função pública exercida. Chega às raias do absurdo a interpretação de que "em razão da função" deve existir um *vínculo funcional*, e que "no exercício da

função" esse vínculo seja desnecessário. Ora, isso não resiste a um raciocínio lógico: protege-se o prestígio, o decoro e a dignidade da *função* pública, que é o bem jurídico tutelado; pretende-se evitar seu malferimento, essa é razão da reprovação da conduta: como, então, admitir que na hipótese alternativa, secundária e indireta — "em razão dela" — exija-se um *vínculo causal*, enquanto "no exercício da função" se dispense esse vínculo?! Onde está a logicidade do argumento?

4.2.2 Desacato e resistência

O *desacato*, por exemplo, não se confunde com o crime de *resistência*, uma vez que nesta a violência ou ameaça endereçadas a funcionário público objetivam *a não realização de ato legal*, enquanto naquele a violência ou ameaça (eventuais, não são elementares desse crime), dirigidas a funcionário público, *têm a finalidade de desprestigiá-lo*, de *depreciar a função pública.*

Somente assim se poderá entender aquela parte da lição de Hungria, segundo a qual "o elemento subjetivo do crime é a *intenção ultrajante* (dolo específico), propósito de depreciar ou vexar (o que distingue o desacato da resistência, ainda quando exercido mediante violência ou intimidação), sabendo o agente que o ofendido reveste a qualidade de funcionário público e que se acha no exercício da função". Essa afirmação, absolutamente correta, registre-se, é, no entanto, incompatível com a possibilidade de a ofensa irrogada poder ser motivada por "desavença particular"! Na verdade, convém destacar, "no exercício da função" deve ser apreciado sob o aspecto objetivo, numa relação existente entre a *função exercida* e a *causa da ofensa*, uma relação, diríamos, de *causa e efeito* entre o *exercício da função* e o descontentamento do ofensor com a forma com que o ofendido a exerce.

4.2.3 Desacato, ambiente hostil e seus fundamentos políticos

Por formação, sempre tivemos grandes dificuldades em aceitar os fundamentos políticos, sociológicos e jurídicos da justificativa arbitrária e prepotente, e da receptividade passiva com que doutrina e jurisprudência têm contemplado, ao longo do tempo, a configuração das hipóteses corriqueiras do *crime de desacato.* Parece-nos, antes de tudo, uma flagrante *negação de cidadania* a proteção falaciosa do prestígio, idoneidade e probidade da Administração Pública, atributos que deveriam ser demonstrados e justificados por seus atos e pelos resultados que oferece à

coletividade, ao contrário de, numa postura arrogante e despótica, calá-la e impedi-la de exercitar a saudável crítica democrática, exigindo o atendimento de suas sempre prometidas e nunca atendidas expectativas funcionais. Resistimos, certamente, às tradicionais prisões em flagrante, que normalmente ocorrem em "choques" com a polícia e, eventualmente, em recintos do Poder Judiciário.

Não estamos, por certo, defendendo a anarquia total, o desrespeito à estrutura público-administrativa, e tampouco a subversão à ordem; estamos, apenas, sugerindo maiores cautelas no exame dessa figura típica, levando em consideração as circunstâncias muito peculiares em que normalmente ocorre e, particularmente, perante quais autoridades sua incidência é maior. A *praxis* demonstra, sobretudo, a necessidade de levar em consideração o estado emocional do suposto ofensor, suas condições pessoais, classe social, grau de cultura, estado de lucidez, desespero pessoal, os quais podem fragilizar seu equilíbrio emocional, que não pode simplesmente ser desconsiderado.

Faz-se oportuno invocar aqui o magistério de Rudolf von Ihering (*A luta pelo direito*, trad. João Vasconcelos, p. 93), que sentenciava: "quando o arbítrio e a ilegalidade se aventuram audaciosamente a levantar a cabeça, é sempre um sinal certo de que aqueles que tinham por missão defender a lei não cumpriram o seu dever...".

4.2.4 Desacato "forçado" pela ação da autoridade

Não raro, nos casos de "desacato" existe a *provocação da autoridade*, geralmente policial, na maioria das vezes, propositalmente para encobrir alguma arbitrariedade, forçando o "pseudodesacato". A jurisprudência, pelo menos, tem procurado suavizar as arbitrariedades que ocorrem nos *discutíveis desacatos* perante agentes policiais ou judiciais, decidindo que a repulsa à provocação da autoridade não constitui desacato punível, seguindo, no particular, o velho magistério de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 427): "não haverá crime quando o funcionário tenha dado causa ao ultraje, de modo que este se apresente como uma repulsa justificada, tal como no caso de resistência à execução de ordens ilegais ou executadas com desnecessária violência". Nesses casos, vamos mais longe, com Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 322), "quem primeiramente ofendeu a dignidade da função foi o servidor público, que não pode, dessarte, exigir seja ela respeitada".

É sintomático que os casos de desacato são quase que somente com autoridades policiais, e, por vezes, judiciais, mas nessa hipótese em bem menor quantidade. As polícias militares são useiras e vezeiras nessa “farsa”, principalmente no policiamento de rua ou de trânsito, com a agravante de que as testemunhas do flagrante são outros policiais, ou seja, os mesmos parceiros de “tarefa”, independentemente de o fato ter acontecido em meio a outras pessoas, lugar populoso ou no interior de alguma casa noturna. Testemunhos como esses devem ser recebidos sempre com muita reserva, sendo absolutamente insuficientes se não vierem corroborados com outros meios de provas.

4.2.5 Crítica sem propósito de ofender: atipicidade

Nessa linha, para concluir esse tema, é sempre pertinente invocar a sensibilidade de Manzini, que profetizava: “os funcionários públicos e os empregados encarregados de serviço público devem, realmente, ser respeitados, mas a lei não exige que sejam venerados como pessoas sagradas e intocáveis, de modo que se tenha como delituosa a simples reprovação de seus atos, expressa por modo não injurioso”. Por isso, a doutrina — com amplo respaldo jurisprudencial — tem sustentado que não constitui crime a crítica ou censura dura, incisiva e enérgica, a atuação de órgãos ou de agentes públicos. A crítica irrogada pelo indivíduo, *sem o propósito de ofender*, relativamente ao serviço prestado pela Administração Pública, não configura o crime de desacato. É um direito do cidadão fiscalizar e criticar a qualidade do serviço público prestado de forma insatisfatória, aliás, nada incomum nos dias de hoje, a despeito da *escorchante* cobrança de impostos, que asfixia a todos, sem a correspondente prestação de serviços públicos à altura.

4.2.6 Embriaguez e desacato: incompatibilidade

A *embriaguez* — tem sido reconhecida pela jurisprudência — é incompatível com o *crime de desacato*, recomendando-se, por isso mesmo, redobrada cautela no exame casuístico para constatar o nível da embriaguez e a indispensável presença do elemento subjetivo especial do injusto, qual seja o propósito de ofender, de depreciar, enfim, de desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo do crime de desacato é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar a conduta descrita no tipo. É necessário que o sujeito ativo tenha consciência que está diante de funcionário público e que este se encontra no exercício de suas funções (ou em razão dela). O erro, portanto, tanto sobre a qualidade de funcionário público quanto sobre encontrar-se no exercício de sua função constitui erro de tipo, que afasta a tipificação do crime de desacato, podendo, dependendo das circunstâncias, caracterizar outra infração penal, nesse caso, contra a honra pessoal. Por isso, o particular que devolve a provocação de funcionário público, como mencionamos anteriormente, não comete *desacato*, posto que não pretende desprestigiá-lo ou à sua função pública, mas apenas responder à agressão, que considera injusta e indevida.

5.1 Elemento subjetivo especial do injusto

A configuração do crime de desacato exige elemento subjetivo especial do injusto, consistente na vontade deliberada de desprestigiar a função pública exercida pelo ofendido, isto é, no propósito de depreciar a função pública exercida pelo sujeito passivo. Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 465) já sustentava que o especial fim de agir "consiste na vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa, *com o propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige*. É este fim que distingue o desacato da resistência, nos casos em que materialmente as ações se confundem".

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de desacato com a prática efetiva, pelo sujeito ativo, da ofensa ou da manifestação ou exteriorização oral ofensiva (palavra). Em outras palavras, consuma-se o desacato no lugar e no momento em que o sujeito ativo pratica a ofensa ou profere as palavras injuriosas, na presença do ofendido. São irrelevantes, em princípio, as consequências da ação delituosa, isto é, que o funcionário tenha-se sentido ofendido ou que tenha resultado abalado o prestígio ou o decoro da função exercida.

Há, em hipóteses como essas, oportunidade para se aplicar seguramente o *princípio da insignificância*. No entanto, caso o funcionário, e, por extensão, a própria função pública, tenha sido efetivamente depreciado ou menosprezado, no exercício da função, é irrelevante sua indiferença, pois se

trata de crime de ação pública, que restara configurado. Ademais, não está em jogo somente a integridade moral do funcionário, mas também, e principalmente, a dignidade e o prestígio da função que desempenha.

6.1 Tentativa e absorção de infrações menores

A *tentativa* é, teoricamente, admissível, embora, por vezes, de difícil caracterização. Será inadmissível, contudo, quando o desacato for praticado oralmente, como ocorre, via de regra, nos crimes contra a honra. O desacato *absorve* as vias de fato, a lesão corporal leve, a ameaça, a difamação e a injúria, pela aplicação do *princípio da consunção*. Em se tratando, porém, de crime mais grave, como a lesão corporal de natureza grave ou a calúnia, há *concurso formal*.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. É aplicável a transação penal, considerando-se que se integra perfeitamente na definição legal de *infração de menor potencial ofensivo* (art. 61 da Lei n. 9.099/95, combinado com as disposições da Lei n. 10.259/2001). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Ameaça e desacato. Arts. 331 e 147 do Código Penal. Concurso material. É dos Juizados Especiais Criminais a competência para os delitos de menor potencial ofensivo, independentemente de os crimes estarem ou não sujeitos a concurso material. *Desacato*. O fato do réu, emocionalmente alterado por ver o filho doente, e pela forma de abordagem reclamar e até ofender os policiais, que no caso atuavam como agentes de assistência social, por chamado de saúde, não configura o delito de desacato previsto no art. 331 do Código Penal, que pressupõe o ânimo e intenção de atingir e denegrir a autoridade pública. *Ameaça*. Provas insuficientes da ocorrência do delito, consagrando-se o princípio do *in dubio pro reo*. Condenação baseada em indícios, impondo-se a reforma pela absolvição” (TJRS, Recurso Crime 71001569532, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 31-3-2008).

“Desacato. Art. 331, do Código Penal. Validade do depoimento de policiais. O conjunto probatório demonstra a efetiva prática do delito pelo acusado, que desacatou os policiais, no exercício de suas funções, utilizando-se de expressões depreciativas, sendo as palavras proferidas em demérito aos serviços da administração pública, restando caracterizado o delito, tornando impositiva a condenação. Os depoimentos de agentes policiais são válidos e suficientes para ensejar condenação” (TJRS, Recurso Crime 71001569326, Rel. Ângela Maria Silveira, j. 17-3-2008).

“*Desacato*. Comete o delito previsto no art. 331 do Código Penal quem diz para policial militar, no exercício da função, que ‘ninguém iria lhe prender, pois a polícia não prendia

ninguém', pois vexa, humilha e desprestigia os funcionários públicos. Condenação mantida" (TJRS, Apelação Crime 70022340251, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 21-2-2008).

"No crime de desacato, para a perfeita subsunção da conduta ao tipo, o que se perquire é se a agressão, ofensiva à honra e/ou dignidade do agente público, foi a ele dirigida em razão da função pública exercida, ou seja, busca-se a motivação, a causa da conduta reprovável, estabelecendo-se o nexo causal. Na hipótese dos autos, não houve desacato ao Magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea, inexistindo, portanto, a subsunção da conduta descrita ao tipo insculpido no art. 331 do Código Penal, o que, evidentemente, não autoriza a persecução criminal" (STJ, HC 21.228/PI, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-2-2003).

Tráfico de influência

Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

— *Caput* e parágrafo único com redação determinada pela Lei n. 9.127, de 16 de novembro de 1995.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nosso Código Penal de 1940 disciplinou a *exploração de prestígio* em duas oportunidades: a primeira entre os crimes contra a Administração em geral — quando praticado contra qualquer funcionário público (art. 332); a outra, dentre os crimes contra a Administração da Justiça, quando relacionar-se a funcionários a ela vinculados (art. 357). Finalmente, a Lei n. 9.127, de 16 de novembro de 1995, deu nova redação ao tipo do antigo delito de *exploração de prestígio*. Originalmente, o texto do Código Penal de 1940 tinha a seguinte redação: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público no exercício da função: Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa". A Lei n. 9.127, de 16 de novembro de 1995, no entanto, conferiu a atual redação

ao texto legal, elevando a pena para dois a cinco anos de reclusão, majorando-a de metade na hipótese do parágrafo único, que, na redação original, era elevada em um terço.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, como em todos os demais crimes elencados no Título XI do Código Penal — "Dos Crimes Contra a Administração Pública", mas, neste dispositivo, no particular aspecto de prestígio, confiança e respeito perante a coletividade, que é exposta ao descrédito pela ação fraudadora do "trapaceiro". Gabando-se de gozar de prestígio, vangloriando-se de desfrutar de influência perante a Administração Pública, lesa o bom nome, o conceito e o prestígio que esta deve ter junto à comunidade, difundindo a ideia de que tudo se resolve segundo a importância ou influência de quem desfruta de poder. É impecável, no particular, a concisão de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 325): "é a venda de *fumo*, de *fumaça* que o agente realiza, iludindo o comprador mas desacreditando a administração. O bem jurídico tutelado é, pois, o bom nome, o prestígio e a confiança de que a administração pública não pode abrir mão". Nessa linha, é bom recordar a sábia lição de Carrara (*Apud* Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 55), que pontificava: "O direito violado que se protege com a punição da venda de fumaça é unicamente a justiça pública. Os prejudicados em tal caso, a lei os ouve como testemunhas, mas os considera com desprezo. Esta não aceita o contrato, odiando ambos os contratantes. Não se vinga da ofensa deles, mas da ofensa da justiça".

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público, desde que não esteja no exercício de suas funções normais, não o configurando, por exemplo, a *influência* exercida por superior hierárquico, afora o fato de que sua influência sobre o subalterno não é "pretextada", é real, ela existe.

No polo ativo, contudo, não pode deixar de ser considerada a *participação* decisiva de uma terceira pessoa, qual seja a *beneficiária* da "venda do prestígio", que é parte diretamente interessada no resultado da ação, e, no mínimo, "concorre de qualquer modo para a sua prática" (art. 29

do CP). Não ignoramos o entendimento francamente majoritário da *doutrina clássica*, que procuraremos refutar mais adiante; há, inegavelmente, uma *relação triangular* envolvendo sujeito ativo, *beneficiário* e, supostamente, funcionário público, este, pelo menos, em tese.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), já que se tutela o interesse público *lato sensu*. Não incide nessa infração penal a equiparação prevista no art. 327, § 1º, do CP. O próprio funcionário público iludido ou ludibriado, que arcará, no mínimo, com o *dano moral* decorrente de sua propalada infidelidade funcional, também é, secundariamente, sujeito passivo dessa infração penal.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas típicas, alternativamente incriminadas, são representadas pelos verbos nucleares *solicitar* (pedir, rogar, procurar), *exigir* (reclamar, ordenar que seja pago), *cobrar* (exigir o pagamento de algo) ou *obter* (angariar, conseguir, receber, adquirir), para si ou para outrem, *vantagem ou promessa de vantagem*, a *pretexto de influir* em ato praticado por funcionário público no exercício da função. Ou seja, segundo a doutrina, a lei incrimina a bazófia, o gáudio ou a jactância de *influir* na prática de ato de servidor público, quando tal prestígio não existe. Age o *vendedor de ilusões* como "corretor de pseudocorrupção", *fraudando*, de um lado, o "adquirente-beneficiário", pelo menos teoricamente, que nada recebe em troca da vantagem ou promessa de vantagem, e, de outro, *deprecia* a Administração Pública, que *é* exposta ao descrédito, e, ainda, *desmoraliza* o suposto funcionário venal, especialmente na forma qualificada.

O *crime* não deixa de ser, ao menos em tese, uma modalidade *sui generis* de estelionato, "pois — como sentenciava Magalhães Noronha — o agente ilude e frauda o pretendente ao ato ou providência governamental, alegando um prestígio que não possui e assegurando-lhe um êxito que não está a seu alcance". Com efeito, estão presentes a *fraude*, a *vantagem pessoal* e o *correspondente prejuízo alheio*, agravado pelo envolvimento de uma entidade pública, que constitui *causa especial* de aumento de pena (art. 171, § 3º).

4.1 Tráfico de influência e exploração de prestígio

A expressão *tráfico de influência* é sem dúvida mais abrangente que a anterior — *exploração de prestígio* —, pois este consiste na superioridade pessoal baseada no bom êxito ou no valor individual. Agora, faz-se necessário, com efeito, que o agente *exerça sua influência* sobre *ato praticado* por funcionário público, e não sobre o *animus* deste, como outrora era sugerido pela redação anterior. Há um *ato fraudulento*, visto que, "a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função", vem a ser o *artifício* utilizado para a obtenção da "vantagem ou promessa de vantagem". É, porém, imprescindível que o sujeito ativo se atribua prestígio junto a *funcionário público,* pois caso contrário o fato não ofende a Administração Pública, e poderá constituir apenas estelionato, ou, dependendo das circunstâncias, outro crime.

4.2 Obtenção de vantagem a pretexto de influir

A *vantagem* ou promessa de vantagem é solicitada ou *exigida* (com a nova versão típica) "a pretexto de influir" em ato de funcionário público. Realmente, o crime de *tráfico de influência* pressupõe que a *vantagem* de que se cogita seja postulada a *pretexto de influir;* esse — pode-se afirmar — é o móvel do crime. "Em regra — afirmava Magalhães Noronha — existirá, como no estelionato, uso de ardis ou artifícios, mas sendo suficiente a simples mentira, a afirmação do sujeito ativo. Pode também o delito ocorrer com o silêncio dele, como sói acontecer no caso em que, mal-informado, o pretendente a um fato dirige-se-lhe, supondo-o influente, e ele silencia, aceitando a vantagem ou sua promessa. Claro que o silêncio é ratificação do que aquele supõe".

Tratando-se efetivamente de *pretexto de influir*, na verdade o funcionário público é o grande *injustiçado* da história, porque, desmerecidamente, passa por desonesto e corrupto. Por isso, é pertinente invocar-se o magistério de Manzini (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editora Ediar, 1961, v. 3, t. 8, p. 249-50), que afirmava tratar-se de "um dos mais vis e odiosos crimes, não só porque promove o descrédito dos órgãos públicos em geral, como também ofende insidiosamente a honra dos homens honestos, que permanecem alheios, pelo menos durante um certo tempo, da torpe especulação que o velhaco fez, valendo-se de seu nome".

4.3 Absorção do crime de estelionato

O *tráfico de influência*, em qualquer de suas modalidades, absorve o

crime de estelionato. Na hipótese de efetivo acordo entre o agente e o funcionário público, verifica-se o *crime de corrupção* (arts. 333 e 317 do CP). Com efeito, se eventualmente faltar alguma das elementares do *crime especial* ora em exame, subsiste o estelionato. No entanto, se resultar, ao final, configurado o *crime de corrupção*, este absorverá o *tráfico de influência*. Nessa hipótese, poderá, dependendo das demais elementares, o funcionário responder por corrupção passiva.

4.4 Objeto material: vantagem ou promessa dela

Objeto material do crime é a *vantagem* ou *promessa* desta. Pode ser de qualquer natureza (material, moral ou, inclusive, sexual), ainda que não patrimonial, bem como para o próprio sujeito ativo ou para terceira pessoa (outrem). Assim, pune-se o *tráfico de influência*, ou seja, o comércio de *influência* (poder, ascendência ou predomínio que alguém exerce sobre outrem, ou, mais precisamente, no caso, *alardeia* que exerce), capaz de estender-se em cadeia. É indiferente, ademais, que o objeto da mediação seja *justo* ou *injusto*, legal ou ilegal. A forma de sua obtenção ou o *meio* utilizado é fraudulento, e nisso — *no pretexto de influir* — reside a essência caracterizadora da ilicitude comportamental.

5 Responsabilidade penal do “beneficiário-vítima” do tráfico de influência

5.1 A pretexto de influir: duplo sentido

Desejamos chamar a atenção para um aspecto do qual discordamos do entendimento adotado pela doutrina tradicional, quais sejam o papel e a possível *responsabilidade penal* do “beneficiário-vítima” do tráfico de influência. Na verdade, a *falsidade* (a burla ou dubiedade da locução) — *a pretexto de influir* — pode também ter outro significado, igualmente *dúbio* e obscuro; enfim, pode encerrar um *duplo sentido*: pode ser efetivamente fantasioso ou *falso o pretexto*, como sempre foi interpretado, mas, por outro lado, não se deve afastar, com segurança absoluta, a possibilidade de que a expressão “a pretexto de influir” tenha o significado de *pretender disfarçar a influência que efetivamente tem* e, em vez de afirmá-la, sugere-se apenas sua possibilidade, deixando certa dúvida. Em outros termos, “a pretexto de influir” pode ter sentido duplo, ambos falsos: *pretextar que tem o que não*

se tem (que é a interpretação feita pela doutrina tradicional), ou *pretextar que não tem o que se tem* (apenas para não escancarar, por exemplo, o seu verdadeiro "poder de fogo"); *simulando*, na primeira hipótese, e *dissimulando*, na segunda, mas sempre "pretextando", como refere o dispositivo legal.

5.2 Gozar de influência ou pretextar gozá-la

Se o sujeito ativo *realmente goza de influência junto a funcionário público*, e, sem proclamá-la, apenas *pretextando*, desenvolve atividade junto àquele, não comete o crime em apreço, podendo, entretanto, dependendo das circunstâncias, praticar outro, como, por exemplo, a *corrupção ativa*. A denúncia criminal, pois, há de conter, expressamente, esse *elemento*, sem o que não tem condições de fundamentar validamente uma ação penal. Porém, se realmente gozar de *influência*, e proclamá-la ao interessado-beneficiário, ambos responderão pelo crime de *corrupção ativa*, e o funcionário, se admiti-la conscientemente, pela *corrupção passiva*. Nesses dois aspectos a doutrina tradicional também sempre esteve de acordo. Como vemos, é demasiadamente tênue a distinção entre a configuração da corrupção ativa e o tráfico de influência, alicerçando-se, por vezes, em insustentável subjetivismo, que procuramos combater.

Para prosseguirmos nessa nossa reflexão é indispensável que se revisitem alguns institutos dogmáticos, tais como *teoria monística, crime putativo, erro jurídico penal*, dentre outros, *precisando* seus conceitos e analisando a aplicabilidade ou não de cada um diante da orientação assumida, praticamente, pela unanimidade da doutrina nacional, como já destacamos.

5.3 Relação triangular entre sujeito ativo, funcionário público e "beneficiário" da influência

Começamos lembrando que a *configuração típica* do crime — *tráfico de influência* — exige, pelo menos em tese, o envolvimento de três pessoas: *alguém* (1), um sujeito qualquer — funcionário ou não — solicita, exige, cobra ou obtém de *outra pessoa* (2), que é o beneficiário, qualquer vantagem (ou promessa), a *pretexto de influir* na prática de ato de *funcionário público* (3) no exercício da função. A pergunta que se impõe é: afinal, quem responde e quem não responde pela *lesão* à imagem e ao prestígio da Administração Pública? Como não estamos satisfeitos com o

entendimento consagrado na doutrina nacional, faremos algumas considerações mais detidas sobre o assunto. (Para melhor compreensão deste tema, recomendamos consultar nosso *Tratado de Direito penal*, v. 5.)

5.3.1 Entendimento da doutrina tradicional

Não nos convence o entendimento sedimentado na doutrina nacional, desde as primeiras ideias de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 428), que professava: "ao contrário do que entende Magalhães Drumond (ob. cit., pág. 348), o interessado não responde pelo crime, *ut* art. 25. Não pode ser copartícipe do crime de *obter* vantagem ou promessa de vantagem, etc., precisamente aquele que dá ou promete a vantagem". Magalhães Noronha (*Direito Penal*, t. 2, p. 325), também analisando o polo passivo dessa infração penal, afirmava: "Secundariamente é também vítima o comprador de *prestígio*, mas prestígio vão, fraudulento e inexistente. É ele que sofre prejuízo concreto ou material, com a vantagem obtida pelo *vendedor de fumo*". Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 468), por sua vez, sustentava: "a pessoa que dá ou promete a vantagem ao agente é lesada e será sujeito passivo secundário, embora não aja de boa fé". Na mesma trilha, Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 514-150) adverte: "de mais a mais, deve-se considerar que comprador de fumaça é vítima de um engano, de um verdadeiro estelionato. E que a norma visa a impedir o descrédito da administração, que não deriva da sua ação, mas do sujeito agente". Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 228) também concebe o "beneficiário" como sujeito passivo do "tráfico de influência", manifestando-se nos seguintes termos: "Sujeito passivo principal é o Estado. De forma secundária, a pessoa que compra o prestígio, que entrega ou promete a vantagem na ilusão de concretizar um interesse ilegítimo. Ele supõe que, em concurso, está cometendo um delito de corrupção com o funcionário. Na verdade, está participando de uma farsa. Há, por parte do comprador do prestígio, delito putativo (pensa que está realizando corrupção ativa)". Na doutrina atual, Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 543) segue o mesmo caminho, como se pode constatar: "secundariamente, figura como sujeito passivo aquele que, após ser ludibriado pelo agente, dá-lhe ou promete-lhe a vantagem, já que incide sobre ele o prejuízo material decorrente da vantagem obtida pelo agente. Apesar da conduta do sujeito secundário, não é ele punido, por se tratar de crime putativo". Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*, p.

1024), mesmo reconhecendo que há o envolvimento de três pessoas, silencia sobre a responsabilidade penal do "pagador da vantagem".

5.4 Responsabilidade do beneficiário do tráfico

Ora, a *responsabilidade* do "beneficiário" é exatamente *concorrer* diretamente para o crime de "tráfico de influência" (*exploração de prestígio)*, sem cuja *participação* sequer crime existiria, sendo, portanto, indissociável a sua decisiva *contribuição* na ação do "vendedor de fumaça", sendo verdadeiro "parceiro" na empreitada de "beneficiar-se" da *suposta venalidade* de funcionário público. Não se pode ignorar que o "beneficiário" da "pretextada influência", atualmente, em regra, não é um *ingênuo* que "entra de graça" na história; pelo contrário, é um *autêntico corruptor*, que busca também a sua "vantagem", *por meios não ortodoxos*, digamos assim, numa espécie de "fraude bilateral": há, em verdade, uma troca de "vantagens" entre o *executor* da suposta "influência" e o *beneficiário* desta; este "dá a vantagem" prometida ao agente em troca do "favor" funcional almejado, que outra coisa não é que também "vantagem", devida ou indevida, não importa, obtida através de *meios ilícitos*. Na realidade, o *tráfico de influência* é um misto de "estelionato qualificado" e "corrupção ativa/passiva", cujo *resultado* (influência) nem sequer precisa concretizar-se, com exceção da nova modalidade de "exigir".

No *tráfico de influência* só há um perdedor: a Administração Pública, pois se trata, no mínimo, da conhecida "fraude bilateral", salvo se, como refere Hungria, "se trate de um rematado ignorante", cuja prova deverá ser feita por quem a aproveite; nessa hipótese, evidentemente, o "beneficiário-ignorante" é vítima da astúcia do sujeito ativo, não respondendo por crime algum. Mas, convém realçar, nesse "meio" não existe "ignorante" ou "ingênuo", pois não sobreviveria, e, segundo velho ditado popular, "quem corre menos, voa", tanto que, todos concordam — Noronha, Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 429) e Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 468) —, concretizando-se o "favor", o crime é de *corrupção*, pelo qual também responderá o dito "beneficiário". Nesse caso, qual seria a diferença do *elemento subjetivo* do "beneficiário", tendo conseguido ou não o "favor"do funcionário público? Nenhuma, pois não há diferença no dolo do *crime consumado* e do *crime tentado*, não existindo um *dolo especial* de tentativa. Por isso, se o *beneficiário* for realmente o "rematado ignorante" de que falava Hungria, não deverá responder por crime algum,

independentemente de se concretizar o “favor” prometido (nem por corrupção, pois não agiu com dolo); no entanto, não o sendo, que certamente é a regra, o “beneficiário” concorre direta e ativamente para a prática do crime de *tráfico de influência*, nos termos do art. 29 do CP.

5.5 Outros equívocos da doutrina tradicional

Equivocada também é a afirmação de que *quem dá ou se despoja da vantagem não pode ser punido* (independentemente da contraprestação a que, no caso, objetiva), pois não encontra correspondente no direito brasileiro, pelo contrário: quem “oferece ou promete vantagem a funcionário público” responde pelo crime de *corrupção ativa* (art. 333). Portanto, fácil é observar que ninguém dá nada *gratuitamente* — nem na *corrupção* nem no *tráfico de influência*, pois há a espera da “contraprestação”! No mesmo sentido, é *duplamente* equivocada a afirmação solitária de Paulo José da Costa Jr. de que, *como acontece na concussão, quem dá a vantagem (ou a promete) não é punido, pela falta de previsão normativa*: em primeiro lugar, na *concussão* ninguém dá ou promete vantagem alguma; pelo contrário, nesse crime *a vítima é extorquida* pelo funcionário corrupto, que exige a vantagem indevida; nela, a vítima é *constrangida* a pagar a propina para não sofrer a ameaça do funcionário venal, a exemplo do *crime de extorsão* (art. 158); em segundo lugar, é falaciosa a afirmativa de que o “beneficiário” que dá ou promete a vantagem não é punido “pela falta de previsão normativa”, pois também não tem amparo legal essa conclusão. Que previsão Costa Jr. estaria querendo: *uma individual* para cada crime de *concurso necessário*? E faríamos o quê com a adoção da *teoria monística da ação* (inclusive mantida na Reforma Penal de 1984)? Inverteríamos a ordem natural das coisas, e a “exceção” passaria a ser a regra geral, ou seja, o concorrente nos crimes de *concurso necessário* não responderia por nada sempre que não viesse expressamente previsto, como ocorre nos crimes de *corrupção, aborto consensual*, *bigamia* etc.? Logicamente, Costa Jr. não se deu conta de que a *previsão normativa*, geral, para toda a Parte Especial do Código Penal, ressalvadas as exceções, como dissemos, expressamente previstas, existe e também está contida no art. 29 (que disciplina o concurso eventual de pessoas) do mesmo estatuto penal.

Apontaria, ainda, um *terceiro equívoco* do mesmo autor, pela *contradição* contida na mesma frase, na qual consta, em seu início, o

reconhecimento de que “o crime é plurissubjetivo (concurso necessário)”, sendo, aliás, o único dos autores apontados a fazer tal afirmação. Mais uma razão — tratar-se de *crime de concurso necessário* — para impedir que se afirme não haver *previsão normativa* para a punição do concorrente beneficiário da conduta incriminada. Aliás, para punir os autores dos crimes de *concurso necessário* é absolutamente desnecessária a previsão do art. 29, que disciplina o concurso eventual de pessoas, pois esse tipo de autoria dos *crimes plurissubjetivos* integra a própria definição da infração penal, sendo os penalmente responsáveis por seu cometimento, independentemente da *norma de extensão* contida no mencionado art. 29. Ademais, a conclusão de Costa Jr. deveria ser exatamente o inverso, a partir do momento que reconhece *tratar-se de crime de concurso necessário*, ou seja, deveria concluir pela punição do comprador de ilusões, exatamente por tratar-se de crime plurissubjetivo. Divergem — vendedor de “prestígio” e “comprador-beneficiário” — apenas num ponto: a ação do “corretor de influência” objetiva a vantagem ou promessa dela; ao passo que o “comprador” visa o *favor legal* decorrente do exercício de influência. Trata-se, inegavelmente, de um crime de *dupla subjetividade ativa*.

5.6 Lobistas — neologismo dos exploradores de prestígio

Por fim, não se pode ignorar a aglomeração e confluência dos atuais “lobistas”, que, *mutatis mutandis*, são os modernos “exploradores de prestígio”, ou os verdadeiros autores do crime de “tráfico de influência”. A prevalecer a tese da *irresponsabilidade penal* de quem dá, paga ou promete vantagem para beneficiar-se de “influência” ou “suposta influência” perante a Administração Pública, estar-se-á assegurando a *impunidade* da mais autêntica, disfarçada e sofisticada *forma de corrupção*, aperfeiçoada e burilada pelo uso de *interposta pessoa* (que pretexta influência, ou seja, o atual “*lobista*”), com os modernos neologismos, tais como “valores não contabilizados”, “corretores lobistas”, “intermediários”, “corretores despachantes”, “publicitários políticos”, “mercadores de favores públicos” etc., visto que os *verdadeiros corruptores* — mãos limpas — “não colocam a mão-na-massa”, no velho estilo “sinhozinho malta”, famoso personagem novelesco de Dias Gomes. Dá para crer que — nos tempos atuais — alguém nesse meio seja ingênuo ou inocente, ou, como dizia Hungria, “um rematado ignorante”? *No creemos en las brujas, pero que las hay, las hay*!

Tanto que o próprio Hungria *(Comentários ao Código Penal*, v. 7, p.

427), na sua sagacidade, já advertia: “É de se reconhecer que, num ou noutro caso, quando não haja *torpeza bilateral* (isto é, quando o interessado, ao invés de consciente da malícia de seu propósito, não passa de um crédulo ignorante), se apresenta uma *species* de estelionato (consumado ou tentado), transladada...”. E quem acreditaria na ausência de torpeza bilateral na atualidade nesse tipo de conduta?!

5.7 A (im)punibilidade do pseudocrime putativo: erro jurídico-penal

A *segunda premissa equivocada* de nossos doutrinadores clássicos refere-se à afirmação de que o iludido *beneficiário* participaria de um *crime putativo*, que, por tudo, é impunível. Afinal, de que *crime putativo* estamos falando? Nossa concepção de *crime putativo* é um pouco diferente da que exsurge da afirmação dos penalistas referidos: com efeito, o *crime putativo* só existe na imaginação do agente. Há no *crime putativo* um “erro de proibição” às avessas (o agente imagina proibida uma conduta permitida). No entanto, quando o sujeito imagina que está praticando ou participando *de um crime* quando na realidade trata-se de *outro crime* — como ocorre no *tráfico de influência*, definido no art. 332 do CP —, não se configura o instituto conhecido como *crime putativo*. Por isso, preliminarmente, já se pode concluir que o simples fato de o “beneficiário” imaginar que está participando de um *crime de corrupção*, quando na verdade concorre para um *crime de tráfico de influência*, não é suficiente para afastar-lhe a punibilidade.

Há dois aspectos fundamentais nessa premissa sustentada pelos penalistas ora questionados, que exigem maior reflexão: em primeiro lugar, há um *erro* de valoração ou de *interpretacão*; em segundo lugar, o agente pensa que está cometendo *um crime*, quando na realidade concorre para *outro*, diretamente. Isso, por si só — pergunta-se —, seria suficiente para gerar a *impunidade*, lembrando que, desde o início, pretendeu fazer uma “troca” com o agente, ou seja, dar uma “vantagem” em troca de “um favor”, qual seja a *influência* na prática de um ato da Administração Pública?

5.7.1 A discutível escusabilidade de determinados erros: punibilidade do pagador da influência

Parece-nos claro que o “beneficiário” do *tráfico de influência* pode,

como regra, incorrer em *erro*, induzido ou não. Faz-se necessário, por isso, que se examinem a natureza, efeitos e extensão de, pelo menos, alguns tipos de "erros jurídicopenais" e, por fim, que se identifique em que *espécie de erro* pode incorrer dito beneficiário. Ocorre, nesta hipótese, e se for o caso, um erro de *subsunção* — engana-se quanto *ao enquadramento legal* da conduta; por *erro*, supõe que *sua ação* não se ajusta ao tipo legal. Isso não interfere na ilicitude, respondendo-se pelo ato praticado.

Com efeito, o suposto "erro" que incorreria o "comprador de fumaça" seria imaginar que concorreria para um *crime de corrupção*, quando na realidade participa de um crime de "exploração de prestígio". Qual é a diferença em termos de censurabilidade? Imaginar que participa de determinado crime, quando, *in concreto*, o crime é outro, não o exime da responsabilidade, e tampouco transforma em *crime putativo*, como imaginava a velha doutrina. Não há nenhuma diferença, pois tem *consciência* de que participa de algo proibido, que em algum lugar do direito é considerado *ilícito*, orientado pela simples *consciência profana* do injusto, pois, como lecionava Binding, é suficiente para afastar o *erro de proibição*. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre com quem, pretendendo participar de um *crime de corrupção*, contribui com o *crime de exploração de prestígio*: sua conduta continua típica, antijurídica e ilícita, não lhe aproveitando qualquer causa excludente ou dirimente pelo erro.

Fácil concluir, portanto, que, ainda que aja incorrido em "erro", esse erro é *evitável* e, por conseguinte, *inescusável*, afora o fato, mais concreto ainda, de que se trata de *erro de subsunção* (imaginava que concorria para um crime de *corrupção* ao invés de tráfico de influência), que, como demonstramos, é sempre inescusável. Por tudo isso, aqui, mais do que nunca, merece acolhida a tese sustentada por Muñoz Conde e Hassemer , da adoção de uma *teoria do erro orientada às consequências*, preocupada com os *efeitos empíricos*, mais que normativos, da *aplicação da norma* no quotidiano, onde o que realmente importa é *a relevância ou não do erro*, independentemente da sua conceituação.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente dirigida à obtenção de vantagem ou promessa de vantagem, a *pretexto de influir* em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

O *elemento subjetivo especial* do tipo está representado pela finalidade especial de destinar-se a vantagem ou sua promessa para o próprio agente ou para terceiro. Não é necessário que o agente tenha, como objetivo, atingir a Administração Pública ou o próprio funcionário, embora essa consequência seja inerente à ação incriminada.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no lugar e no momento em que o agente solicita, exige ou cobra a vantagem ou promessa de vantagem para agir. Consuma-se, em outros termos, com a mera solicitação, exigência ou cobrança da vantagem ou promessa desta, para influir em funcionário público no exercício da função, independentemente de outro resultado. Acreditamos que nem mesmo na conduta de obter seja necessário o efetivo recebimento da "vantagem" para que o crime possa ser consumado, na medida em que o tipo penal se satisfaz com a simples promessa de vantagem, e, convenhamos, "obter promessa de vantagem" representa algo que estará por acontecer e não que tenha efetivamente ocorrido. O *ato do funcionário* não pode ser passado, pois é impossível *influir* em algo que já ocorreu, sendo irrelevante, contudo, que tal ato seja lícito ou ilícito, pois o texto legal não faz essa distinção e tampouco sugere que se possa fazê-la.

7.1 Recebimento da vantagem prometida: exaurimento

O recebimento efetivo, por parte do sujeito ativo, da vantagem prometida representará somente o *exaurimento do crime*, que poderá apenas influir na dosagem *in concreto* da pena aplicada. Contudo, se o funcionário sobre o qual a "influência" foi exercitada também receber a vantagem prometida ou parte dela, estar-se-á, inegavelmente, diante do crime de corrupção. Essa — convém acrescentar — é uma razão a mais para discordarmos da impunibilidade do "pagador da vantagem", pois o elemento subjetivo da sua participação no cometimento do crime continua o mesmo, com o mesmo conteúdo e os mesmos elementos, direcionado ao mesmo fim, qual seja objetivar contar com a *suposta influência* do sujeito ativo junto a ato de funcionário público. Por isso, nunca estivemos convencidos de sua propagada *inocência*.

A tentativa é admissível, embora de difícil configuração, pois em várias de suas formas será possível o fracionamento do *iter criminis*.

8 Forma majorada

Tratando-se de crime formal, como regra, não exige a efetiva produção de resultado. No entanto, o legislador preocupou-se sobremodo com a importância e integridade do bem jurídico protegido, qual seja com a Administração Pública em geral, e próprio funcionário, em particular. Por isso, havendo alegação ou insinuação de que a vantagem destina-se também ao funcionário, aumenta a reprovação pessoal. Realmente, nessa hipótese, o *desvalor da ação* é bem superior ao da simples insinuação de influência junto a funcionário público, justificando-se, consequentemente, a causa especial de aumento de pena (parágrafo único). Prevista no parágrafo único, ocorre se o agente alega ou insinua que a vantagem (de natureza moral ou material) também é destinada ao funcionário público.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. A causa de aumento de pena inserta no parágrafo único comina igual pena, aumentada da metade. A previsão anterior era de pena de um a cinco anos de reclusão e multa, com a majorante de apenas um terço. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“O crime de tráfico de influência, previsto no artigo 332 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.127, de 1995, se caracteriza, para os fins cogitados, pela conduta de solicitar, para si, vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função. A conduta do Recorrido se limitou à proposta da quantia de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), como contraprestação dos seus serviços advocatícios. Tal fato, só por só, não caracteriza o ilícito penal previsto no art. 332 do Código Penal, que, para sua consumação, exige o dolo específico de influir, com especial fim de agir” (STJ, REsp 662.706/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16-12-2004).

“Crime de tráfico de influência. Art. 332 do CP. Cometimento na esfera municipal. Na espécie, o delito foi praticado na seara municipal, não se inserindo a hipótese em nenhum dos incisos do art. 109 da Constituição Federal, para que a competência seja dirimida em favor do juízo federal. Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo estadual onde fora inicialmente proposta a ação” (STJ, Conflito de Competência 42.119/MT, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 9-6-2004).

Corrupção ativa

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.

— Pena com redação dada pela Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003.

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.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O nosso Código Criminal do Império (1830) seguiu a orientação de equiparar as duas formas de corrupção, que foi mantida no Código Penal de 1890. Finalmente, o Código Penal de 1940 afastou-se de seu inspirador, o Código Penal Rocco (1930), disciplinando a corrupção ativa e passiva como crimes autônomos e independentes, afastando-lhes a natureza de crime bilateral.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protegem-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. O bem jurídico tutelado pela proibição da *corrupção* é o *regular funcionamento da Administração Pública*. É indispensável uma relação entre a *conduta proibida* e o *bem jurídico* penalmente protegido. O julgamento a respeito torna imprescindível, portanto, uma referência ao *conteúdo ofensivo* do fato concreto, sob pena de se proceder a uma inversão tipológica, desviando a atenção de uma lesão representada pela "compra de um ato", ato de ofício, para uma simples "dádiva liberal" do cidadão, sem qualquer contrapartida, que, como dissemos, constitui conduta atípica no ordenamento jurídico-brasileiro.

2.1 A moralidade da Administração Pública e o princípio da insignificância

A tipicidade penal exige a *ofensa* de alguma gravidade aos bens jurídicos

protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o *injusto típico*. Segundo esse princípio, conhecido como *princípio da bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque na verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

A *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido — moralidade e funcionamento da Administração Pública —, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, *pela extensão da lesão produzida*. Em síntese, a *insignificância* da ofensa afasta a *tipicidade*. Mas essa *insignificância* só pode ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica, e não somente em particular, relativamente ao bem atingido.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade pessoal. Nada impede que o sujeito ativo também seja funcionário público, desde que não aja como tal, isto é, no exercício de suas funções ou em razão delas. Na verdade, o funcionário público, agindo como particular, pode efetivamente funcionar como sujeito ativo do crime de corrupção ativa, em relação a outro funcionário.

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e Município). Convém destacar que, embora o funcionário público estritamente considerado ou o assemelhado seja o destinatário da ação do sujeito ativo, não figura como sujeito passivo desse tipo penal, por isso se tem afirmado que aqui não incide o alcance da norma contida no art. 327 e § 1º, que só tem aplicação quando o sujeito ativo reveste-se da qualidade de funcionário público.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica alternativamente prevista consiste em *oferecer* (apresentar, colocar à disposição) ou *prometer* (obrigar-se a dar) *vantagem*

indevida (de qualquer natureza: material ou moral) a funcionário público, *para determiná-lo a praticar* (realizar), *omitir* (deixar de praticar) *ou retardar* (atrasar) *ato de ofício* (incluído na esfera de competência do funcionário). Segundo a disciplina do nosso Código Penal de 1940, a *corrupção* nem sempre é *crime bilateral*, ou seja, nem sempre pressupõe a existência de um *pactum sceleris* entre corruptor e corrupto, pois, qualquer das duas modalidades — ativa ou passiva — consideram-se consumadas, independentemente da aceitação recíproca: consuma-se — a passiva — com a simples *solicitação* da vantagem indevida pelo funcionário corrupto, mesmo que não seja aceita pelo *extraneus*; a ativa, com a simples oferta ou promessa de dita vantagem pelo *extraneus* corruptor, sendo irrelevante que o funcionário público a recuse.

Trata-se de um *tipo especial*, que se compõe de elementos objetivos, subjetivos e normativos, que exige, além de dolo, um elemento subjetivo especial do injusto. Para que se configure o tipo penal, todos esses elementos devem constar no fato concretizado pelo agente. A ausência de qualquer deles afasta a tipicidade da conduta. Para sua melhor compreensão, faremos a decomposição analítica desse tipo penal, destacando suas elementares.

4.1 Oferecer vantagem indevida

A “vantagem indevida” constitui o objeto material da ação tipificada, representa o conteúdo da oferta, que, em outros termos, “é o preço do funcionário corrupto”. Como a lei preferiu não defini-la como *vantagem patrimonial*, ela será relevante quando for suficiente para corromper o funcionário, levando-o a “... praticar ou não um ato visando uma *retribuição*, que pode não ser econômica, sem que, nem por isso, deixe de *traficar* com a função”. Enfim, para caracterizar *vantagem indevida* é preciso que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir *mercancia* da função pública.

É fundamental que a ação seja inequívoca, demonstrando, segundo Magalhães Noronha, o propósito do agente. Essa inequivocidade deve, necessariamente, estar presente no caso concreto, uma vez que a dação do sujeito ativo não pode ter outro propósito que não o de “comprar” *a prática de ato de ofício*. O próprio Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 261) lembra-nos: “Cumpre, todavia, notar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim, como não se compreende que alguém presenteie

um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de cruzeiros, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas".

4.2 A funcionário público

O destinatário da vantagem indevida é o funcionário público. O direito penal considera *funcionário público* quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. O *emprego público*, por sua vez, é o serviço temporário, com contrato em regime especial ou de conformidade com o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho. O conceito de funcionário público fornecido pelo art. 327, *caput*, do CP se estende a toda a legislação penal extravagante. Nosso Código Penal, em seu art. 327, adotou a noção extensiva e deu maior elasticidade ao conceito de funcionário público. Isto é, não exige, para a caracterização de *funcionário público*, o exercício profissional ou permanente da função pública. Basta o indivíduo exercer, ainda que temporariamente e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública. Não há por que fazer a distinção, para fins de aplicação do conceito extensivo de funcionário público, entre sujeito ativo e sujeito passivo do delito. Isso porque o art. 327 emite um nítido comando geral, ainda que inserido no Capítulo I do Código Penal, que deve ser aplicado a todas as hipóteses contempladas no ordenamento penal, contidas ou não no Código Penal. Assim, inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma, exerçam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais.

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, acrescentou o § 1º ao art. 327, que *equipara a funcionário público* quem exerce o cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, nos seguintes termos: *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*. Esse dispositivo equiparou a funcionário público, para fins penais, "quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada".

4.3 Para determiná-lo a praticar ato de ofício

O crime de *corrupção ativa* somente se aperfeiçoa quando a *promessa* ou *oferta de vantagem* indevida tem por objetivo que funcionário público, no exercício de sua função, pratique, omita ou retarde *ato de ofício*. E não é, pode-se afirmar, *ato de ofício* o praticado contra as normas vigentes ou a sistemática habitual. Quando determinado ato pode ser realizado "por qualquer do povo", à evidência, não se trata de "ato de ofício". Com efeito, para a configuração do crime de corrupção ativa exige-se que o ato cuja ação ou omissão é pretendida esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado. Se o ato não é da competência do funcionário, poder-se-á identificar qualquer outro crime, mas, com certeza, não o de corrupção ativa.

O crime não se caracteriza sem a *oferta de vantagem* explícita. Para que se configure a corrupção ativa é indispensável que a oferta ou promessa sejam feitas espontaneamente pelo agente, e, ao contrário da corrupção passiva, antes da prática do ato pelo funcionário público. Se a oferta ou promessa for motivada por exigência, haverá o crime de concussão (art. 316 do CP), e não corrupção ativa.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para praticar, retardar ou omitir a prática de ato de ofício. Essa infração penal exige também o *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim* de agir, isto é, "para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício". O fundamento real de todo o crime é a *concretização da vontade* num fato externo, já que crime não é somente a *vontade má*, mas a *vontade má concretizada* num fato, pois o *tipo subjetivo* abrange todos os *aspectos subjetivos* da descrição típica de conduta proibida que, concretamente, produzem o *tipo objetivo*. Esses aspectos subjetivos, por sua vez, são o *dolo* e os *elementos subjetivos do tipo*.

Dolo é a *consciência* e *vontade* de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Welzel, "Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito". E o dolo constitui-se de dois elementos: um *volitivo*, que é a vontade de realizar a conduta típica; e um *cognitivo*, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica. Em outros termos, a *essência do dolo* deve estar na *vontade*

não de violar a lei, mas de realizar a ação. Esse elemento *volitivo* deve estar presente na ação realizada pelo sujeito ativo. Mas a *vontade* deve abranger a *ação*, os meios utilizados, o *resultado* e o *nexo causal*. Todos esses elementos que integram o *tipo objetivo* devem ser abrangidos pelo dolo, sob pena de não se configurar o *tipo subjetivo*. Na verdade, a *vontade* de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de *influir no curso causal*, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser *desejado* ou esperado, mas não significa querer realizá-lo. Somente pode ser objeto da norma jurídica algo que o agente possa realizar ou omitir.

Para a configuração do *dolo* exige-se, ainda, a *consciência* daquilo que se pretende praticar, dos meios a empregar, do resultado e do nexo causal. Essa *consciência* deve ser *atual*, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente a *potencial consciência* das circunstâncias objetivas do tipo, já que prescindir dela equivale a destruir a linha divisória entre *dolo* e *culpa*, convertendo aquele em mera ficção. Na verdade, a *vontade* pressupõe uma *previsão*, isto é, a representação, na medida em que é impossível *querer algo* conscientemente senão o que se previu ou representou em nossa mente, pelo menos em parte. A *previsão* sem *vontade* é algo completamente inexpressivo, indiferente ao direito penal, e a *vontade* sem *previsão* é absolutamente impossível. No *dolo direto* o agente *quer* o resultado representado como *fim* de sua ação. A *vontade* do agente é dirigida à realização do fato típico. O *objeto* do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e até os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido. Não se pode ignorar que a *previsão*, isto é, a *representação*, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos. Enfim, a consciência deve abranger a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação. Por isso, quando o processo intelectual-volitivo não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa.

5.1 Elemento subjetivo especial do tipo

A evolução dogmática do direito nos revela que determinado ato poderá ser *justo* ou *injusto*, dependendo da *intenção* com que o agente o pratica.

Um comportamento pode ser *justo* ou *injusto*, segundo seu aspecto interno, isto é, de acordo com a *intenção* com que é praticado. Assim, por exemplo, quando o ginecologista toca a região genital da paciente com fins terapêuticos exercita, legitimamente, sua nobre profissão de médico; se o faz, no entanto, com intenções voluptuárias, sua conduta é ilícita. Outro exemplo: alguém *empresta* seu veículo à autoridade policial para facilitar o atendimento de uma vítima, e não para obter qualquer benefício, muito menos para *exigir a prática de ato de ofício*.

Para que o "empréstimo efetuado" configurasse o elemento subjetivo especial, exigiria *uma finalidade* ou intenção adicional de obter um resultado ulterior — a prática de ato de ofício — ou ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal, isto é, exigiria um *agir com ânimo* de obter a *prática de um ato de ofício*, que não existiu. As *intenções especiais* integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo. Faz parte do tipo de injusto uma *finalidade transcendente — um especial fim de agir* —, por exemplo, *para si ou para outrem* (art. 157); *com o fim de obter* (art. 159); *em proveito próprio ou alheio* (art. 180) etc., ou, como diz o art. 333, "para determiná-lo a praticar... ato de ofício". Mas esse *fim especial* deve existir antes de o ato de ofício ter sido praticado, caso contrário não há como exigir a prática de um ato que já se tenha realizado.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. Tratando-se de crime de mera conduta, é despicienda a existência da *vantagem*, pois se consuma apenas com a *oferta*, isto é, com o simples *oferecer*, ainda que a oferta não seja aceita. Pune-se, indiferentemente, quando se tratar de oferta ou promessa dirigida ao funcionário *por interposta pessoa*.

A tentativa é admissível apenas na hipótese de oferta escrita.

7 Figura majorada (parágrafo único)

À semelhança da previsão do § 1º do art. 317 (corrupção passiva), se o funcionário público, em razão da vantagem ou promessa dela, retarda ou omite ato de ofício ou o pratica *infringindo dever funcional*, a pena é majorada em um terço. Não deixa de ser uma espécie de punição pelo

exaurimento do crime. Entretanto, se o funcionário pratica *ato de ofício* de natureza legal, sem violar o *dever funcional*, não incide na forma qualificada, e sim no *caput* do art. 333 do CP. Essa antinomia do texto legal gerou pequena polêmica entre Magalhães Drumond (*Comentários ao Código Penal*, p. 352) e Nélson Hungria, que, a rigor, falaram de coisas diferentes. Para o primeiro, "tal dispositivo importa na declaração de impunibilidade, por incriminação, da realização de ato de ofício, determinado por promessa ou oferta de vantagem, mas que não se tenha verificado com infração de dever funcional". Hungria, de forma contundente, contesta essa crítica sustentando: "Há um flagrante equívoco em semelhante raciocínio. É de toda evidência que, se à oferta ou promessa aceita se segue a prática do visado ato não contrário ao dever funcional, o fato se enquadra no *caput* do art. 333 (pois se este incrimina o simples ato da oferta ou promessa para induzir ou aliciar o funcionário à prática do ato de ofício, ainda que não contrário ao dever funcional, é claro que incrimina a hipótese em que, aceita a oferta ou promessa pelo funcionário, vem a ser efetivamente praticado esse ato)".

É indiscutível o grande equívoco de Magalhães Drumond: para a tipificação do *caput* do art. 333 é irrelevante a infração de *dever funcional*, e a própria aceitação da vantagem ou promessa; para configurar a *aplicação da causa de aumento*, paradoxalmente, somente se houver infringência de tal dever, justificando a *perplexidade*, na medida em que o exaurimento do crime somente fundamenta maior sanção penal se houver a infringência de dever funcional.

Por outro lado, a majorante se configura, desde que haja omissão ou retardamento de ato de ofício, em razão da vantagem ou promessa dela. Para essa hipótese "omissiva", não há exigência expressa de infringência de dever funcional, embora, em regra, o retardamento ou omissão de ato de ofício implique, em princípio, a violação do dever funcional, salvo se houver alguma justificativa razoável.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a doze anos, e multa. O parágrafo único prevê a mesma pena, majorada em um terço. A partir de 13 de novembro de 2003, a pena privativa de liberdade foi elevada para dois a doze anos de reclusão (Lei n. 10.763/2003), mantida,

cumulativamente, a de multa. Essa pena, como sempre, é irretroativa, sendo aplicável somente aos fatos praticados após a sua vigência. Repete-se o equívoco político-legislativo contido na infração similar do art. 317, qual seja o exagerado distanciamento entre o mínimo e o máximo, deixando margem muito grande ao poder discricionário do julgador na dosagem de pena. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Corrupção Ativa. Art. 333, CP. Crime Formal. Por se tratar de crime formal, basta para sua consumação a simples oferta ou promessa de vantagem indevida, com o intuito de que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício. Portanto, pouco importa para sua caracterização o fato de o réu não estar na posse do dinheiro ou da pistola. Não há qualquer impedimento legal que se tome o testemunho dos policias militares, não sendo considerados, enquanto policiais, suspeitos ou impedidos. A considerar, ainda, que não existem provas objetivas e concretas de que o policial esteja acusando o réu de maneira infundada. Apelo improvido" (TJRS, Apelação 70021620455, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 19-12-2007).

"Art. 333 do CP. A mesma tese que autorizou o recebimento da denúncia pela Corte Estadual, qual seja, a participação dos denunciados num esquema ilícito de colaboração para com um 'fundo comum de recursos destinados à distribuição de propina' a servidores públicos e o recebimento, por parte de determinados servidores, dentre eles um Promotor de Justiça e um Juiz de Direito, de dinheiro proveniente daquele fundo, determina a existência de um efetivo concurso entre os acusados da prática de corrupção ativa" (STJ, HC 47.004/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 6-12-2005).

"O crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal, pode ser praticado, dentre outras formas, por meio de palavras, atos ou gestos; a oferta ou promessa não precisa ser clara e direta, podendo ser subentendida à vista das circunstâncias e do contexto em que realizada. Configura, em tese, o crime de corrupção ativa a conduta do agente que, diretamente interessado em investigação criminal realizada em inquérito policial, dirige-se ao Departamento de Criminalística da Polícia Federal e, depois de dizer ao perito como queria ver elaborado o laudo, fornece seus endereços e coloca à disposição do *expert* 'tudo o que precisar' para a realização do trabalho. O tipo do art. 333 do Código Penal não exige senão que a vantagem oferecida ou prometida ao funcionário público seja indevida. Assim, para a configuração do crime de corrupção ativa não é mister seja especificada, pelo agente corruptor, qual seria a vantagem oferecida ou prometida, bastando que transmita ao funcionário público a ideia de que lhe será propiciada, em troca da violação ao dever de ofício, alguma vantagem indevida" (TRF-3ª Região, HC 2004.03.00.007088-1, Rel. Nelton dos Santos, j. 30-3-2004).

Contrabando ou descaminho

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou 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:

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) 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;

d) 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 contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Na legislação brasileira, o Código Criminal do Império (1830) tipificava o crime de contrabando (art. 177) como integrante “Dos crimes contra o tesouro público e a propriedade pública”, inserto na segunda parte do seu Título VI. O Código Penal de 1890, por sua vez, prescrevia o crime de contrabando (art. 265) no Título VII que tratava “Dos crimes contra a Fazenda Pública”. Por fim, o legislador de 1940, seguindo as codificações anteriores, manteve a criminalizacão de contrabando e descaminho no mesmo dispositivo legal (art. 334), tratando-os como se tivessem o mesmo

significado, ignorando a realidade das coisas, inclusive o *desvalor de ação*, uma vez que uma coisa é importar ou exportar coisa proibida e outra, absolutamente distinta, é praticar a mesma conduta, somente tendo como objeto coisa lícita, permitida.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido, como em todas as infrações penais constantes do Título XI do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública, no plano genérico. O bem jurídico tutelado específico, no entanto — a despeito de todos os fundamentos que se têm procurado atribuir à criminalização do *contrabando ou descaminho* —, é, acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do *erário público*, diretamente atingido pela *evasão de renda* resultante dessas *operações clandestinas ou fraudulentas*. Num plano secundário, não se pode negar, visa-se também proteger a moralidade pública com a repressão de importação e exportação de mercadoria proibida, que podem, inclusive, produzir lesão à saúde pública, à higiene etc. e não deixa de proteger igualmente a indústria e a economia nacionais como um todo, com o fortalecimento de barreiras alfandegárias.

Não se discute que o crime de *contrabando ou descaminho* ofende relevantes interesses públicos, não apenas da Administração Pública como também do *erário público* e da própria *soberania nacional*, e, considerando a tendência moderna de criminalizar cada vez mais a *fraude fiscal*, é absolutamente improvável que as legislações contemporâneas deixem de criminalizar o contrabando ou descaminho, como se chegou a defender ao longo dos séculos XIX e XX.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, desde que não tenha a *função fiscalizadora* aduaneira, pois, nesse caso, infringiria seu *dever funcional*, e sua conduta tipificaria a conduta descrita no art. 318 do CP, de *facilitar* a prática de contrabando ou descaminho, porque, em decorrência da função, tem o especial dever funcional de impedi-lo. Em síntese, o funcionário público que concorre para o crime de contrabando ou descaminho, se infringir seu dever funcional específico, responde pelo crime do art. 318 (facilitação do crime); se não o infringir, responde como coautor ou partícipe do contrabando ou descaminho (art.

334).

Nada impede que possa ocorrer a figura do *concurso eventual de pessoas*, seja com outra pessoa qualquer, seja com o funcionário público, desde que, logicamente, não tenha o dever funcional fiscalizatório. O fato de, eventualmente, concorrerem mais de três pessoas, na prática desse crime (como de qualquer outro), ao contrário da atual "mania nacional", não configura, por si só, o *crime de quadrilha ou bando*, especialmente quando for praticado por representantes legais de pessoas jurídicas, que, normalmente, são administradas por pessoas em número superior a três.

Sujeito passivo é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, e especialmente o erário público e a Receita Federal, que são fraudados em sua integridade orçamentário-fiscal.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *caput* deste artigo apresenta duas figuras típicas distintas, quais sejam o *contrabando e o descaminho*, que o legislador insistiu em dar-lhes tratamento penal idêntico: a) *contrabando*: consiste em importar (fazer entrar no País) ou exportar (dele fazer sair) mercadoria proibida; b) *descaminho*: iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Na primeira hipótese, significa trazer mercadoria de fora para dentro do País, ou levar para fora dele; o objeto é *mercadoria proibida*, e configura o *contrabando próprio*. Na segunda, o *descaminho*, que é a importação ou exportação de *mercadoria permitida*, o objeto é frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direito ou imposto, que caracteriza o *contrabando impróprio*.

Com efeito, segundo a doutrina, *iludir* traduz a ideia de enganar, mascarar a realidade, simular, dissimular, enfim, o agente se vale de *expediente* para dar impressão, na espécie, de não praticar conduta tributável. Há, pois, uma espécie *sui generis*, pode-se dizer — acrescentamos nós —, de *meio fraudulento*, forçando um pouco o sentido dessa expressão. Este, por sua vez, pode ocorrer tanto por *ação* como por *omissão*. Na primeira hipótese, exemplificando, o agente procura demonstrar que determinada mercadoria é outra e não aquela, ou que tem outras propriedades que não as verdadeiras para incidir carga tributária menor etc.; na segunda, *omissiva*, o agente indagado pelo agente

alfandegário, se traz consigo objeto ou mercadoria tributável, finge que não entendeu, deixa de responder ou simplesmente não toma a iniciativa de expor sua mercadoria tributável. Tanto em um caso como no outro, a intenção de *iludir* é evidente. Há, pois, configuração nítida do propósito de não efetuar o pagamento do tributo alfandegário.

4.1 Contrabando: natureza e forma

O *contrabando* (além de poder lesar o *erário público*, caso de proibição relativa, v. g.) pode ofender a saúde, a moral, a higiene e até a indústria nacional. A materialidade do crime de *contrabando*, em síntese, consiste na importação ou exportação de *mercadoria proibida*. A proibição da comercialização de determinada mercadoria, no caso, de importar ou exportar, pode ser absoluta ou relativa: a proibição absoluta, via de regra, leva em consideração a natureza da mercadoria ou sua finalidade específica, sendo absolutamente impedida sua importação ou exportação; a *relativa*, por sua vez, poderia ser mais bem definida como "condicionada", pois é submetida a determinados acontecimentos contingenciais ou à satisfação de certas condições e, normalmente, a proibição relativa é temporária, como ocorre, por exemplo, com a importação de veículos estrangeiros, para *estimular* a indústria nacional, com a restrição na importação de certos produtos de origem animal, em razão de contaminações químicas ou mesmo o contágio de certas doenças, como a febre da "vaca louca" europeia ou a "gripe asiática" de frangos etc.

4.2 Descaminho: natureza e forma

O *descaminho*, por sua vez, é, fundamentalmente, um *ilícito de natureza fiscal*, lesando somente o *erário público* — particularmente a *aduana nacional* —, constituindo, numa linguagem não técnica, um "contrabando contra o fisco". A simples *introdução* no território nacional de mercadoria estrangeira *sem pagamento dos direitos alfandegários*, independentemente de qualquer prática *ardilosa* visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de *descaminho*. Temos certa resistência interpretativa em admitir — em respeito ao princípio da tipicidade estrita — a expressão "fraude" ou "fraudulenta" na definição do crime de *descaminho*, porque o legislador brasileiro é claro, quando quer, usando literalmente a expressão *fraude* ou *fraudulenta* (artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento), ao contrário do que faz na *tipificação* do descaminho, referindo-se somente a

“iludir” o pagamento. Há, inegavelmente, grande diferença, pelo menos, em termos de *gravidade do meio empregado*, nessa hipótese, que se satisfaz, por exemplo, com a simples omissão, que, convenhamos, tecnicamente, não se confunde com “fraude” alguma.

No *descaminho* — destaca a segunda parte do *caput* do art. 334 — a *ilisão* do pagamento de direito ou imposto pode ser “no todo ou em parte”, isto é, a omissão do pagamento devido pode ser total ou parcial. Contudo, o não pagamento *total* (ausência absoluta do pagamento de qualquer valor) ou *parcial* (pagamento de valor inferior ao devido) configura igualmente o crime de *descaminho*, de sorte que a sua omissão total ou parcial deverá ser objeto de valoração tão somente quando da fixação da pena.

5 Crimes equiparados a contrabando ou descaminho

No § 1º do art. 334, com redação determinada pela Lei n. 4.729/65, determina-se a aplicação das mesmas penas previstas para o contrabando e descaminho: “a) prática de navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; c) 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; d) 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”.

5.1 Prática de navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei

A *navegação de cabotagem* circunscreve-se ao território nacional e tem como objetivo a comunicação e o comércio entre os portos do País, abrangendo os rios que correm em seu território, sendo privativa dos navios nacionais. A Lei n. 9.432/97 encarregou-se de defini-la como a “navegação realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores” (art. 2º, IX),

complementando a norma penal em branco contida no Código Penal.

5.2 Prática de fato assemelhado, em lei especial, a contrabando ou descaminho

A concepção de fato *assemelhado* a "contrabando ou descaminho" não se confunde com seu sentido vernacular, simplesmente, mas se refere a fatos que *juridicamente* são tratados similarmente a contrabando ou descaminho. Regis Prado enfatiza esse aspecto, em outros termos, com irreparável precisão: "o alcance normativo refere-se a outros fatos que normas especiais equiparam a contrabando". Os exemplos sugeridos pela doutrina multiplicam-se: é a equiparação feita pelo Decreto-lei n. 288/67, "em relação às mercadorias saídas da Zona Franca"; ou pela Lei n. 4.907/65, que equipara a contrabandista "o transportador ou responsável pela violação dos elementos de segurança do cofre de carga". Merece ser destacado que nenhum dos diplomas legais mencionados (Decreto-lei n. 288/67 e Lei n. 4.907/65) comina a respectiva sanção penal, limitando-se a *equipararem* as ações incriminadas a contrabando ou descaminho, assumindo a condição de *leis complementadoras* da *norma penal em branco*; caso contrário, isto é, se cominassem as respectivas sanções penais, seria impossível adequarem-se ao dispositivo *sub examen*, e constituiriam *leis especiais*, que deveriam ser aplicadas autonomamente.

No art. 334, em sua redação original, no seu § 1º, constava somente a previsão de (a) *prática de navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei*, e (b) *prática de fato assemelhado, em lei especial, a contrabando ou descaminho.* No entanto, a Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, que definia "o crime de sonegação fiscal", no seu art. 5º alterou o art. 334 do CP, acrescentou outros crimes equiparados a contrabando ou descaminho (alíneas *c* e *d*) no seu § 1º, e, no § 2º, ampliou, em razão deles, o conceito de atividade comercial. Finalmente, a Lei n. 4.729/65 transformou o antigo § 2º em § 3º, no qual consta a majorante pelo contrabando operar via transporte aéreo.

5.3 Uso comercial ou industrial de mercadoria importada, clandestina ou fraudulentamente, ou que sabe ser produto de contrabando ou descaminho

O objeto material dessas condutas é a *mercadoria estrangeira*

introduzida clandestina ou fraudulentamente no País. *Introdução clandestina* é o ingresso de mercadoria estrangeira sem passar pela alfândega; importação *fraudulenta*, por sua vez, refere-se ao *descaminho* praticado pelo agente via alfândega. Trata-se, nessa hipótese, de *crime próprio*, pois pressupõe que o sujeito ativo seja *comerciante* ou *industrialista* ao exigir que as condutas criminalizadas sejam praticadas "no exercício de atividade comercial ou industrial". "No exercício de atividade comercial ou industrial" exige *habitualidade*, visto que é impossível "exercer" qualquer atividade representada por ato único.

5.3.1 Vendedores ambulantes: possíveis sujeitos ativos

O legislador não deixou dúvida quanto à *natureza* das atividades, "comercial e industrial", ao ampliar os seus conceitos no § 2º determinando que "*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*". Essa previsão legal tem endereço certo: nessa *ampliação* da "atividade comercial" contida no parágrafo referido, o legislador equiparou o *vendedor ambulante*, camelôs ou os popularmente conhecidos como "muambeiros do Paraguai" ao comerciante regularmente estabelecido. A consequência atinge em cheio os ambulantes: impede que estes, mesmo não sendo comerciantes regularmente estabelecidos, não podem beneficiar-se com interpretações benéficas e restritivas, por não serem comerciantes e tampouco exercerem a atividade comercial, nos termos da lei. Respondem, igualmente, bastando que o façam com a *habitualidade* requerida pelo verbo "exercer", como adverte Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 567): "abrangendo não só aqueles que exercem atividade comercial pública sem a devida autorização legal, como também aqueles que praticam tal atividade furtivamente, inclusive em residências, para não serem localizados pelos agentes do poder público".

Nesse sentido, a despeito da abrangência do § 2º, não alcança qualquer pessoa que, eventualmente, *adquire*, em sua residência, mercadoria de procedência estrangeira irregular ou clandestina, nos termos previstos na alínea *c* do § 1º. Com efeito, pretende-se punir aquele que, com *habitualidade*, exerce o *comércio*, como diz a lei, mesmo clandestino ou irregular.

5.3.2 Conflito aparente de normas

A primeira parte descrita na alínea *c* refere-se ao *proveito* conseguido pelo agente com o contrabando ou descaminho que praticou; nessa hipótese, o sujeito ativo responde unicamente pelo crime descrito do art. 334, § 1º, *c*, afastada a incidência cumulativa do *caput* pela aplicação também cumulativa dos *princípios da especialidade* e da *consunção* (o primeiro porque a previsão do parágrafo é especial em relação ao *caput*; o segundo, porque se trata efetivamente de progressão criminosa, começando com a importação igualmente criminosa, e prossegue com o aproveitamento do produto obtido. Na segunda parte da mesma alínea *c*, o *contrabando* ou *descaminho* não é praticado pelo agente, que, no entanto, *sabe* que se trata de mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente ou importada fraudulentamente. Essa previsão legal configura uma modalidade *especial de receptação*, tratada, no entanto, como contrabando ou descaminho; afasta, consequentemente, pelo mesmo *princípio da especialidade*, a previsão do art. 180 do CP.

5.4 Elemento normativo: no exercício de atividade comercial ou industrial

O desejo de ser mais drástico e mais abrangente, por vezes, pode, ao mesmo tempo, tornar a previsão legal mais restritiva. Foi o que ocorreu, nesse caso, pois nada impede que o agente pratique qualquer das condutas elencadas nas duas alíneas, sem fazê-lo, no entanto, "no exercício de atividade comercial ou industrial", regular ou irregular. Tais condutas não se amoldariam, dessa forma, à figura de contrabando ou descaminho equiparado, tornando-se, por consequência, figura atípica. Na verdade, no § 2º do art. 334, o legislador traz uma figura de equiparação — *qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras* —, ampliando a abrangência dos crimes próprios contidos nas alíneas *c* e *d* do mencionado § 1º. Incorpora, assim, ao conceito de *atividade comercial* "qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência". A pretensão do legislador foi, inquestionavelmente, alargar a incidência do *contrabando* ou *descaminho* equiparado em relação às atividades comerciais de compra, venda, depósito ou ocultação de mercadorias de procedência estrangeira introduzida clandestina ou fraudulentamente no País ou com documentação irregular, realizadas não

apenas em comércio regular, mas também em qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. Com essa previsão, naqueles *crimes próprios*, que exigem a condição especial de ser *comerciante ou industrial*, alarga-se o tipo para admitir, como sujeito ativo, também aquele que pratica *comércio irregular* e até *clandestino*.

Contudo, constata-se, mais uma vez, um lapso do legislador, que, ao ampliar a abrangência desse *crime próprio*, esqueceu-se de incluir quem exerce atividade *industrial irregular ou clandestina*, como fizera em relação à *atividade comercial* (§ 2º). Assim, quem praticar qualquer das condutas descritas no § 1º, *c* ou *d*, mas *no exercício de atividade industrial*, em caráter irregular ou clandestino, não incorrerá nas sanções do contrabando ou descaminho equiparado ora *sub examen*; assim, se o agente praticar qualquer das condutas contidas nas duas alíneas referidas, no exercício de atividade industrial, em caráter irregular ou clandestino, sua atividade será atípica. Mas a previsão legal das alíneas, tal como é, limita-se ao *exercício de atividade comercial ou industrial* (a atividade comercial, mesmo irregular ou clandestina, e a industrial, regular); fora dessa hipótese, ou seja, quando o agente não se encontrar no exercício dessas atividades, as mesmas condutas não se tipificarão.

5.5 Receptação de produto de contrabando ou descaminho

Essas ações, enfim, seriam normalmente puníveis como o crime de *receptação*, previsto lá no Título "Dos crimes contra o patrimônio", pois *pressupõem* a introdução ilegal de mercadoria estrangeira no País, quer com *documentos falsos* quer *sem documentação legal*. Ademais, referidas ações devem ser praticadas *no exercício de atividades comerciais ou industriais*, em proveito próprio ou de outrem. Há, com efeito, um *conflito aparente de normas* com o disposto no art. 181, § 1º, do CP, que deve, naturalmente, ser afastado pelo *princípio da especialidade*.

6 Contrabando e descaminho: distinção fática e semelhança jurídica

Contrabando e *descaminho* são coisas absolutamente distintas, embora o Código Penal os trate como se fossem idênticas. Com efeito, *contrabando* é a importação ou exportação de *mercadoria proibida* (relativa ou

absolutamente). *Descaminho*, por sua vez, é a importação ou exportação de *mercadorias permitidas* que o agente *omite* (evita ou burla, na alfândega, o recolhimento dos direitos e impostos devidos — entrada, saída ou consumo). O *contrabando* atenta, teoricamente, contra a moral, saúde, higiene, segurança pública etc.; enquanto o *descaminho* viola as *obrigações aduaneiras* (tributos aduaneiros). Constata-se, enfim, que o Código que equiparou institutos que têm conteúdos distintos, tutela bens jurídicos diversos e que têm objetos materiais e significados igualmente diferentes, mas que, por *opção políticocriminal*, produzem as mesmas consequências jurídicopenais. Por isso, é dessa forma que se deve abordar *contrabando* (importação ou exportação de mercadoria proibida) e *descaminho* (importação ou exportação de mercadoria permitida, sem o pagamento dos tributos alfandegários). Com efeito, enquanto o *descaminho*, na essência, constitui uma *violação fiscal*, típica da relação fiscocontribuinte, o *contrabando*, configurando entrada ou saída de mercadoria proibida, não contém qualquer natureza fiscal-tributária, ou, em outros termos, a importação ou exportação de *mercadoria proibida* constitui um fato ilícito, e não a violação de uma norma geradora de tributos.

Tais modalidades distinguem-se precisamente porque, enquanto no "descaminho" a omissão ao pagamento dos *tributos aduaneiros* é, na essência, *crime de sonegação fiscal*, "*lato sensu*", um *ilícito de natureza tributária*, pois atenta diretamente contra o *erário público*, no "contrabando" propriamente dito a exportação ou importação de determinada *mercadoria proibida* não se enquadra entre os delitos de natureza tributária. Ou seja, "proibida a exportação ou a importação de determinada mercadoria, o seu ingresso ou sua saída das fronteiras nacionais configuram *um fato ilícito* e não um ato gerador de tributos" (Márcia Dometilla L. de Carvalho, *Crimes de contrabando e descaminho*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 4).

6.1 Distinção entre contrabando ou descaminho e crimes contra a ordem tributária

Com efeito, com o crime de *descaminho* deixa-se de recolher *todos os tributos* que lhe são inerentes, tais como o *imposto de importação* e *exportação* (II e IE); o *imposto de produtos industrializado*s (IPI) — substituto do antigo imposto de consumo —, pois, via de regra, o objeto material do descaminho é produto industrializado; e o *imposto sobre a*

circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Constata-se que o *descaminho*, a despeito de implicar, direta e simultaneamente, "sonegação" automática de inúmeros impostos, é tipificado e classificado como *crime contra a Administração Pública*, por opção políticocriminal do legislador, e não como *crime contra a ordem tributária*, que, tecnicamente, não constituiria nenhum disparate se houvesse opção legislativa em atribuir-lhe essa natureza. Em sentido semelhante, embora com argumentação um pouco distinta, reforça nosso entendimento o magistério de Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 561-2): "Os postos aduaneiros, conhecidos também por barreiras alfandegárias, fiscalizam o cumprimento das obrigações fiscais daqueles que exercem atividades econômicas entre dois ou mais países, de forma que a fraude do descaminho, *visando ao não recolhimento do tributo* (grifo acrescentado), bem como a prática do contrabando, se fazem por rotas desviantes de tais barreiras, utilizando-se muitas vezes os criminosos de barcos, aviões e caminhões para passar com os produtos por rios, campos de pouso e estradas não fiscalizadas".

No entanto, tratando-se de *descaminho* ou *contrabando*, emoldurado como está no art. 334, *tal norma é especial* em relação às outras existentes na seara de infrações contra a ordem tributária, pois o que define sua *especialidade* é a natureza do *bem jurídico tutelado — contra a Administração Pública —*, dispensando-lhe *tratamento especial* (diferente, peculiar, específico) em relação aos demais *crimes fazendários*, que são regulados por leis genéricas da Ordem Tributária. Realmente, o fato de serem *leis extravagantes* não se lhes acrescenta, por si só, a qualidade de "especial" em relação à norma codificada; pelo contrário, significa tão somente que se trata de *normas complementares*, a exemplo de milhares de outras, de todos conhecidas, que denunciam não mais que a *incapacidade*, no mundo globalizado, de o Código Penal abranger todas as condutas ilícitas, nas mais diversas áreas da atividade humana.

Havendo, contudo, lei específica disciplinando diferentemente a importação ou exportação de "mercadoria proibida", isto é, de contrabando *stricto sensu*, como ocorre, por exemplo, com o *tráfico ilícito de entorpecentes*, disciplinado pela Lei n. 11.343/2006, esta prevalecerá sobre a norma do art. 334 do Código Penal. Na verdade, a própria lei penal, por vezes, proíbe a importação ou exportação de determinados objetos ou de certas "mercadorias", configurando, também nessas hipóteses, *crime autônomo*, distinto do contrabando ora *sub examen*, como ocorre, por

exemplo, com a importação ou exportação de “escrito ou objeto obsceno” (art. 234) ou “moeda falsa” (art. 289, § 1º), ficando afastado o tradicional crime de contrabando, pela aplicação do *princípio da especialidade*.

7 Aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 no crime de descaminho

A Lei n. 4.729/65, em seu art. 2º, dispunha que: “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”. Sob essa ótica, a possibilidade de o pagamento do tributo extinguir a punibilidade dos crimes de sonegação fiscal exigia que o recolhimento teria de ser prévio à instauração da ação fiscal, o que, na prática, a inviabilizava, pois deveria, basicamente, coincidir com a descoberta formal da sonegação.

O conhecido Decreto-lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967, em seu art. 18, passou a assegurar a “extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo” dos crimes previstos na Lei n. 4.729/65 se, “mesmo iniciada a ação fiscal”, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com o Decreto-lei n. 62/66, ou depositar os respectivos valores antes do julgamento do referido processo (art. 18). Em seu § 2º foi mais longe determinando a “extinção da punibilidade” quando se tratar de “imputação penal de natureza diversa da Lei n. 4.729/65”, *desde que o pagamento do tributo devido* — nos termos do *caput* do art. 18 — ocorra antes de iniciada “a ação penal”. Esse diploma legal, na verdade, como afirma Andrei Zenkner Schmidt (Andrei Schmidt, *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 86), “ampliou a possibilidade de o pagamento ocorrer logo após o julgamento da autoridade administrativa de primeira instância. Tal regra propiciava que o contribuinte só efetuasse o pagamento após exercitar, pelo menos em primeiro grau administrativo, a sua defesa técnica, flexibilizando-se, assim, as possibilidades de exclusão da punibilidade”.

O Decreto-lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967, por sua vez, equiparou ao *descaminho* — que definiu como “contrabando” — a saída de mercadorias da *Zona Franca de Manaus*, “sem autorização legal expedida pelas autoridades competentes”, ou seja, sem o pagamento dos tributos quando o valor ultrapassar a cota que cada viajante pode trazer livremente,

nos seguintes termos: “Será considerada contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes” (art. 39). Essa equiparação a “contrabando” de saída de mercadorias da Zona Franca, sem autorização legal, levou o Supremo Tribunal Federal, orientado pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, a *estender a extinção da punibilidade* pelo pagamento do tributo devido ao crime de contrabando ou descaminho, editando a Súmula 560, com o seguinte enunciado: “A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-lei n. 157/67”.

O legislador brasileiro, no entanto, sempre ávido e diligente na busca de meios eficazes de “rechear as Arcas do Tesouro” — para usar uma expressão de Basileu Garcia —, não concebendo o “pagamento do tributo de descaminho” como *fonte próspera de arrecadação*, proibiu, através da Lei n. 6.910/81, que o pagamento do tributo extinga *a punibilidade do crime de contrabando ou descaminho*, nos termos previstos pela Lei n. 4.729 e Decreto-lei n. 157/67, impedindo a aplicação da Súmula 560 do STF antes citada.

No entanto, posteriormente, o art. 14 da Lei n. 8.137/90, na sua redação original, ampliou a exclusão da punibilidade, possibilitando, pela vez primeira, o pagamento do tributo sonegado até o recebimento da denúncia na ação penal, nos seguintes termos: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”, que também acabou sendo revogada pela Lei n. 8.383/91 (art. 98). No ano de 1995, porém, a Lei n. 9.249 recriou a possibilidade de exclusão da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que promovido antes do recebimento da denúncia: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

7.1 Extinção da punibilidade do descaminho pelo pagamento do tributo devido

Analisando, com muita propriedade, todo esse aparato legislativo, além

de outras leis (igualmente de natureza tributária), Andrei Schmidt (*Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*, p. 88) conclui: "Conjugando-se todo este emaranhado legislativo chegamos a uma primeira conclusão — não definitiva, frise-se — a respeito do tratamento desta modalidade de exclusão da punibilidade para os delitos de sonegação fiscal. Considerando-se que diversas são as modalidades de tributos e contribuições sociais, bem como o fato de as contribuições previdenciárias terem recebido um tratamento diferenciado no Código Penal, pode-se afirmar o seguinte: a) o pagamento de qualquer tributo sonegado (menos a contribuição previdenciária) exclui a punibilidade se realizado antes do recebimento da denúncia, na forma do art. 34 da Lei n. 9.249/95; b) se o tributo sonegado for a contribuição previdenciária, na modalidade apropriação indébita (art. 168-A), a extinção da punibilidade só ocorre obrigatoriamente se o pagamento for prévio ao início da ação fiscal (art. 168-A, § 2º), sendo discricionária a extinção se precedente ao oferecimento da denúncia (art. 168-A, § 3º, I); c) se o tributo sonegado for a contribuição previdenciária, na modalidade supressão ou redução (art. 337-A), a extinção da punibilidade ocorre obrigatoriamente se a ação fiscal é precedida de confissão e declarações necessárias pelo contribuinte, independentemente do pagamento da exação".

Nesse contexto, a unidade e harmonia do sistema jurídico como um todo recomendam a aplicação do mesmo tratamento a todas as modalidades de *sonegação fiscal* "*lato sensu*". E como afirmamos inicialmente, no *descaminho*, ao contrário do contrabando, há *um ilícito fiscal*, com a omissão ou supressão de tributo, sendo, portanto, perfeitamente possível estender-lhe o benefício insculpido no art. 34 da Lei n. 9.249, como chegou a entender no passado nossa Corte Suprema. Com efeito, a partir de 1970, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, em razão do disposto no art. 18, § 2º, do Decreto-lei n. 157/67 e, principalmente, do Decreto-lei n. 288/67, que a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo também se aplicaria ao crime de *contrabando ou descaminho*, como já destacamos, acabando por sumular esse entendimento de 1976 (Súmula 560), que acabou inviabilizada pela Lei n. 6.910/81.

7.2 Analogia "in bonam partem" e tratamento isonômico

Atualmente, o entendimento jurisprudencial tem sido francamente desfavorável à aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/95 ao crime de

descaminho, ressalvada uma ou outra decisão isolada. No entanto, como enfatiza Andrei Schmidt (*Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*, p. 122), "boa parte dos fundamentos utilizados para negar-se a aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 ao art. 334 do CPB vale-se das mesmas hipóteses à época da edição da Lei n. 6.910/81. De nada vale argumentar, contudo, que esta lei prejudicou a aplicação da Súmula 560 do STF se, em 1995, foi editada a Lei n. 9.249, conferindo novo tratamento à matéria. Assim é que eventual argumentação acerca da aplicação desta lei ao art. 334 do CPB não pode levar em consideração a revogação de uma Súmula ocorrida há mais de 20 anos. A pergunta que se há de fazer, na verdade, é a seguinte: é possível a aplicação da *analogia in bonam partem* entre uma lei extravagante e o Código Penal?". A resposta é, evidentemente, afirmativa, posto não existir razão alguma, lógica, política ou jurídica, para afastar essa espécie de analogia pelo simples fato de tratar-se de diplomas legais codificados e não codificados, especialmente num país como o nosso, em que viceja, diariamente, quantidade insuportável de novas leis, disciplinando contraditoriamente as mesmas áreas de diversas matérias, ou diversas matérias das mesmas áreas e vice-versa. São equivocados, como observa Andrei Schmidt, os argumentos que partem da ideia de que a diversidade de bens impediria a *analogia*, pois esse aspecto, por si só, não poderia impedir a colmatação da lacuna legal, mesmo porque o sistema tributário encontra-se inserto nos crimes contra a administração, como ocorre com as previsões dos arts. 168-A, 337-A e do próprio art. 334 (que disciplina o contrabando ou descaminho), que tratam, ainda que *lato sensu*, de crime de sonegação fiscal.

7.2.1 Irrelevância da diversidade de bens jurídicos

Enfim, o argumento da *diferença de bens jurídicos protegidos* é absolutamente inconsistente, pois, como demonstramos em tópicos anteriores deste capítulo — na *essência* — a criminalização do *descaminho* objetiva tutelar, "acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do *erário público*, diretamente atingido pela *evasão de renda* resultante dessas operações clandestinas ou fraudulentas". Com isso, fazemos coro com a conclusão de Andrei Schmidt (*Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*, p. 122-3): "trata-se, pois, de norma que regula a sonegação fiscal de tributos devidos na importação de mercadorias de acesso permitido em nosso País, ao contrário do contrabando, onde a

mercadoria é proibida. Assim, trata-se de modalidade específica de sonegação fiscal, que afasta a incidência da Lei n. 8.137/90 pela simples razão de haver norma especial a respeito do assunto (art. 334 do CPB)".

Concluindo, como o crime de *descaminho* viola, de modo geral, o *sistema tributário nacional*, não há razão alguma, voltamos a repetir, para impedir a aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95, como forma de restabelecer o *princípio da isonomia* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito), assegurando-se a aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 a todos os crimes fiscais, inclusive ao descaminho (Rui Stoco et al., *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 2115).

8 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo do contrabando ou descaminho é constituído pelo dolo, consistente na vontade livre e consciente de importar ou exportar mercadoria proibida, ou de *iludir*, total ou parcialmente, o pagamento de direito ou tributo devido. Nenhuma outra conduta é exigida na hipótese de *descaminho*, sendo suficiente para caracterizar a conduta descrita no tipo penal que não se declare, na alfândega, a mercadoria excedente à cota permitida, consciente de que ultrapassa o valor permitido.

Tanto no *contrabando* quanto no *descaminho* é desnecessário qualquer *elemento subjetivo especial do injusto*, sendo irrelevante, para sua configuração, a presença ou ausência de alguma motivação especial. No entanto, as *figuras equiparadas* constantes das alíneas *c* e *d* do § 1º exigem a presença dos elementos subjetivos do tipo, "em proveito próprio ou alheio", bem como o *conhecimento*, pelo sujeito ativo, da introdução clandestina ou da falsidade documental.

8.1 Erro de tipo: escusável ou inescusável

No crime de *contrabando*, se o agente ignora que se trata de "mercadoria proibida", *erra* sobre um elemento constitutivo do tipo que, por isso mesmo, não é abrangido completamente pelo dolo; logo, incorre em *erro de tipo*, que exclui o *dolo*, e, como não há previsão de *modalidade culposa* para o crime de contrabando, o fato torna-se *atípico*. No entanto, se um indivíduo, vindo do exterior, "porta" (importa) determinada quantidade de haxixe, *imaginando que não seja proibido*, porque, por exemplo, é liberado

em determinados países europeus, incorre em *erro de proibição*. Contudo, deve-se fazer um segundo julgamento, isto é, uma segunda avaliação sobre a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* de dito *erro*, ou seja, se referido erro é *escusável* ou *inescusável*. Se, por exemplo, referido indivíduo for um holandês ou sueco, em cujos países o uso, consumo e transporte de haxixe ou maconha é permitido, o *erro* pode ser *justificável*, ou, no mínimo, sustentável; no entanto, se tal indivíduo for um brasileiro, ou outro qualquer, em cujo país de origem não tenha a mesma liberalidade, o *erro é injustificável* e, portanto, não pode ser escusado, devendo responder pelo *crime de tráfico de entorpecentes*, normalmente.

9 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *contrabando* quando a mercadoria proibida ingressa no País (importação), ou quando ultrapassa a zona alfandegária, deixando o território nacional (exportação). Nesse momento, está consumado o crime de contrabando. O *descaminho*, via aduana, consuma-se com a liberação da mercadoria, sem o pagamento do tributo devido; se, no entanto, a entrada ou saída da mercadoria ocorre em local distinto da aduana, o crime se consuma com a entrada da mercadoria no País, ou com sua saída do território nacional. Se o sujeito ativo usar de algum ardil para liberar a mercadoria, iludindo os fiscais, consuma-se o crime no momento em que retomar a posse da mercadoria sem o correspondente pagamento devido. De qualquer sorte, tanto o *contrabando* quanto o *descaminho*, quando realizados regularmente através da alfândega, somente com a liberação da mercadoria e entrega ao destinatário poder-se-á ter como consumada a importação ou exportação.

A tentativa é teoricamente admissível, pois é perfeitamente possível fracionar o *iter criminis* tanto do contrabando quanto do descaminho. Em termos bem esquemáticos, é perfeitamente possível *tentar* importar ou exportar mercadoria proibida, ou *tentar liberar* mercadorias permitidas sem pagar as correspondentes obrigações alfandegárias, sendo inviabilizada por circunstâncias alheias à vontade do agente. No entanto, não nos parece possível reconhecer a *tentativa* de contrabando ou descaminho quando a mercadoria é apreendida na aduana, mesmo antes de transpor as barreiras alfandegárias. Poder-se-á estar, inclusive, diante de um crime impossível, dependendo das circunstâncias, ou, ainda, de meros atos preparatórios.

Acreditamos que confisco e multa, no plano administrativo, resolvem satisfatoriamente a infração fiscal.

10 Figura majorada: contrabando em transporte aéreo

Aplica-se a pena em dobro quando o contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo (§ 3º). Teoricamente, a justificativa para essa majorante é a maior dificuldade de controle do transporte aéreo de mercadorias feito por essa via. Evidentemente que o legislador quando editou essa majorante, por certo, a estava destinando à importação ou exportação clandestina, sem controle alfandegário. Em situações como essas, efetivamente o combate ao contrabando ou descaminho fica enormemente dificultado, sendo razoável que se procure cominar-lhe sanção penal mais rigorosa.

Contudo, a mesma racionalidade interpretativa leva à conclusão de que tal majorante é inaplicável quando o contrabando ou descaminho ocorre através dos chamados voos regulares ou de aviões de carreira, que são objetos de fiscalização alfandegária permanente. Esse entendimento é reforçado pelo de Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 568): "No entanto, a majorante só alcança os delitos perpetrados em aeronaves clandestinas, já que os voos regulares, de carreira, não são incluídos aqui, posto serem objeto de fiscalização alfandegária permanente". Estamos, pois, de pleno acordo.

11 Descaminho: limite fiscal e princípio da insignificância

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "O ingresso irregular de mercadorias estrangeiras em *quantidade ínfima* por pessoas excluídas do mercado de trabalho que se dedicam ao 'comércio formiga' não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância". Esse entendimento adotado pelo STJ, com absoluto acerto, diga-se de passagem, parte do velho adágio latino *minima non curat praetor*. A tipicidade penal exige a ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o *injusto típico*. Segundo esse princípio, é imperativa a *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal.* Frequentemente, *condutas* que se

amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista *formal*, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a *tipicidade penal* porque em verdade o bem jurídico não chega a ser lesado.

Ante o exposto, não será, por certo, a introdução de qualquer quantidade de mercadoria, sem o correspondente pagamento dos tributos alfandegários, que tipificará uma infração penal, se não apresentar real "relevância material", pois não estará lesando o bem jurídico tutelado. Em matéria tributária, a própria Receita Federal oferece os parâmetros para o critério da insignificância, quando, por exemplo, fixa um valor mínimo como piso para justificar a execução fiscal ou a própria inscrição em dívida ativa. Sobre a figura típica do descaminho, ainda releva notar o tratamento tributário aplicado à bagagem, cujos bens abrangidos por este conceito não estão sujeitos à incidência de impostos (Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados). Portanto, é atípica a introdução de mercadorias estrangeiras em quantidade ou qualidade submetidas ao limite de *isenção tributária* fixado pelo regulamento fazendário específico.

12 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de um a quatro anos. Para a forma majorada, que alguns doutrinadores falam em figura *qualificada* (embora não apresente novos limites mínimo e máximo da pena cominada), a pena aplica-se *em dobro*.

A ação penal, como em todos os crimes contra a Administração Pública, é de natureza *pública incondicionada*, e é da competência da Justiça Federal, porque o imposto a ser recolhido destina-se à União, afora o fato de que, na maioria das vezes, tais ocorrências acontecem em região alfandegária, com a fiscalização de agentes federais. Nesse sentido, ademais, consta da Súmula 151: "*A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens*".

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- *Súmula 151 do STJ: "A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens".*

“Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, sendo capaz de tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo. No cenário dos autos, não parece razoável concluir, com base em dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida. *Habeas corpus* concedido de ofício para cassar o título judicial condenatório formado contra o réu” (STF, RE 550761/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 27-11-2007).

“Na medida em que ninguém discorda que o princípio da insignificância interfere com a tipicidade material é evidente que apenas a inexpressividade do prejuízo ou dano deve interessar para fins de reconhecimento ou não do crime de bagatela, abstraindo-se de discussão outras circunstâncias (personalidade do agente, antecedentes, habitualidade ou continuidade delituosa, índice de culpabilidade, etc.). Mercadorias descaminhadas (cigarros) no valor total de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), sobre os quais incidiria a carga fiscal. Insignificância. Portaria n. 49, de 1º de abril de 2004, do Ministro da Fazenda, autorizando: (1º) a não inscrição como dívida ativa da União de débitos com a Fazenda Nacional de valor até R$ 1.000,00 e (2º) o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos até R$ 10.000,00. *In casu*, que havendo o concurso de três agentes, o valor das mercadorias ilegalmente internadas — para fins de aplicação do princípio da insignificância — deve ser considerado individualmente, ou seja, no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada um” (TRF-3ª Região, RESE 2003.61.24.001568-1, Rel. Johonsom Di Salvo, j. 6-11-2007).

“Se o valor dos produtos que o agente introduziu no País é inferior a US$ 300,00 (trezentos dólares americanos), a conduta é atípica, porquanto respeitada a cota de isenção do pagamento do II e do IPI, fixada no art. 155, inciso III, alínea *b*, do Decreto n. 4.543/2002 e no art. 6º, inciso III, alínea *b*, da IN/SRF n. 117/98, alterado pela IN/SRF n. 538, de 20-4-2005. Para o reconhecimento do crime de bagatela, deve-se considerar tão somente o valor da afetação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, apresentando-se irrelevantes circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do agente. Precedentes do STF, STJ e 4ª Seção do TRF4R” (TRF-4ª Região, RESE 2007.71.17.000753-3, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 27-6-2007).

“Constatado o pronto pagamento do tributo, antes mesmo da lavratura do auto de infração se, para alguns, não se faz possível falar-se em extinção de punibilidade em delitos previstos no art. 334 do Código Penal, não se faz possível afirmar a ocorrência de dolo ou dolo eventual. Levando-se em consideração a objetividade jurídica do tipo penal relativo ao descaminho, não seria absurda a aplicação da analogia *in bonam partem* da norma prevista no art. 34 da Lei 9.249/95. Precedentes jurisprudências” (TRF-3ª Região, Apelação 2002.61.04.011139-6/SP, Rel. Luiz Stefanini, j. 6-3-2007).

“O simples fato de a mercadoria importada não apontar, no rótulo, seu país de origem, não configura a conduta prevista no artigo 334, *caput*, do Código Penal” (TRF-3ª Região, RESE 1999.61.04.004032-7, Rel. Cotrim Guimarães, j. 5-12-2006).

“Simples Laudo de Homologação de Termo de Guarda Fiscal não é instrumento apto a demonstrar a procedência estrangeira dos produtos internados. Isto porque se mostra necessário o laudo técnico-científico que deve descrever o material apreendido, com exame da sua procedência estrangeira, o que, contudo, não é feito pelo Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, elaborado por agentes da Secretaria da Receita Federal. Materialidade do delito de descaminho não demonstrada” (TRF-3ª Região, Apelação 1999.03.99.000040-5/SP, Rel. Suzana Camargo, j. 19-6-2006).

Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência

Art. 335. Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

— Prejudicado este artigo pelo disposto nos arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (licitações e contratos da Administração Pública).

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, disciplinou as licitações e os contratos da Administração Pública. Nos arts. 90, 93, 95, 96 e 98 da referida lei foi exaustivamente regulamentada toda a matéria que era objeto de proteção do art. 335 do Código Penal de 1940, encontrando-se, segundo a doutrina mais autorizada, revogado tacitamente, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A *arrematação judicial*, no entanto, que tem objeto jurídico distinto, continua sendo tutelada penalmente pela disposição contida no art. 358 do Código Penal, que será, oportunamente, objeto de nossas considerações. Por essas razões, mantemos, a título meramente informativo, as sintéticas considerações constantes deste nosso *Código Penal comentado*.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa tutelando a regularidade e seriedade das licitações e concorrências públicas. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (licitante ou mesmo qualquer estranho à concorrência ou hasta pública). Não se afasta nem mesmo o funcionário público, diretamente envolvido ou não nos respectivos procedimentos, desde que não ocorra a hipótese descrita no art. 326 do CP.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), e, secundariamente, também são sujeitos passivos os diretamente interessados na licitação.

4 Tipo objetivo: adequação típica

São duas as condutas típicas previstas: a) *impedir* (obstar), *perturbar* (embaraçar) ou *fraudar* (usar artifício, ardil ou qualquer meio enganoso a fim de induzir ou manter alguém em erro) *concorrência* ou *venda em hasta pública*, promovida pela Administração Federal, estadual ou municipal, ou entidade paraestatal; b) *afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante*, por meio de violência (física), grave ameaça (prenúncio de causar mal sério), fraude (artifício ou ardil para induzir ou manter alguém em erro) ou oferecimento de vantagem (de natureza material ou moral).

Salienta-se que afastar o competidor não é apenas ocasionar o seu distanciamento ou ausência para não concorrer ou licitar, senão também a sua abstenção de formular proposta, ou a retirada desta, ou a desistência de fazer lanço, embora presente no local onde se realiza a competição.

4.1 Concorrência ou venda em hasta pública: distinção

Concorrência "é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com antecedência mínima de 30 dias, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular". A *venda em hasta pública* é o leilão.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo consistente na vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas, especialmente na primeira parte do dispositivo. Relativamente à segunda parte, é exigido o *elemento subjetivo especial* de afastar concorrente ou licitante do certame, através de violência,

grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com o *efetivo* impedimento, perturbação ou fraude à concorrência ou à venda em hasta pública; não é necessário que haja o efetivo afastamento do interessado, pois o Código equipara ao afastamento a figura tentada: "afastar ou procurar afastar" o concorrente ou licitante.

A tentativa é admissível apenas na primeira modalidade, pois na segunda, como dissemos, a tentativa é equiparada à consumação. O parágrafo único trata da corrupção passiva (digamos, uma modalidade privilegiada) do concorrente ou licitante, que se consuma com a abstenção da proposta ao lanço, não se admitindo a figura da tentativa.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência (cúmulo material). A ação penal é pública incondicionada.

Inutilização de edital ou de sinal

Art. 336. Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

As legislações mais antigas (poucas) tipificavam a inutilização de edital como contravenção penal, que foi a linha seguida pelos códigos italianos — do século passado e deste —, inspiradores mais próximos da legislação brasileira, sendo destacado por Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 485) o seguinte: "O vigente código italiano (entenda-se o Código

Rocco de 1930), elaborado sob o regime fascista e preocupado em reforçar o princípio de autoridade, contemplou-o apenas como contravenção (art. 664), seguindo, assim, ao anterior direito italiano (cód. *Zanardelli*, art. 446, e Regulamento Toscano de Polícia Punitiva, de 1853, art. 22).

Os Códigos Penais brasileiros anteriores — de 1830 (Imperial) e de 1890 (primeiro republicano) — desconheciam a criminalização em epígrafe. A criminalização relativa à inutilização de sinal, inclusive, constante da segunda parte do art. 336, tem como precedente o Código Penal de Napoleão (1810), que também acabou influenciando vários outros códigos, como o toscano, sardo, e os italianos (Zanardelli e Rocco).

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente o desenvolvimento regular da atividade administrativa, resguardando-a de práticas impuras, desonestas e fraudulentas, desacreditando-a perante a coletividade. Protege-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários nos mais diversos setores, especialmente na seara fiscalizatória. Têm-se em consideração, de um lado, o *edital*, documento público necessário e indispensável à realização de vários atos administrativos, garantidor de publicidade; igualmente, de outro lado, considera-se *selo* e *sinal*, que também são garantias de identidade, inviolabilidade e intangibilidade de determinadas atividades, objetos, valores ou coisas de interesse da Administração Pública.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição alguma; pode, inclusive, ser funcionário público, não se excluindo o próprio encarregado de fixar o edital, selo ou sinal, agindo, nesse caso, com infringência de seu *dever funcional*, prejudicando não só os interesses da Administração Pública, como também de eventual interessado diretamente atingido.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios); secundariamente, o eventual prejudicado diretamente com qualquer das condutas praticadas pelo sujeito ativo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O art. 336 descreve duas condutas típicas em relação ao *edital*: a) *rasgar* (cortar, dilacerar, destroçar) ou, de qualquer forma, *inutilizar* (tornar inútil, imprestável ao fim a que se destina) ou b) *conspurcar* (sujar, manchar, borrar) *edital* afixado por ordem de funcionário público. Ou seja, o *edital* — administrativo ou judicial — deve emanar de funcionário público competente, na forma da lei (o simples vício formal no objeto material é suficiente para afastar a tipicidade da conduta). Referidas condutas podem ser cometidas de qualquer forma e por qualquer meio (rasuras, pichações, cortes, dilacerações etc.), tratando-se, portanto, de crime de forma livre.

São descritas, igualmente, duas condutas em relação a *selo* ou *sinal*: a) *violar* (romper), ou b) *inutilizar* (tornar inútil, ou seja, o mesmo significado adotado em relação a edital, devassar) *selo ou sinal* empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar (individualizar) ou cerrar (lacrar, fechar) qualquer objeto. *Selo* ou *sinal* pode ser de qualquer natureza e assumir qualquer formato: lacre, chumbado, papel, arame etc. É indispensável, no caso de selo ou papel, que tais objetos sejam apostos por determinação legal ou por ordem de funcionário competente.

O objeto material de que se cogita, nesse tipo penal, é *edital, selo* ou *sinal*, que "consiste, comumente (pelo menos), a assinatura, carimbo ou sinete da autoridade competente, se fixa, por meio de cola, tachas, cosedura, lacre, arame etc., em fechaduras, gavetas, portas, janelas, bocas de vasos, frascos, sacos ou caixas, em suma, na abertura de algum continente, para garantia oficial de integridade do respectivo conteúdo" (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 442).

4.1 Local de afixação do edital

Embora a lei não se refira ao local onde possa estar afixado o edital (público ou acessível ao público), deve ser, diz a praxe, "no lugar de costume", porque, sendo afixado em outro local ou em lugar impróprio, não será alcançado pela tutela penal. Não há crime se o *edital, selo* ou *sinal* não tiverem mais utilidade (edital com prazo vencido, objeto já descerrado etc.) ou se estiverem estragados, sem serventia. Poderá haver concurso material do presente delito com crimes de furto (art. 155 do CP), violação de domicílio (art. 150 do CP), entre outros. Admite-se — mais que isso — é

direito do autor do fato, segundo o art. 98, I, da Constituição Federal, a *transação penal*, nos termos da Lei n. 9.099/95, em razão da pena abstratamente cominada — inferior a dois anos.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas nucleares, conhecendo todos os elementos constitutivos que integram a descrição típica, isto é, tendo consciência de que o edital foi fixado, ou que o selo ou sinal foram empregados, por ordem de funcionário público, ou ainda que os dois últimos foram utilizados por determinação legal. Essa consciência representa aquela necessidade de o dolo abranger todos os elementos constitutivos do tipo penal.

Não há, por outro lado, a necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do injusto, e tampouco há previsão de modalidade culposa; assim, resultando de eventual imprudência ou negligência do agente a danificação ou inutilização de edital, selo ou sinal públicos, tais condutas serão atípicas.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *inutilização de edital* ou *de sinal* com a realização de qualquer das condutas incriminadoras, independentemente da produção de outro resultado. Havendo a destruição de mais de um edital, selo ou sinal, poderá configurar qualquer das modalidades de concurso de crimes — material, formal ou de continuidade delitiva, dependendo das demais elementares. No entanto, com a realização simultânea ou sequencial de todas as condutas descritas no tipo, em relação ao mesmo objeto (edital, selo ou sinal), o crime permanece único, por se tratar de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Na conduta de *violar* não é necessário que o sujeito ativo tome conhecimento do conteúdo do material que o *selo* ou o *sinal* protegem, sendo suficiente a ação com essa finalidade; o eventual conhecimento representará apenas o exaurimento do crime sem qualquer consequência a mais.

A *tentativa* é, teoricamente, admissível, sempre que ocorrer fracionamento do seu *iter criminis*, por razões alheias à vontade do agente.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de um mês a um ano, ou multa (resultando daí a imposição constitucional da transação penal, desde que satisfeitos os demais requisitos legais). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 336 do Código Penal. Prescrição. Se desde a data dos fatos até hoje transcorreram mais de dois anos sem que fosse recebida a peça acusatória, há que se reconhecer a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos arts. 107, IV e 109, V, ambos do CP, tendo em vista que a pena máxima *in abstracto* para o crime de inutilização de edital ou sinal é de um ano de detenção" (STJ, HC 74.259/CE, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16-8-2007).

Subtração ou inutilização de livro ou documento

Art. 337. Subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O legislador brasileiro de 1940 inspirou-se no Código Penal italiano de 1930, que adotava, no entanto, uma tipificação mais abrangente (art. 351) que a nossa. Os italianos já contam com a criminalização desse comportamento nos Códigos sardo (art. 298) e Zanardelli (art. 202). A própria natureza subsidiária dessa infração penal foi herdada dessa precedente legislação italiana, na medida em que a legislação brasileira anterior (Código Criminal de 1830 e Código Republicano de 1890) ignoraram a disciplina dessa infração penal.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente o

funcionamento regular da atividade administrativa, resguardando de forma particular a custódia oficial de livros, processos e documentos confiados a funcionário público ou particular em serviço público. Protege-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários nos mais diversos setores, especialmente na seara cartorial-documental, merecedora, por si só, de especial atenção do administrador público.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição alguma; pode, inclusive, ser funcionário público, não se excluindo, inclusive, o próprio funcionário encarregado da custódia do objeto material (livro oficial, processo ou documento), agindo, nesse caso, com infringência de seu *dever funcional*, prejudicando não só os interesses da Administração Pública, como também de eventual interessado diretamente atingido.

Sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), e, secundariamente, o eventual prejudicado diretamente com qualquer das condutas praticadas pelo sujeito ativo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Os núcleos do tipo são os verbos *subtrair* e *inutilizar. Subtrair* (é *retirar*, e tem, mais especificamente, todo o significado traduzido na consideração que fizemos a respeito desse verbo quando examinamos os crimes de *furto* e *roubo* no volume terceiro do nosso *Tratado de Direito Penal*, para onde remetemos o leitor); *inutilizar*, por sua vez, é tornar inútil, imprestável ao fim a que se destina, conforme descrevemos na análise do tipo anterior. Comungamos, quanto à *subtração*, com o magistério de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 358), quando afirma: "a *ocultação* e a *substituição* são subtrações. Em ambas há *tirada* da coisa de seu lugar próprio, numa se impedindo que ela apareça, e noutra substituindo-a, comportamentos posteriores à subtração e que visam antes à eficácia desta". Evidentemente que essa concepção de Noronha é inaplicável aos crimes contra o patrimônio, porque, nestes, como já sustentamos, "subtrair não é a simples retirada da coisa do lugar em que se encontrava; é necessário, *a posteriori*, sujeitá-la ao poder de disposição do agente. A finalidade deste é

dispor da coisa, com *animus* definitivo, para si ou para outrem". Exatamente por não exigir esse *fim especial* de apoderar-se da coisa subtraída, *para si ou para outrem*, próprio dos crimes contra o patrimônio, é que está autorizada aquela interpretação mais abrangente sustentada por Magalhães Noronha a que nos referimos.

4.1 Objeto material: livro oficial, processo ou documento

A *subtração* ou *inutilização* tem como *objeto material* livro oficial, processo ou documento (de natureza pública ou particular) confiado à custódia (guarda legal) de funcionário, em razão de ofício, ou de particular, em serviço público. A *inutilização* pode ser, segundo o texto legal, *total* (completa, abrangente) ou *parcial* (basta que parcela do todo seja inutilizada para satisfazer a vontade do legislador, pois será suficiente para neutralizar ou dificultar a finalidade do objeto material, ainda que parcialmente inutilizado). Neutralizar, total ou parcialmente, equivale, em outros termos, a equiparar a consumação da ação com sua tentativa, pelo menos aquela conhecida como *tentativa perfeita*. *Subtrair*, parcialmente, porém é uma questão mais complicada, considerando-se a natureza dos objetos materiais das condutas incriminadas: livro oficial, processo ou documento. No entanto, deixa claro o desvelo oficial na proteção de ditos objetos, e, admita-se, não será necessário muito esforço para entender que a subtração ou inutilização de *parte* — entenda-se de algumas folhas — será possível como subtração parcial, por exemplo, de livros e processo, sem qualquer afronta ao princípio da tipicidade estrita. Em relação a documento pode ser, eventualmente, um pouco mais complicado. Por exemplo, se dito documento constituir-se de folha única ou de instrumento unitário, ou se, por qualquer razão, for indivisível, não será possível sua subtração parcial; mas isso não chega a ser um problema especial, pois, como é comum na seara jurídica, a casuística merecerá análise e interpretação adequada.

Diferencia-se do crime do art. 305 do CP, porque neste o objeto material é o *documento público ou particular* destinado à prova de uma relação jurídica, atuando o sujeito ativo em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio. Distingue-se também do delito previsto no art. 314 do CP. Neste, o agente é funcionário público que tem guarda do objeto material em razão do cargo. Configura-se o crime descrito no art. 356 do CP se o sujeito ativo é advogado ou procurador, atuando nessa qualidade, observadas as demais *essentialia deliti*.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal, tendo consciência de que se trata de objeto material que se encontra sob a custódia de funcionário público, em razão de ofício, ou de particular, em serviço público. Não há previsão ou necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do tipo, sendo irrelevante, para configurar essa infração penal, a eventual motivação do agente, ressalvada a hipótese de poder configurar crime mais grave.

No entanto, eventual erro sobre a existência da custódia, ou sobre encontrar-se o funcionário no exercício da função, ou o particular em serviço público constitui erro de tipo e, como tal, afasta a tipicidade da conduta, ante a ausência de previsão da modalidade culposa (que torna irrelevante a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do erro, bastando que de erro efetivamente se trate); não é demais recordar que o *erro de tipo evitável* exclui somente o dolo, remanescendo a responsabilidade penal pela modalidade culposa, quando há tal previsão.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a subtração ou inutilização de livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público, sem a necessidade da superveniência de qualquer dano concreto ao interesse penalmente tutelado.

Admite-se a figura da tentativa, em qualquer das modalidades de condutas incriminadas; basta que o sujeito passivo, tendo iniciado qualquer das ações, quer de subtração, quer de inutilização, seja interrompido por causas estranhas ao seu querer.

7 Pena e ação penal

A pena cominada é de reclusão, de dois a cinco anos, se o fato não constituir crime mais grave, tratando-se, por conseguinte, de crime expressamente subsidiário. Assim, sempre que a conduta reprovada apresentar algum elemento distinto que integre figura penal mais grave, encontrando melhor adequação típica, será esse o dispositivo que deverá prevalecer, como, por exemplo, pode ocorrer com a previsão do art. 305 do Código Penal, cuja sanção respectiva é consideravelmente superior. A ação

penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Inutilização de documento (art. 337, CP). A conduta do acusado de atear fogo em talonário de autuação por infração de trânsito, subtraído e inutilizado por terceiro, define-se como *post factum* impunível, mantendo-se a absolvição, com fulcro no art. 386, III, do CPP" (TJRS, Apelação 70015647704, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 13-7-2006).

"Comete o delito previsto no art. 337 do CP o agente que subtrai documentos confiados à custódia de particular em serviço público" (TJRS, Apelação Crime 70006258438, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 12-6-2003).

"Delito de subtração ou inutilização de livro ou documento. Comete este delito, tipificado no art. 337 do Código Penal, acusado que, como parte interessada no juízo cível, dirige-se ao escritório de advogado da parte adversa, solicita ver autos de processo judicial, que, tendo-os em mãos, subtrai, afastando-se rapidamente do local, sem jamais proceder a devolução" (TJRS, Apelação 70000632497, Rel. Carlos Cini Marchionatti, j. 16-6-2000).

Sonegação de contribuição previdenciária

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*.)

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.

— *Caput*, parágrafos e incisos criados pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Trata-se de mais um dispositivo criado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, com o objetivo de fechar o cerco contra a sonegação de tributos no País, particularmente daqueles relacionados à previdência social, a exemplo do art. 168-A, que se refere à apropriação indébita previdenciária. A *contribuição social previdenciária* referida no art. 337-A encontra-se disciplinada nos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.212/91. O "acessório" contido no mesmo dispositivo legal refere-se à multa, à atualização monetária e aos juros legalmente cominados.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido são as fontes de custeio da seguridade social, particularmente os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF) ou, sinteticamente, a seguridade social. Objetiva-se, fundamentalmente, combater a criminalidade contra a *tributação previdenciária* como mais uma medida para fortalecer a *Previdência Social* e, por extensão, a assistência aos desamparados, que constitui verdadeiro direito social assegurado na Constituição Federal de 1988 (art. 6º);

cumulativamente, essa norma penal protege também o patrimônio público da própria Previdência Social, que sofre diretamente o dano decorrente da sonegação fiscal da referida contribuição social previdenciária.

3 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos são comerciante, industrial, titular de firma individual, sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que efetivamente hajam participado da administração da empresa, concorrendo efetivamente para a prática de qualquer das condutas criminalizadas. Não basta constar no contrato social como sócio ou diretor.

Sujeito passivo é o Estado, representado pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que é o órgão encarregado da *seguridade social*.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As contribuições previdenciárias, disciplinadas neste art. 337-A, abrangem as relativas ao *custeio da seguridade social*, nos termos do art. 195 da CF/88, ou seja, a contribuição do segurado empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso e contribuinte individual e facultativo (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.212/91), a contribuição previdenciária a cargo da empresa (art. 22 da Lei n. 8.212/91), a contribuição do empregador doméstico (art. 24 da Lei n. 8.212/91), a contribuição do produtor rural e pescador (art. 25 da Lei n. 8.212/91), a contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos (art. 26 da Lei n. 8.212/91), além de todas as demais contribuições que tenham decorrido da previsão contida no § 4º do art. 195 da Constituição Federal.

As condutas tipificadas são *suprimir* (excluir, eliminar, deixar de pagar) ou *reduzir* (diminuir, descontar ou recolher menos que o devido) *contribuição previdenciária* e qualquer acessório. Qualquer das duas condutas — *suprimir* ou *reduzir* — deve ser conjugada com aquelas descritas nos três incisos do artigo em exame. A impropriedade do legislador deve ser corrigida pela interpretação do aplicador da lei: suprimir deve ser entendido como deixar de pagar ou de recolher a contribuição devida, pois o contribuinte não suprime tributos, não tem essa atribuição, que é exclusiva do legislador.

Contribuição previdenciária é espécie de tributo, subordinando-se, consequentemente, aos mesmos princípios que regem o direito tributário. O

legislador preferiu distinguir em três incisos distintos as modalidades de "supressão" e "redução" de contribuições sociais previdenciárias: *a) omissão em folha de pagamento ou outro documento previdenciário; b)* omissão de lançamentos de outros descontos previdenciários; *c)* omissão de receitas, lucros ou remunerações pagas ou creditadas.

4.1 Omissão em folha de pagamento ou outro documento previdenciário

Omissão (não inclusão) *de segurados* (empregado, empresário, trabalhador avulso ou equiparado ou similar) da folha de pagamento de empresa ou em documento de informações previsto pela legislação previdenciária de todos os segurados ou seus serviços. Dessa *omissão* resulta a sonegação da contribuição previdenciária. O agente deixa de constar da folha de pagamento, da guia de recolhimento ou de documento de informações exigidas pela lei previdenciária (art. 225, IV, do Dec. n. 3.048/99). Essa conduta omissiva, como adverte Regis Prado, assemelha-se à *falsidade ideológica* descrita no art. 299 do Código Penal, dela distinguindo-se porque nessa infração penal a falsidade cometida constitui o meio utilizado para se obter o resultado pretendido, qual seja a supressão ou redução da contribuição previdenciária.

Os elementos normativos contidos no tipo penal, tais como *empregado, segurado, empresa, trabalhador avulso* etc., estão todos na legislação previdenciária (Leis n. 9.983/2000, 8.212/91, e Dec. n. 3.048/99), os quais complementam o dispositivo penal, que constitui norma penal em branco, não havendo necessidade de emitirmos conceituações neste estudo.

O art. 95, *a*, da Lei n. 8.212/91 criminalizava a simples *omissão* na folha de pagamento; agora, exige-se, expressamente, a *supressão* ou *redução* da contribuição devida, causando prejuízo à Previdência Social. Em outros termos, a descrição típica exige a *superveniência de um resultado*, que é representado pela supressão ou redução da contribuição social previdenciária. Trata-se, em realidade, de substancial modificação do antigo art. 95, *a*, da Lei n. 8.212/91, que considerava crime a simples omissão na folha de pagamento, sendo exigível agora a efetiva supressão ou redução da contribuição, constituindo crime de resultado. Nesse sentido, destaca Regis Prado "frise-se, contudo, que o tipo legal faz menção tão somente à omissão em lançar o número correto de segurados na folha de pagamento ou na guia, de forma que a falsidade por omissão, quando o agente insere declaração

falsa, v. g., de que o seu empregado recebe um salário menor do que o devido, encontrará tipicidade no inciso III, que reprime, dentre outras condutas, a omissão referente às remunerações pagas".

4.2 Omissão de lançamentos de outros descontos previdenciários

A conduta descrita no inciso II do art. 337-A consiste na omissão de lançamento nos títulos próprios da contabilidade da empresa dos valores ou quantias descontadas dos segurados ou devidas pelo empregador ou pelo tomador dos serviços. O sujeito ativo *deixa de lançar*, mensalmente, na contabilidade da empresa os valores que descontou dos segurados ou devidos pelo empregador ou tomador de serviços. Dessa forma, *sonega a contribuição devida*; essa omissão equivale à figura descrita no art. 95, *b*, da Lei n. 8.212/91.

A contribuição devida pela empresa vem determinada pelos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.212/91. Tomador de serviços é a empresa que recebe o serviço de outra, que recebe a denominação de cedente, que realiza a função conhecida como terceirização da atividade desempenhada.

4.3 Omissão de receitas, lucros ou remunerações pagas ou creditadas

A supressão ou sonegação, nessa hipótese, produz-se pela omissão de receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas ou demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias. A omissão pode ser total ou parcial. Essa figura equivale àquela anteriormente prevista no art. 95, *c*, da Lei n. 8.212/91.

A natureza tributária das *contribuições previdenciárias*, isto é, das contribuições devidas à seguridade social (art. 195 da CF), pacificou-se na jurisprudência do STF, a partir do voto do Rel. Min. Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 146.733/SP, sendo regidas, portanto, pelas normas tributárias e dentro de seus próprios limites. Em outros termos, toda matéria relativa a contribuições previdenciárias — a exemplo de qualquer norma referente à matéria fiscal — deve adequar-se aos limites formais e substanciais estabelecidos pelo Sistema Tributário Nacional. Dessa forma, as *contribuições previdenciárias* devem ser consideradas como espécies de *contribuições sociais*, submetendo-se, consequentemente, aos princípios gerais do direito tributário, e, por óbvio,

respeitando as suas peculiaridades. Sua regulamentação e disciplina devem observar o *Sistema Tributário Nacional*, regido pela Constituição Federal (arts. 145/162), que vincula a legislação infraconstitucional aos limites estabelecidos relativamente à matéria. Significa, em outros termos, que a liberdade do legislador infraconstitucional em relação às contribuições previdenciárias (normas tributárias) e, por extensão, as penais-tributárias também está vinculada ao texto constitucional.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo geral* é o dolo, representado pela vontade consciente de não pagar à Previdência Social as contribuições devidas, por qualquer das modalidades descritas nos três incisos. Acreditamos ser indispensável o *elemento subjetivo especial do injusto*, representado pelo *especial fim* de fraudar a Previdência Social. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*, p. 1037) adota respeitável entendimento, afirmando: "Cremos haver a exigência, como em todo delito de natureza fiscal, do elemento subjetivo específico, que é a vontade de fraudar a previdência, deixando de pagar a contribuição".

Não há previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de sonegação de contribuição previdenciária, em qualquer de suas modalidades, com a "supressão" ou "redução" efetiva da sonegação, total ou parcial, da contribuição devida. Consuma-se, enfim, no momento em que a guia de informação exigida pelo Decreto n. 3.048/99 é apresentada ao órgão previdenciário com a omissão dos dados necessários apontados pelo legislador.

Embora seja de difícil configuração, passamos a admitir a possibilidade, em tese, de verificar-se a figura tentada.

7 Causas extintivas da punibilidade: com ou sem pagamento

A apropriação indébita e a sonegação de contribuição previdenciária apresentam regimes jurídicos distintos quanto aos *efeitos dos respectivos pagamentos*. Quanto à primeira — *apropriação indébita previdenciária* —, o legislador a disciplinou expressamente (art. 168-A, § 2º), *extinguindo a*

punibilidade; quanto à segunda — *sonegação previdenciária* —, omitiu-se. Ante essa *omissão*, deve-se examinar a aplicabilidade do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95, conforme já vinha admitindo o próprio STF.

7.1 Causa extintiva de punibilidade sem pagamento dos tributos devidos

O § 1º prevê a *extinção da punibilidade*, desde que o agente *declare*, *confesse a dívida* e *preste as informações* devidas à Previdência. Por lacuna no texto legal, não há exigência do pagamento. É inadmissível interpretação extensiva ou analogia *in malam partem*, sendo inviável a invocação do disposto no § 2º do art. 168-A. Assim, segundo o texto legal, nessa infração, o sonegador livra-se da ação penal, sem pagar o débito, somente com a declaração, a confissão da dívida e a prestação das informações devidas, espontaneamente, antes do início da ação fiscal.

Com a edição da Lei n. 9.983/2000, o legislador não foi muito feliz ao estabelecer que, para o crime de "supressão ou redução" de contribuições previdenciárias, o agente deve "confessar" e "declarar", espontaneamente, os valores devidos a título de contribuição previdenciária, *antes do início da ação fiscal* (§ 1º). Contrariando todas as outras disposições semelhantes em matéria tributária, por esse texto legal, para a concessão desse "benefício legal", não é necessário o pagamento do tributo; basta que o agente confesse e declare os valores devidos. Assim, para a extinção da punibilidade penal, na hipótese dessa infração penal, basta que o agente confesse e declare os valores devidos, para que o Estado não possa sequer instaurar a persecução penal.

7.2 Perdão judicial ou aplicação alternativa da pena de multa

O § 2º, a exemplo do art. 168-A, § 3º, cria uma hipótese *sui generis*: perdão judicial ou multa. As hipóteses são *alternativas* (perdão judicial ou pena de multa), mas os requisitos são *cumulativos*. As operadoras do art. 59 deverão recomendar uma ou outra das alternativas.

São necessários os seguintes requisitos: 1) *Primário* (aquele que nunca sofreu qualquer condenação irrecorrível); *réu não reincidente*, na linguagem da Reforma Penal de 1984, é aquele que não é primário, mas já desapareceram os efeitos da reincidência (art. 64, I, do CP); 2) *Bons antecedentes* (quem não tem comprovadamente antecedentes negativos, isto

é, não tem condenação irrecorrível, fora das hipóteses da reincidência); 3) *Pequeno valor da dívida* (o valor do débito *previdenciário* — contribuição e acessórios): não deve ser superior ao mínimo exigido pela própria previdência social para ajuizamento de execução fiscal.

A *exigência do pagamento integral do débito*, após o início da ação fiscal e antes do recebimento da denúncia, *foi vetada* (§ 2º, I). Assim, basta que se trate de *débito de pouca monta* para se justificar o *perdão judicial* ou a pena de *multa*, desde que o agente seja *primário* e detentor de *bons antecedentes*. O veto não afastou o perdão judicial, apenas lhe diminuiu as exigências, ao suprimir a necessidade de pagamento e o respectivo período em que deveria ocorrer. Há necessidade de que o valor do débito *previdenciário* (contribuição e acessórios) não seja superior ao mínimo exigido pela própria previdência social para ajuizamento de execução fiscal. O *perdão judicial*, nos termos postos, é praticamente inócuo, pois se limita a valores ínfimos: desde que não sejam suficientes para justificar sua cobrança judicial (que já foi definido em até 1.000 UFIR — Lei n. 9.441/97, art. 1º). Se o fisco não tem interesse em cobrar judicialmente o crédito tributário, não há, igualmente, fundamento para a imposição de sanções criminais. Prevê a nova lei, assim, o cabimento do *perdão judicial* ou da pena de multa isoladamente. A nosso juízo, em termos tributário-fiscais, configura-se, em sede criminal, o *princípio da insignificância*, excluindo-se a própria tipicidade.

8 Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.349/95: analogia “in bonam partem”

O § 2º criou uma espécie *sui generis* de perdão judicial, ou, se preferirem, uma *extinção de punibilidade discricionária*, desde que — segundo constava do projeto de lei — fossem satisfeitas, para agentes primários e bons antecedentes, duas condições: *I — tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, mesmo que parcelada, 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.*

Previsão legal como essa não apresentaria problema algum, na medida

em que se inseriria no sistema tradicional, a exemplo de outras previsões constantes nas leis tributárias, examinadas no capítulo do crime de contrabando ou descaminho. No entanto, o inciso I do parágrafo citado foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que, basicamente, a redação permitiria o entendimento de que o simples parcelamento já levaria à extinção da punibilidade do crime. A supressão do texto pelo veto presidencial pode levar a duas interpretações, que sintetizamos no seguinte: a) o veto, a despeito da justificativa expressa, foi motivado pela previsão do § 1º, que permite a mesma extinção com a simples confissão e declaração do agente, tornando-se desnecessária e supérflua a condição estabelecida no inciso revogado; b) o pagamento da contribuição previdenciária suprimida ou reduzida — mesmo que integral e antes do recebimento da denúncia — não exclui mais a punibilidade dessa modalidade de crime, pois o agente ou já teria feito uso da faculdade contida no § 1º (confessado e declarado), ou, se não o fez, teria sido alcançado pela preclusão e, portanto, o pagamento posterior não teria efeito extintivo algum.

8.1 Isonomia no tratamento penal tributário

No entanto, não se pode evitar a contextualização sob a égide de um Estado Democrático de Direito, que assegura a isonomia, disciplina o tratamento uniforme do sistema tributário, além de proibir textualmente a instituição de *tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente* (art. 150, II, da CF/88), ressalvadas as hipóteses que a própria Constituição prescrever (v. g., art. 195, § 9º, da CF/88). Uma vez aplicada essa limitação às alterações legislativas em matéria penal-tributária, chegaremos à conclusão de que os limites da exclusão da punibilidade, nos delitos de supressão ou redução de contribuição previdenciária enunciados no art. 337-A do Código Penal, sujeitaram-se a uma incoerência jurídica em face das demais modalidades de sonegação fiscal com a égide da Lei n. 9.983/2000. Ademais, como destaca Andrei Zenkner Schmidt (*Extinção da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*, p. 115), “a grande maioria dos incisos do art. 337-A descrevem condutas idênticas às narradas no art. 1º da Lei n. 8.137/90, caso em que a tipificação legal da conduta depende do tipo de tributo suprimido ou reduzido: se contribuição previdenciária, art. 337-A; demais casos de tributos (incluídas as demais hipóteses de contribuições sociais), art. 1º da Lei n. 8.137/90”. E

conclui Schmidt, com acerto, destacando a grande antinomia gerada pelo veto presidencial, dependendo da natureza do tributo: “havendo supressão ou redução de PIS ou COFINS, p. ex., o autor pode quitar a dívida até o recebimento da denúncia e ver-se livre da ação penal; se a supressão ou redução do tributo disser respeito, contudo, à contribuição previdenciária, este efeito não ocorrerá”.

Por todas essas razões, concluímos, fazendo coro com Andrei Schmidt, sustentando a aplicabilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/95, justificando-se a aplicação da *analogia in bonam partem*: “Nem se afirme, acerca disso, que o veto ao inc. I do § 1º do art. 337-A impossibilitaria esta solução, na medida em que a ‘vontade do legislador’ encontra seu limite na interpretação sistemática e constitucional do ordenamento jurídico, ou seja, pouco importa que as razões do veto tenham sido de expresso impedimento à exclusão da punibilidade com o pagamento da contribuição previdenciária suprimida ou reduzida, já que esta solução iria de encontro à unidade do Sistema Tributário Nacional”. Em síntese, pode-se concluir, não há qualquer impedimento à admissibilidade do reconhecimento da extinção da punibilidade no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/95.

9 Causa de diminuição de pena

O texto legal prevê uma causa especial de diminuição de pena, desde que a sonegação de contribuição previdenciária não tenha sido praticada por intermédio de pessoa jurídica, isto é, quando se trata de contribuinte individual, pessoa física, e a sua folha de pagamento não ultrapasse R$ 1.510,00, pode ser reduzida a pena de um terço até metade ou aplicar-se somente a pena de multa. Para essa hipótese, são irrelevantes a primariedade e os antecedentes do agente. Esse valor será sempre reajustado na mesma data e nos mesmos índices que os benefícios previdenciários receberem reajustes, consoante disposição expressa do § 4º do artigo em exame.

Estando satisfeitos os requisitos legais mencionados, a redução da pena aplicada é impositiva, tratando-se de um direito público subjetivo do acusado, que não pode ser sonegado pelo Judiciário.

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a cinco anos, e multa, com a redução possível da figura privilegiada (§ 3º). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"A confissão da dívida já basta para a invocação da excludente de punibilidade, previsão contida no art. 337-A do Código Penal" (TRF-1ª Região, RESE 2002.41.00.004574-0, Rel. Olindo Menezes, j. 7-8-2007).

"Nos crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária, por serem crimes formais (não exigem para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a previdência, restando caracterizado com a simples supressão ou redução do desconto da contribuição), o não esgotamento da via administrativa não é condição de procedibilidade, existindo, nesse caso, total independência das esferas administrativa e penal" (STJ, HC 49.035/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19-4-2007).

Capítulo II-A - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena — reclusão, de 1(um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias e fundamentos político-

constitucionais

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 4º, IX, contempla, dentre outros princípios de cooperação internacional, o da "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade", admitindo como incluso o interesse da lisura e probidade administrativa nas transações comerciais internacionais. Em 1994, a *United States Information Agency* e a *United States Office of Government* promoveram em Washington D.C. a Primeira Conferência Internacional de Ética Governamental, com representantes dos governos de todos os continentes. Tratou-se de reunião preparatória da Cúpula de Presidentes das Américas, realizada em dezembro do mesmo ano, em Miami. Os governantes presentes nessa Conferência Internacional, denominada "Cúpula de Miami", assumiram o compromisso de combater a *corrupção internacional*. Após algumas reuniões preparatórias e muitas negociações, um projeto inicial foi transformado, em março de 1996, na *Convenção Interamericana contra a Corrupção*, firmada por 22 Estados americanos, cujo objetivo é promover e fortalecer os mecanismos de combate à corrupção, além de promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados na busca desse objetivo. Essa Convenção Interamericana foi fundamental para que, em 1997, fosse firmada em Paris a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais.

A exemplo do que ocorre com o estudo de bens jurídico-penais, que deve partir da Constituição Federal, a partir da adesão do Brasil ao combate da corrupção internacional, deve-se seguir o mesmo caminho em matéria de estudo da corrupção de funcionários estrangeiros. Na verdade, mais do que complementar nossa Carta Magna, a edição da Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, objetivou dar efetividade ao Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulgou a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Com esse novo diploma legal, o legislador brasileiro consagrou mais uma exceção aos postulados da *teoria monística* adotada pelo Código Penal brasileiro, aliás, como já fazia em relação à corrupção ativa e passiva. Assim, o corruptor, autor do fato, em território nacional — brasileiro ou estrangeiro — responde pelo crime descrito no art. 337-B, ao passo que o funcionário público estrangeiro responderá pela corrupção passiva, em seu país, isto é,

onde praticou sua conduta delitiva.

2 Novo crime antecedente ao de lavagem de dinheiro

A Lei n. 10.467/2002 incluiu o oitavo crime como antecedente ao de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98): “VIII — praticado por particular contra a administração pública estrangeira” (arts. 337-B, 337-C e 337-D). A edição desse diploma legal resgata o compromisso internacional assumido pela autoridade brasileira, deslocando os aríetes do direito penal interno para a criminalidade internacional, fora dos domínios da soberania brasileira, bem ao gosto do imperialismo “bushiano”.

3 Bem jurídico protegido

O bem jurídico tutelado, a despeito de o tipo penal encontrar-se topograficamente situado no título que disciplina os crimes contra a Administração Pública, é a boa-fé, a regularidade, a lealdade, a moralidade, a transparência e a equidade do comércio internacional. A infração penal não atinge a Administração Pública brasileira, considerando-se que o funcionário corrupto ou corrompido é estrangeiro, estranho, portanto, à nossa Administração. Por outro lado, o Brasil não tem legitimidade para pretender proteger penal ou civilmente a integridade, moralidade ou dignidade da Administração Pública de outros países. Nenhum país pode avocar o direito de proteger juridicamente a Administração Pública de outro.

Posto isso, enfim, pode-se concluir que esse novo capítulo (II-A), tratando “Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira”, não deveria ter sido incluído no Título XI da Parte Especial do Código Penal, que se ocupa dos “Crimes contra a Administração Pública”; deveria, a rigor, ter recebido um novo título, destinado a disciplinar a criminalidade internacional, no qual poderia ser inserto esse capítulo.

4 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial. O próprio funcionário público nacional que, nessa hipótese, age como cidadão comum, em nome particular, buscando

satisfazer seus interesses pessoais ou de terceiros, tratando-se, pois, de crime comum.

Sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica lesada pela transação comercial realizada com violação da boa-fé, da moralidade e lealdade que devem orientar essas operações; igualmente, a própria coletividade internacional, mediatamente, também sofre as consequências do apodrecimento moral das relações comerciais internacionais, particularmente da Administração Pública.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica, alternativamente prevista, consiste em *prometer* (obrigar-se a dar, comprometer-se a dar vantagem), *oferecer* (apresentar, colocar à disposição) ou *dar* (transferir a propriedade) *vantagem indevida* (de qualquer natureza: material ou moral) a funcionário público, *para determiná-lo a praticar* (realizar), *omitir* (deixar de praticar) *ou retardar* (atrasar) *ato de ofício* (incluído na esfera de competência do funcionário). A *oferta* ou *promessa* ou *doação*, ainda que feitas indiretamente, admitem vários meios de execução. Será indireta a prática de qualquer das condutas quando o agente valer-se de interposta pessoa ou de dissimulação para conseguir seu intento.

É necessário que o corrompido seja funcionário público *estrangeiro*, sob pena de não tipificar essa modalidade do crime de corrupção, independentemente de o corrompido encontrar-se ou não em território nacional. Não configura, contudo, corrupção o oferecimento a funcionário público estrangeiro de pequenos regalos, sem o propósito de corrompê-lo, faltando, além do elemento subjetivo orientador da conduta, idoneidade objetiva da "vantagem", a qual, nessas circunstâncias, não pode ser considerada indevida, que é o objeto material dessa infração penal.

5.1 Ato de ofício relacionado à transação comercial internacional

Se o ato pretendido pelo sujeito passivo não se adequar ao rol daqueles que integram a atribuição do funcionário público estrangeiro corrompido, a conduta não se amolda ao descrito nesse tipo penal. Nada impede que referida conduta possa adequar-se a outro tipo penal, como, por exemplo, tráfico de influência. Não basta, portanto, que se trate de funcionário público estrangeiro: é indispensável que tenha atribuição para praticar ato

relativo a transação comercial internacional, isto é, que se trate de funcionário competente para a prática do ato pretendido pelo corruptor.

Não tipifica essa infração penal se o sujeito ativo promete, oferece ou dá vantagem a funcionário público estrangeiro para livrar-se de *ato ilegal* por este praticado, já que, sendo ilegal, não satisfaz a exigência do elemento normativo *ato de ofício,* ou, então, que o funcionário público corrompido não seja competente para a prática do ato de ofício do qual o agente pretende beneficiar-se.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade consciente de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a funcionário público estrangeiro para praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial estrangeira ou praticá-lo com infringência de dever funcional.

Faz parte desse tipo de injusto uma finalidade transcendente, isto é, exige-se também o *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim* de agir, ou seja, "para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício". Mas esse fim especial, convém que se destaque, deve existir antes de o ato de ofício ser praticado, ou seja, no momento da ação do agente corruptor, contemporâneo à ação realizada, pois, por razões lógicas, e também cronológicas, não há como se exigir ou desejar a prática de um ato que já se tenha realizado.

7 Consumação e tentativa

Prometer e *oferecer* são crimes de mera atividade, consumando-se com a simples promessa ou oferta, desde que chegue ao efetivo conhecimento do funcionário público estrangeiro, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. A tentativa, nessas duas modalidades, somente é admissível na hipótese de promessa e oferta escrita.

Dar, a terceira modalidade de conduta tipificada, configura crime material, exigindo a efetiva concessão da vantagem material ou moral ao funcionário público estrangeiro. Nessa forma de conduta, a tentativa é perfeitamente possível, independentemente do meio utilizado pelo agente.

8 Causa de aumento de pena

Essa majorante não deixa de ser uma forma de punir mais severamente o exaurimento do crime: se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário *retarda* ou *omite* ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. O simples atraso ou retardamento da transação comercial estrangeira ou sua prática com infringência do dever funcional por si sós não caracterizam nem materializam a infração penal ou seu exaurimento. Na realidade, é indispensável uma relação causal entre a ação do agente corruptor e o retardamento ou omissão de ato de ofício ou a infringência do dever funcional, ou seja, é necessário que o suborno seja a causa da conduta do funcionário corrompido, sob pena de consagrar-se autêntica responsabilidade penal objetiva.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de um a oito anos, e multa, exatamente os mesmos limites que eram cominados ao crime de corrupção ativa (art. 333). O parágrafo único prevê a mesma pena do *caput*, acrescida da majoração de um terço. A ação penal é pública incondicionada.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Esse dispositivo segue a orientação adotada pelo legislador que motivou a inclusão do capítulo que criticamos no artigo anterior, pelo que merece que se lhe enderece as mesmas críticas. Não somos contra a tipificação; apenas destacamos a impropriedade de sua topografia legislativa. Como já destacamos, no capítulo anterior, os crimes de *corrupção ativa* e *tráfico de influência em transação comercial internacional* foram incluídos pela Lei n. 10.467/2002, de forma inadequada, no Título XI da Parte Especial do Código Penal, que trata dos "Crimes contra a Administração Pública".

Pela terceira vez, neste mesmo Código, o legislador tipifica uma modalidade de "tráfico de influência": agora — *internacional* —, sinal dos tempos; antes — *nacional* —, praticado por particular contra a Administração Pública em geral (art. 332), e, por fim, contra a Administração da Justiça, na forma de "exploração de prestígio" (art. 357).

2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico tutelado é *a boa-fé*, a regularidade, a lealdade, a moralidade, a transparência e a equidade do comércio internacional. A infração penal não atinge a Administração Pública brasileira, considerando-se que o funcionário corrupto ou corrompido é estrangeiro, estranho, portanto, à nossa Administração. Como destaca Damásio de Jesus, "estamos, na verdade, diante de um novo bem jurídico, a lealdade no comércio internacional, interesse que pertence a todos os países e cuja proteção penal, punindo seus nacionais, cabe a eles próprios, individualmente e por intermédio de suas legislações internas".

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente de qualidade ou condição especial. O próprio funcionário público nacional que, nessa hipótese, age como cidadão comum, em nome particular, buscando satisfazer seus interesses pessoais ou de terceiros; trata-se, pois, de crime comum.

Sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica lesada pela transação comercial realizada com violação da boa-fé, da moralidade e da lealdade que devem orientar essas operações. A própria coletividade internacional, mediatamente, também sofre as consequências do apodrecimento moral das relações comerciais internacionais.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas típicas alternativamente incriminadas são representadas pelo verbo *solicitar* (pedir, rogar, procurar), *exigir* (ordenar que seja pago), *cobrar* (exigir pagamento) ou *obter* (angariar, conseguir, receber, adquirir), para si ou para outrem, *vantagem ou promessa de vantagem*, a pretexto de influir em *ato praticado* por funcionário público estrangeiro no exercício da função. Ou seja, a lei incrimina a bazófia, a gabolice ou jactância de *influir* em servidor público estrangeiro, quando tal prestígio não existe. Esse é o sentido que se pode extrair da locução "a pretexto de influir". Não é necessário que se trate de pessoa determinada ou que dito funcionário seja devidamente identificado e individualizado para o beneficiário-iludido, podendo, inclusive, tratar-se de funcionário incompetente para a prática do ato visado; no entanto, se for identificado o funcionário público, é indispensável que seja estrangeiro, caso contrário não se configurará essa infração penal (poderá ser outra).

4.1 Objeto material: vantagem ou promessa dela

Objeto material é a vantagem ou promessa desta, que pode ser de qualquer natureza (material, moral, sexual), ainda que não patrimonial. A *vantagem* (qualquer proveito ou benefício, de natureza material, moral ou até imaterial) pode ser para o próprio agente ou para terceiro. Assim, pune-se o *tráfico de influência*, ou seja, o comércio ou o negócio de *influência* (poder, ascendência ou predomínio que alguém exerce sobre outrem), capaz de estender-se em cadeia internacional.

4.2 Postular vantagem a pretexto de influir

O sujeito ativo afirma ter *influência* sobre determinado funcionário público estrangeiro e promete usá-la para obter benefício em favor de terceiro, em troca de *vantagem* ou *promessa de vantagem*. É irrelevante que a vantagem seja devida ou indevida. Faz-se necessário que o agente pretexte o exercício de *influência* sobre *ato praticado* por funcionário público, como destaca o tipo penal, e não sobre o *ânimo* deste. Há um ato fraudulento, e, "a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro, no exercício da função", vem a ser o artifício utilizado. É, porém, necessário que o agente se arrogue prestígio junto a funcionário público estrangeiro, pois, caso contrário, o fato não ofende a Administração

Pública internacional, e poderá constituir apenas outra infração penal. Se, no entanto, a pessoa realmente *goza de influência*, e, sem alardeá-la ou proclamá-la, desenvolver atividade junto àquele, não comete o crime em apreço, podendo, entretanto, dependendo das circunstâncias, praticar outro.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, consistente na vontade livre e consciente de solicitar, exigir, cobrar ou obter vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício da função.

É, ainda, indispensável a presença do *elemento subjetivo especial do injusto*, representado pela finalidade de obter, "para si ou para outrem", a vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário estrangeiro. Não há previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a *mera solicitação*, exigência ou cobrança (solicitar, exigir e cobrar) da vantagem ou promessa desta, para *influir* em funcionário público no exercício da função, independentemente de outro resultado, por se tratar de crime de mera atividade. Na modalidade de obter, no entanto, como se trata de crime de resultado, este somente se consuma com o recebimento efetivo da vantagem ou com a promessa concreta de recebê-la. Trata-se, como já referimos no início deste capítulo, de um tipo penal similar àquele descrito no art. 332 (tráfico de influência), dele distinguindo-se somente pelo princípio da especialidade.

A tentativa é admissível, embora de difícil configuração. Na modalidade obter, o crime é material, consumando-se somente com o efetivo recebimento da vantagem pretendida. A tentativa, nessa hipótese, é perfeitamente possível.

7 Causa de aumento de pena

Prevista no parágrafo único, ocorre se o agente alega ou insinua que a vantagem (de natureza moral ou material) também é destinada ao funcionário público. A razão da punição mais severa reside no maior desprestígio causado à Administração Pública, pela alegação de suborno de

um funcionário, representando maior desvalor da ação e do próprio resultado.

Para a configuração dessa causa de aumento é irrelevante que a "pessoa enganada" acredite que a vantagem ou promessa dela destine-se efetivamente ao funcionário público, como alegado pelo sujeito ativo, bastando a alegação ou insinuação pelo autor dessa destinação. Alegar ou insinuar, com efeito, são os verbos utilizados na descrição dessa causa de aumento. Contudo, comprovando-se que a vantagem efetivamente destina-se ao funcionário público, produzir-se-á alteração na tipificação da conduta de todos os envolvidos: estar-se-á, por certo, diante do *crime de corrupção*, em suas formas ativa e passiva, e não mais do tráfico de influência.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. A causa de aumento de pena inserta no parágrafo único comina igual pena, aumentada da metade. A ação penal é pública incondicionada.

9 Conceituação penal de funcionário público ("caput")

Diversamente da conceituação conferida pelo direito administrativo, o direito penal considera *funcionário público* quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. As definições de *cargo*, *emprego* e *função pública* são as mesmas que elencamos quando do exame do conceito de funcionário público à luz do disposto no art. 327 do CP. *Entidades estatais*, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Pública, com poderes políticos, jurídicos e administrativos. Representações diplomáticas integram o corpo diplomático de um país.

10 Equiparação e causa de aumento de pena

Preceitua o parágrafo único que se *equipara a funcionário público estrangeiro* quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais (v. g., ONU, OMS, FMI).

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

— Art. 337-D acrescentado pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002.

D O U T R I N A

1 Conceituação penal de funcionário público (“caput”)

Diversamente da conceituação conferida pelo direito administrativo, o direito penal considera *funcionário público* quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. As definições de *cargo, emprego e função pública* são as mesmas que elencamos quando do exame do conceito de funcionário público à luz do disposto no art. 327 do CP. *Entidades estatais*, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Pública, com poderes políticos, jurídicos e administrativos. Representações diplomáticas integram o corpo diplomático de um país.

2 Equiparação e causa de aumento de pena

Preceitua o parágrafo que se *equipara a funcionário público estrangeiro* quem exerce o cargo, emprego ou função em empresas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais (v. g., ONU, OMS, FMI).

Capítulo III - Dos Crimes contra a Administração da Justiça

Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 338. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nossos dois primeiros Códigos Penais — Criminal do Império de 1830 e o primeiro Penal Republicano de 1890 — desconheceram a figura típica — *reingresso de estrangeiro expulso* — que o legislador brasileiro, buscando inspiração no Código Penal suíço, criou com o Decreto n. 4.247, de 1921, ratificado pela Consolidação das Leis Penais (1932), sendo mantido pelo legislador de 1940.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração da Justiça, especialmente a moralidade e a probidade das decisões jurisdicionais. No entanto, à locução Administração da Justiça deve ser conferida uma abrangência maior para ser entendida em seu sentido teleológico, e não apenas como uma atividade jurisdicional do Estado, isto é, apenas pretendendo proteger a eficácia da decisão expulsória do estrangeiro.

Com efeito, pretende-se proteger a justiça em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo o que a ela se referir, visando a atingir os fins que lhes são inerentes, e não apenas à atividade jurisdicional. Como sustentava Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 361), os crimes aqui considerados são fatos que não atentam apenas contra a instituição da Justiça, mas também contra a função, atingindo-a no seu prestígio e eficácia, atributos que lhe são absolutamente indispensáveis. Tutela-se, enfim, a atuação e o desenvolvimento regular da instituição, protegendo-se contra ações que atentem contra sua atividade, autoridade e moralidade que lhe são inerentes.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é somente o estrangeiro, regularmente expulso do País pela autoridade competente, tratando-se, por conseguinte, de crime de mão própria. Pode o nacional figurar como sujeito ativo por meio do instituto do concurso eventual de pessoas.

Sujeito passivo é o Estado, através de sua Administração Pública, sendo mais especificamente a Administração da Justiça, que é diretamente interessada em preservar o respeito e o cumprimento das decisões dos entes públicos e autoridades públicas.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo é o verbo *reingressar*, que significa entrar novamente, reentrar, ingressar de novo, perfectibilizando-se a conduta típica no exato momento em que o *expulso* reingressa ao território nacional. *Pressuposto* para a configuração do crime em tela é que o estrangeiro tenha sido *regularmente expulso do território nacional*, entendido este em seu conceito jurídico. O conceito de *território nacional*, em sentido jurídico, deve ser entendido como âmbito espacial sujeito ao poder soberano do Estado. O território nacional — efetivo ou real — compreende: a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas territoriais (fluviais, lacustres e marítimas) e o espaço aéreo correspondente. Entende-se, ainda, como sendo território nacional — por extensão ou flutuante — as embarcações e as aeronaves, por força de uma ficção jurídica. Em sentido estrito, território abrange solo (e subsolo) contínuo e com limites reconhecidos, águas interiores, mar territorial (plataforma continental) e respectivo espaço aéreo.

4.1 Só reingressa quem saiu do território

Para configurar o *reingresso*, contudo, não basta que tenha sido *expulso*, sendo necessário que tenha saído do território nacional, pois somente assim se poderá falar em reingresso: expulso o estrangeiro do País, ele reingressa ilicitamente em nosso território, consumando-se de imediato a ação de reingressar (entrar novamente), com a instantaneidade que o verbo nuclear sugere (os seus efeitos, estes sim são permanentes). Assim, a simples permanência do estrangeiro no território nacional, após ter sido expedido o decreto de expulsão, não tipifica o crime *sub examen*.

Não caracteriza o presente delito a conduta do estrangeiro que, embora *legalmente expulso*, permanece no território nacional, independentemente

da duração dessa permanência, pois não se configura o ato de *reingressar*. A autorização da *autoridade consular* competente exclui a tipificação desse crime. Com efeito, não é atribuição do Judiciário examinar a *conveniência e oportunidade* da expulsão; basta constatar sua existência e sua regularidade formal.

4.2 Expulsão de estrangeiro: pressuposto do crime de reingresso

O Estado tem o direito e o poder de expulsar e manter a expulsão do estrangeiro que dela se faça merecedor, e, para assegurar tal poder, criminaliza e pune o reingresso no País de estrangeiro expulso. Diríamos até que se trata de um ato de soberania nacional.

A *deportação* e a *expulsão*, que têm significados distintos, são medidas administrativas de polícia com a finalidade comum de obrigar o estrangeiro a deixar o território nacional. A primeira consiste na *saída compulsória* do estrangeiro para o país de sua nacionalidade ou procedência ou para outro que consinta em recebê-lo (art. 58 do EE). Verifica-se a *deportação* nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro (art. 57 do EE). O *deportado* pode reingressar no território nacional sob certas condições (art. 64). Ocorre a *expulsão* quando o estrangeiro atentar, de qualquer forma, "contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. É passível, também, de *expulsão* o estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro" (art. 65 do EE).

4.2.1 Natureza da expulsão: pena ou medida preventiva

A expulsão não é pena, mas medida preventiva de polícia. Constitui medida administrativa, adotada pelo Estado, com suporte no poder político e fundamentada no legítimo direito de defesa da soberania nacional. Cabe ao Presidente da República deliberar sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão (art. 66 do EE). O art. 75 do Estatuto do Estrangeiro arrola as *causas impeditivas da expulsão*. O Decreto n. 98.961, de 15 de fevereiro de 1990, dispõe sobre a *expulsão* de estrangeiro condenado por tráfico de

entorpecentes e drogas afins.

Por fim, o cumprimento da pena não pode servir de pretexto ou desculpa para evitar a expulsão do estrangeiro, devendo prevalecer o interesse nacional: se houver esse interesse, o estrangeiro pode ser autorizado.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de reingressar ao território brasileiro, ciente de que foi expulso e de que não pode a este retornar, isto é, o sujeito ativo deve ter conhecimento de todos os elementos constitutivos do tipo penal. O desconhecimento de algum desses elementos, como, por exemplo, ignorando a existência, formalidade ou expedição do decreto de expulsão, configura erro de tipo, que exclui o dolo.

Não se exige qualquer elemento subjetivo especial do tipo, sendo, inclusive, irrelevante o motivo, e não há previsão de modalidade culposa.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no momento e no lugar em que o estrangeiro expulso reingressa ao território nacional, mesmo que nele permaneça por pouco tempo. No entanto, crime não há se o estrangeiro, apenas desobedecendo ao decreto expulsório, permanece no Brasil. Se o estrangeiro imagina que seu reingresso foi autorizado, quando, na verdade, continua proibido, incorrerá em *erro de proibição*, cuja evitabilidade determinará sua consequência normal (art. 21). A tentativa é, teoricamente, admissível, quando, por exemplo, adota os procedimentos operacionais de ingresso junto às autoridades de fronteira e é surpreendido em situação irregular.

7 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é de reclusão, de um mês a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena. A ação penal é pública incondicionada, de competência da Justiça Federal (art. 109, X, da CF).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Constitui crime permanente a conduta delituosa prevista no art. 338 do CP, de reingresso de estrangeiro expulso, aplicando-se as regras de fixação de competência previstas nos arts. 71 e 83 do CPP" (STJ, Conflito de Competência 40.338/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23-2-2005).

Denunciação caluniosa

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:

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 8 (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.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No direito brasileiro, o Código Criminal do Império de 1830 incluiu a "denunciação caluniosa" entre os crimes contra a honra (art. 235), e, a exemplo da legislação da época, impunha à denunciação caluniosa a mesma pena que era cominada ao crime objeto da acusação caluniosa, numa espécie de princípio da lei de talião. O Código Penal de 1890, embora adotando o mesmo princípio punitivo, incluiu a denunciação caluniosa entre os crimes contra a fé pública (art. 264). O Código Penal de 1940, finalmente, reformulou a concepção sobre a denunciação caluniosa, inserindo-a entre os crimes praticados contra a Administração da Justiça, e cominando-lhe pena autônoma sem qualquer vínculo com a acusação do ofensor. A Lei n. 10.028/2000, ao dar nova redação ao art. 339 do Código Penal, incluiu as condutas "... dar causa à instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a boa e regular Administração da Justiça, que, necessariamente, é atingida por eventuais *falsas* imputações que originem a instauração de qualquer das investigações mencionadas no tipo penal.

Tutela-se, igualmente, a *honra objetiv*a da pessoa ofendida, embora não se confunda com o *crime de calúnia* (crime contra a honra), apresentando, inclusive, *considerável superioridade do desvalor da conduta aqui incriminada*, pois não atinge somente sua *reputação pessoal*, mas também e fundamentalmente a sua *liberdade*, pela ameaça do processo criminal que se instaura, cuja sanção é bastante grave.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa. Nada impede que qualquer autoridade pública também possa ser sujeito ativo desse tipo penal, especialmente aquelas que, de modo geral, integram a persecução criminal, tais como magistrados, membros do Ministério Público e delegados de polícia, que podem, como qualquer outra autoridade, também praticar o crime de denunciação criminosa. Em se tratando, porém, de imputação da prática de crime de exclusiva *iniciativa privada* e de *ação pública condicionada*, sujeito ativo somente pode ser o titular do direito de queixa ou de representação, uma vez que, segundo o Código de Processo Penal (art. 5º, §§ 4º e 5º), a autoridade policial depende da autorização daquele para iniciar suas investigações. Fora dessa hipótese, o ofensor pode responder pelo crime de *calúnia* (crime contra a honra).

Sujeitos passivos são, *prioritariamente*, a pessoa atingida em sua honra pela denunciação caluniosa, independentemente da ordem de preferência. Não esquecendo, voltamos a repetir que o Estado, no sistema brasileiro, é sempre *sujeito passivo*, por isso, quando o *particular* é atingido, quer-nos parecer que assume a primazia na condição de sujeito passivo, ficando, no plano secundário, o Estado.

4 Direito de petição: exercício regular de direito

O direito de petição, como garantia constitucional, surgiu na Carta Magna inglesa de 1689 (*Bill of Rights*). Couture afirmava que o *direito de petição* foi, originariamente, um direito privado, logo adquirindo caráter público de garantias, inserto nas Constituições. Quem *delata* (apresenta *notitia criminis*) e pede abertura de inquérito policial ou sindicância *exerce*

um direito (art. 5º, II e §§ 1º e 5º do CPP), e se exerce *direito* não pode praticar crime; pode, eventualmente, até cometer *erro de avaliação* ou equívoco, mas a ocorrência de qualquer destes, se demonstrada, afasta o *elemento subjetivo*, configurando a chamada *verdade subjetiva*, ou a conhecida boa-fé.

4.1 A verdade subjetiva é suficiente para afastar o dolo

Com efeito, a existência de *verdade subjetiva* é suficiente para afastar o *dolo* no crime de denunciação caluniosa; quando o agente, por exemplo, acredita sinceramente na verdade dos fatos, na licitude dos fins, há uma oposição ao dolo. Em outros termos: *a verdade subjetiva do agente elimina o dolo da imputação*. Consequentemente, se houver erro escusável ou invencível de parte do agente, não existirá denunciação caluniosa. Na verdade, o *elemento subjetivo* que compõe a estrutura do tipo penal assume importância transcendental na definição da conduta típica. É por meio do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a atividade comportamental do agente. Somente conhecendo e identificando a intenção — *vontade* e *consciência* — do agente se poderá classificar um comportamento como típico.

Sintetizando, quando, por exemplo, o denunciante "relata os fatos" *perante a autoridade competente e somente perante esta* configura circunstância que, por si só, afasta o *animus offendendi*. O *exercício do direito de petição*, é óbvio, não constitui infração penal. Efetivamente, o crime de denunciação caluniosa não se confunde com a conduta de quem solicita à polícia que apure e investigue determinado delito, fornecendo-lhe os elementos de que dispõe. Por outro lado, não se pode perder de vista que o direito tem como uma de suas garantias o tecnicismo, ou seja, os termos jurídicos têm sentido técnico preciso e muito bem delimitado, sendo vedado dar-se-lhes sentido diverso, especialmente para criminalizar alguma conduta. Assim, por exemplo, quando se afirma que determinada autoridade pública cometeu *abuso de autoridade* não significa, necessariamente, que se lhe esteja imputando a prática do crime de abuso de autoridade ou de abuso de poder.

4.2 Abuso de autoridade e abuso de poder: distinção

Efetivamente, usam-se, em geral, as expressões "abuso de poder" e "abuso de autoridade" com o sentido ambivalente de descumprimento de

normas administrativas, disciplinares, penais e civis. Autoridades e poderes constituídos, com frequência, incorrem nesses *abusos*, tanto que os Tribunais Superiores encontram-se abarrotados de ações judiciais contra o Poder Público. Não significa, contudo, que na maioria desses casos tenha havido *crime de abuso de autoridade*, ainda que o *abuso* de poder ou de autoridade, *lato sensu*, tenha existido. Não se pode esquecer o *princípio da tipicidade*, pois só é crime aquele fato que a lei define como tal. Assim, somente aquele fato ou aquela conduta adequada a alguma moldura descrita na lei apresentará a indispensável adequação típica. Não é, logicamente, o caso de "ameaçar requisitar instauração de inquérito policial" ou delatar à autoridade competente fato que, na avaliação do agente, ainda que tecnicamente equivocada, constitua crime.

Por isso, quem, em sua *verdade subjetiva*, acredita que está sendo objeto, indevidamente, de constrangimento ilegal e, achando-se injustiçado ou ameaçado, procura, sob sua ótica, o respaldo legal, encaminhando à autoridade competente — polícia, Ministério Público ou Poder Judiciário — *notitia criminis*, à evidência, não comete crime de *denunciação caluniosa*; não divulga, não comenta e não afirma nada a ninguém, limitando-se a buscar aquilo que julga ser seu direito de cidadão ofendido; falta-lhe o *animus offendendi*; logo, não comete crime.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *dar causa* (motivar, originar, fazer nascer) *a instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa* (Lei n. 10.028/2000) contra alguém, *imputando-lhe crime de que o sabe inocente*. São três, portanto, os requisitos necessários para a caracterização do delito: a) *sujeito passivo determinado*; b) *imputação de crime*; c) *conhecimento da inocência do acusado*.

Para a ocorrência do crime de denunciação caluniosa não basta a "imputação de crime", mas é indispensável que em decorrência de tal ação seja *instaurada investigação policial, judicial, cível, administrativa ou de improbidade administrativa*. Antes do advento da Lei n. 10.028/2000, que deu nova redação ao art. 339, simples "sindicância" ou mero "expediente administrativo" não se equiparavam à elementar objetiva do tipo, que se limitava a "investigação policial" e "processo judicial". Assim, ainda que a

eventual sindicância ou inquérito administrativo decorresse de denúncia ilícita, o *princípio da reserva legal* impede a extensão analógica da norma a esses casos.

5.1 Fato definido como crime

Para se configurar o crime cumpre, no entanto, destacar a indispensabilidade de que a imputação se refira a *fato definido como crime*, sendo penalmente irrelevante a imputação de ilícito de qualquer outra natureza, civil, administrativo, constitucional etc. Mas para o início da ação penal por crime de denunciação caluniosa torna-se imprescindível, pelo menos, o arquivamento do inquérito objeto do fato imputado a outrem. A *instauração de investigação* constitui apenas *um elemento objetivo do crime*, importante, necessário, mas insuficiente para consumá-lo. Essa infração penal *exige* também, e ao mesmo tempo, a presença de um *elemento normativo*, representado pela expressão "de que o sabe inocente"; é, em outros termos, a *consciência atual da inocência do imputado*, quer por não ter sido o autor do fato, quer porque o crime não existiu.

5.2 Indispensabilidade da inocência do sujeito ativo

É necessário que o *sujeito passivo* seja realmente *inocente*, resultando efetivamente prejudicado, isto é, acabe sendo investigado ou processado, sem justa causa, restando, afinal, arquivado o procedimento ou absolvido, com fundamento nos incisos I (*estar provada a inexistência do fato*) ou IV (*não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal*) e, excepcionalmente, no inciso V (*existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena* — como, por exemplo, naquelas hipóteses dos arts. 142 do CP e 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94), todos do art. 386 do Código de Processo Penal. A hipótese do inciso II do mesmo dispositivo, embora não exclua por completo, demanda maior exame de prova, enquanto pressuposto daquele crime. Somente a partir desses pressupostos se poderá começar a pensar na possibilidade de denunciação caluniosa, devendo reunir seus demais requisitos legais. Porém, se houver sido extinta a punibilidade, por qualquer de suas causas, se a absolvição tiver decorrido de alguma excludente de criminalidade ou dirimente de culpabilidade, não se poderá falar em denunciação caluniosa. É indispensável que o arquivamento ou absolvição tenha como fundamento a falsidade da imputação com o conhecimento do imputante.

Mas para iniciar a ação ou investigação pelo crime de denunciação criminosa é indispensável a conclusão definitiva da investigação ou absolvição trânsita em julgado, como um mínimo de garantia da Administração da Justiça.

5.3 Espontaneidade da denunciação caluniosa

A *denunciação caluniosa*, feita de forma direta ou indireta, tem como caráter essencial *a espontaneidade*, isto é, deve ser da exclusiva iniciativa do denunciante. Não haverá crime, quando, exemplificava Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 463), "a falsa acusação é feita por um réu, em sua defesa, no curso do interrogatório (apresentando-se no caso apenas o crime e calúnia, em atenção, aliás, até certo limite, ao *ignoscendum ei qui qualiter sanguinem suum redimere voluit*), ou por alguma testemunha, ao depor na polícia ou em juízo (nesta última hipótese, o crime a reconhecer poderá ser o de *testemunho falso*)". Cumpre destacar que o sujeito ativo pode causar a instauração de qualquer dos procedimentos referidos diretamente ou por interposta pessoa, além de poder utilizar qualquer meio, sem qualquer formalidade, podendo fazê-lo por escrito ou oralmente.

6 Novidades da Lei n. 10.028/2000: investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa

Essa lei, de 19 de outubro de 2000, acrescentou ao *caput* as elementares de dar causa à "instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa". Antes dessa lei, somente dar causa à instauração de *investigação policial* ou de *processo judicial* tipificava esse crime. Assim, ficou extremamente abrangente a nova tipificação da *denunciação caluniosa*.

É bem verdade que, quando da edição do atual Código Penal (1940), as duas formas tradicionais de *persecutio criminis* eram as constantes da redação original do *caput* do dispositivo em exame. Também é verdade que, se desejasse, o legislador poderia ter incluído nesse tipo as condutas que dessem causa à instauração de inquérito judicial e investigação administrativa. Assim, a rigor, produto da modernidade jurídica são somente o *inquérito civil* e a *ação de improbidade administrativa*, pois a

inclusão da *investigação administrativa* faz parte da política criminalizadora exacerbada que dominou a última década do século XX.

6.1 Conflito aparente de leis

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) já criminalizava o *ato de representar*, por *improbidade administrativa*, contra agente público ou terceiro beneficiário sabidamente inocente (art. 19). Agora, com a nova redação do art. 339, incluindo "dar causa à instauração de ação de improbidade administrativa", pode-se questionar se, afinal, teria sido revogada aquela previsão do art. 19 da Lei n. 8.429/92.

A nosso juízo, diversos aspectos distinguem profundamente as duas previsões legais, que têm finalidades e abrangências diferenciadas. Inicialmente, convém registrar que a previsão, muito mais restrita, do art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa tipifica tão somente *representar* "por ato de improbidade administrativa", que nem sequer tem natureza criminal (nem a representação, nem o ato de improbidade administrativa); apenas esse ato de representar, nas circunstâncias, é criminalizado. Por outro lado, a conduta criminalizada no art. 339 é muito mais abrangente, na medida em que "dar causa à" *instauração de ação de improbidade administrativa* tem um alcance impossível de ser atingido pelo ato de "representar"; poder-se-ia dizer que "representar" não deixa de ser uma espécie do gênero "dar causa à instauração", que pode assumir as mais diversas formas de manifestar-se, tais como comunicação oral da ocorrência do fato, telefonema, fonograma, telegrama, *fax* ou bilhete comunicando à autoridade competente a existência de crime etc.

A segunda grande diferença, e a mais importante, refere-se à natureza da finalidade da comunicação ou representação: a Lei de Improbidade Administrativa objetiva somente representar contra ato de natureza puramente administrativa, enquanto na nova previsão do Código Penal o fato *objeto da investigação* deverá, necessariamente, ter natureza criminal (crime ou contravenção penal). O art. 19 daquela lei não fazia essa exigência de que a imputação fosse de crime, como exige o Código Penal.

6.2 Improbidade administrativa e princípio da fragmentariedade

Com efeito, nem todo ato de *improbidade administrativa* constitui crime, em razão do caráter fragmentário do direito penal, que exige tipicidade estrita. Assim, nada impede que alguém atribua, falsamente, a algum agente

público a prática de ato de improbidade administrativa que, no entanto, não seja tipificado como crime. Nesse caso, esse alguém incorre na previsão do art. 19 da Lei n. 8.429/92; contudo, quando a representação, de qualquer forma, imputar, falsamente, a prática de ato de improbidade administrativa que, ao mesmo tempo, seja definido como crime incorrerá na previsão do art. 339 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei n. 10.028/2000. Em sentido semelhante é a orientação de Damásio de Jesus, ao manifestar-se contra a revogação do art. 19, *in verbis*: "Cremos que não, pois as duas disposições podem coexistir pacificamente de acordo com duas regras: 1ª) quando o denunciante atribui falsamente à vítima ato de improbidade que configura infração administrativa, porém não configura crime, aplica-se o art. 19 da Lei n. 8.429/92. Ex.: ato praticado com desvio de finalidade (art. 11, I, da Lei n. 8.429/92); 2ª) quando a denunciação incide sobre ato que, além de atentar contra a probidade administrativa, constitui também delito, aplica-se o art. 319 do CP. Ex.: art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, em que a fraude em arrematação judicial, além de configurar ato de improbidade, encontra-se definida como crime (art. 358 do CP).

6.3 Lacuna legal: comissão parlamentar de inquérito

Por fim, dar causa à instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), mesmo imputando falsamente a prática de crime, não tipifica a denunciação caluniosa, por falta de previsão legal.

7 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral é o *dolo*, representado pela *vontade consciente* de provocar a investigação policial, judicial, administrativa, civil ou de improbidade. É absolutamente indispensável que o sujeito ativo *saiba* que o imputado é inocente. Segundo a doutrina majoritária, esse tipo penal somente admite *dolo direto*, em razão de exigir que o sujeito ativo tenha conhecimento de que a vítima é inocente.

Se a *falsidade da imputação*, isto é, a inocência do imputado, é elemento integrante ou condição essencial da denunciação caluniosa, impõe-se que o dolo, no caso, abranja, necessariamente, a consciência dessa falsidade, ou seja, a consciência efetiva da inocência do imputado. É, inclusive, insuficiente a *dúvida* sobre a veracidade ou inveracidade do fato imputado, e quem agir nessa circunstância, ainda que pratique uma conduta temerária,

não recomendável, moralmente censurável, não configura o crime de denunciação caluniosa (que exige consciência atual da inocência do acusado) pela falta de *dolo direto*. Estará igualmente afastado o *dolo* quando o agente incorrer em erro invencível sobre a correspondência entre o conteúdo da imputação e a realidade fática. A verdade subjetiva (putativa) do fato imputado afasta o dolo, sem o qual não se pode falar em ação tipificada como crime.

7.1 Admissibilidade de dolo eventual

É necessário que a imputação seja objetiva e *subjetivamente falsa* (de que o sabe inocente). Em outros termos, é indispensável que a imputação do sujeito ativo não encontre nenhum respaldo na verdade dos fatos e que, ademais, o sujeito ativo *tenha certeza da inocência do imputado*, isto é, daquele a quem atribui a prática de crime.

A *simples dúvida* (a falta de certeza) sobre a inocência do imputado, ao contrário do que afirmava a doutrina nacional, não exclui a culpabilidade, mas impede a própria configuração da *denunciação caluniosa*, ou seja, afasta a própria tipicidade da imputação. A natureza imperativa do verbo "imputar" afasta a possibilidade de *dolo eventual*. Contudo, a despeito de o agente "saber que o imputado é inocente", mesmo sem querer efetivamente, pode assumir o risco de *dar causa à instauração* de qualquer dos procedimentos referidos do tipo penal em exame. A *eventualidade* do dolo não está na ciência da inocência do imputado, que existe, mas no "dar causa à instauração do procedimento" contido na lei. Assim, por exemplo, agiria com *dolo eventual* quem, sabendo que o sujeito passivo é inocente, não comunica a autoridade competente, mas segreda a terceiros, divulga, propaga na coletividade que o indigitado praticou determinado crime de ação pública; tomando ciência dessa divulgação, a autoridade competente instaura o procedimento devido, comprovando ao final que o imputado é inocente. Não se pode negar que, nessa hipótese, sabendo da inocência de outrem, e mesmo sem desejar a efetiva instauração da investigação oficial, com sua ação *deu causa* à instauração da investigação referida no tipo do art. 339. Não se trata, convenhamos, de *dolo direto*; contudo, não se pode afirmar que *dolo* não houve e que a conduta é atípica, ou restaria apenas, residualmente, o crime contra a honra. Na realidade, esse comportamento, nas circunstâncias imaginadas, configura *dolo eventual*, e tipificada está a infração do art. 339 contra a Administração da Justiça.

Por tudo isso, sustentamos a admissibilidade de dolo eventual no crime de denunciação caluniosa, ainda que infrequente.

7.2 Elemento normativo: de que o sabe inocente

A mera possibilidade de conhecimento de qualquer elemento do tipo é insuficiente para configurar o dolo, direto ou eventual. Na realidade, a previsão, isto é, o conhecimento, deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E esse conhecimento deve ser atual, real, concreto e não meramente presumido. Agora, a consciência do ilícito, essa sim, pode ser potencial, mas já será objeto de análise somente da culpabilidade, que também é predicado do crime. Constar do texto legal a atualidade ou potencialidade do conhecimento de elementares, normalmente representadas pelas expressões "sabe" ou "deve saber", ou, como neste caso, "de que o sabe inocente", é uma erronia intolerável, visto que a ciência penal encarregou-se de sua elaboração interpretativo-dogmática.

Enfim, concluindo, a expressão "de que o sabe inocente" não é indicativa de dolo e tampouco de culpa, mas constitui tão somente uma *elementar normativa* que, a nosso juízo, ante o atual estágio dogmático de dolo e da culpabilidade, é absolutamente desnecessária. Com efeito, a elementar "de que o sabe inocente" representa somente a exigência de que o sujeito ativo tenha consciência atual, efetiva, real do estado de inocência do imputado, não satisfazendo esse tipo penal a mera potencial consciência dessa condição do sujeito passivo.

8 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *denunciação caluniosa* com a instauração da investigação policial, administrativa, civil, pública, de improbidade administrativa ou com a propositura da competente ação penal. A tentativa é, teoricamente, admissível. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando que "o delito de denunciação caluniosa não se consuma enquanto não tenha sido, pelo menos, formalizado o inquérito policial". Consuma-se, enfim, no lugar e no momento em que qualquer dos procedimentos referidos no tipo penal for instaurado.

A *tentativa*, embora de difícil configuração, é teoricamente possível. Assim, por exemplo, quando o sujeito ativo denuncia o fato à autoridade

competente, que, em razão da pronta comprovação da inocência do acusado, não toma qualquer iniciativa, não realiza nenhuma diligência, enfim, não instaura o procedimento devido; ou seja, o sujeito ativo fez tudo o que lhe competia para concretizar uma denunciação caluniosa, a qual, no entanto, por circunstâncias alheias a sua vontade, não se consuma.

9 Figura majorada (§ 1º)

Quando, para a realização da conduta típica, o agente serve-se de anonimato ou de nome suposto, a pena é majorada de um sexto. Essa majoração se justifica pela maior dificuldade que tal circunstância cria para a identificação do autor da imputação falsa. Destacamos a distinção que fazemos entre majorantes e qualificadoras quando examinamos as figuras majoradas do crime de aborto.

10 Forma privilegiada ou minorada (§ 2º)

Verifica-se quando ao sujeito passivo é imputada a prática de contravenção. A rigor, a nosso juízo, a imputação de simples prática de contravenção deveria ser descriminalizada para, pelo menos, manter a simetria com o crime de calúnia, que só criminaliza a imputação falsa de crime, sendo atípica a mera imputação de contravenção penal. Em todo o caso, pelo menos se determina a redução obrigatória de metade da pena aplicada.

11 Concurso de crimes e conflito aparente de normas

O saudoso desembargador paranaense Luiz Viel estabeleceu com precisão e cientificidade a distinção entre *calúnia, denunciação caluniosa* e *falso testemunho*, nos seguintes termos: O tipo da calúnia exige uma rica composição subjetiva: a ciência direta, certa, de que a imputação (da realização de crime) seja falsa. O agente sabe que é mentira, e assim dolosamente calunia.

Mas se alguém representa para que a autoridade policial instaure inquérito policial contra certa pessoa, imputando-lhe a autoria de crime de que o sabe inocente, o crime cometido é o de denunciação caluniosa (CP, art. 339). E se alguém, inquirido em inquérito policial, depõe atribuindo a certa pessoa, falsamente, a prática de crime, comete falso testemunho (CP,

art. 342). O bem jurídico tutelado, nos dois casos, é a correta administração da Justiça, cujos órgãos são dolosamente mal informados, com o propósito de induzi-los a processar (condenar) alguém por crime não cometido. É o uso dos órgãos estatais (investigação, judiciários) não simplesmente para ofender a honra, mas para privar da liberdade: *grosso modo*, uma espécie de cárcere privado qualificado com autoria mediata. Não fica, por conseguinte, a ofensa à honra como expressão delitiva autônoma ou autonomizável. Ou há a *delatio criminis* falsa, ou depoimento falso, ou nada.

11.1 Denunciação caluniosa e calúnia

A *denunciação caluniosa* absorve a calúnia, pelo princípio da *consunção*, e dela se distingue, porque naquela a imputação falsa de fato definido como crime é levada ao conhecimento da autoridade, motivando a instauração de investigação policial ou de processo judicial. Aliás, essa distinção foi muito bem destacada pelo Ministro Francisco de Assis Toledo, *nos seguintes termos*: "Expressões contidas em requerimento para instauração de inquérito policial reputadas caluniosas. Não se pode pretender que, ao noticiar fato criminoso, a vítima cometa crime contra a honra, se não extravasa da narrativa (art. 5º, § 1º, *a*, do CPP). Havendo imputação falsa, o crime será, em tese, o de denunciação caluniosa, de ação penal pública, não o de calúnia, de ação penal privada".

11.2 Denunciação caluniosa e crimes contra a honra

A diferença fundamental, enfim, está na natureza do bem jurídico tutelado: nos crimes contra a honra o *bem jurídico* é a honra do indivíduo, e na denunciação caluniosa é a boa administração da justiça! A *denunciação caluniosa* diferencia-se, igualmente, "da comunicação falsa de crime ou contravenção", precisamente porque nesta "não há acusação contra pessoa alguma", e também no delito de *autoacusação falsa*, "porque em tal crime o denunciado não é pessoa diversa do denunciante, mas este próprio".

12 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de dois a oito anos, e multa. Na forma majorada, a pena é aumentada de sexta parte, e, na privilegiada, diminuída de metade. A natureza da ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A denunciação caluniosa deve ser objetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos, e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição. Impossível falar em denunciação caluniosa se a imputação a outrem não é totalmente destituída de razão" (TJMG, Apelação 1.0024.04.503818-9/001(1), Rel. Márcia Milanez, j. 7-8-2007).

"Elemento subjetivo do tipo: consciência da inocência do acusado. A acusação por crime de denunciação caluniosa deve conter um lastro probatório mínimo, no sentido de demonstrar que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa teve por única motivação o interesse de atribuir crime a uma pessoa que se sabe ser inocente" (STF, RHC 85.023/TO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8-5-2007).

"A instauração de sindicância administrativa, no âmbito da Corregedoria do Ministério Público, para apurar falta disciplinar de Promotor de Justiça, ainda que resultante de comportamento penalmente típico atribuído ao agente, não é suficiente à incidência do tipo do art. 339 do Código Penal, que requisita instauração de investigação policial ou instauração de procedimento judicial, civil ou administrativo" (STJ, HC 32.018/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12-4-2005).

Comunicação falsa de crime ou de contravenção

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 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

DOUTRINA

1 Considerações introdutórias

Os antecedentes da *comunicação falsa de crime ou contravenção* não são muito distantes, na medida em que foi desconhecida do direito antigo, inclusive do direito medieval. Chegou, inicialmente, a ser confundida com a denunciação caluniosa, recebendo, posteriormente, a distinção necessária no Código Penal toscano (1853). Os Códigos Penais italianos (Zanardelli, 1889, e Rocco, 1930) também criminalizaram essa figura típica.

Os códigos penais brasileiros anteriores — 1830 e 1890 —, no entanto, não recepcionaram a comunicação falsa de crime ou contravenção, reservando essa iniciativa ao nosso Código Penal de 1940, que o disciplinou entre os crimes praticados contra a Administração da Justiça.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa perante à coletividade; tutela-se o interesse público no sentido de que a justiça não seja desviada em razão de denúncias falsas e aberrantes, procurando evitar o desvio de rota do Poder Público, com gastos desnecessários, insegurança social e perturbação de pessoas inocentes. Protege-se, em verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não lhe sendo exigida nenhuma qualidade ou condição pessoal ou funcional.

Sujeito passivo é o Estado, que é o titular do bem jurídico ofendido, a Administração Pública *lato sensu*, especificado na Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Pune-se a conduta de quem *provoca* (motiva, dá causa) a ação de autoridade (policial ou judiciária), comunicando a ocorrência de infração penal (crime ou contravenção) que *sabe* não ter acontecido. Essa comunicação poderá ser feita de várias maneiras — podendo o agente valer-se de meios escritos, orais, inclusive do anonimato —, desde que idôneas a provocar a ação investigatória da autoridade pública. O tipo penal deixa claro a necessidade de que o sujeito ativo saiba que o fato comunicado à autoridade competente não aconteceu. A elementar típica “sabe” que não se verificou não se confunde com um indicativo de dolo ou culpa como pensava a antiga doutrina nacional, como demonstramos no capítulo anterior; pelo contrário, está apenas exigindo, nesse tipo de infração penal, a *consciência atual*, real e efetiva da inocorrência do fato comunicado.

Aliás, a ação de quem comunica à autoridade competente uma infração penal, *encontrando-se em dúvida* sobre sua efetiva ocorrência, não se reveste sequer da elementar normativa “falsa”, podendo, quando muito, ser temerária, imprudente ou afoita, mas *não falsa*. Na verdade, cabe à autoridade policial, ao iniciar as investigações, tomar as cautelas que o comunicante não teve, e que talvez nem lhe fossem exigidas, deixando-se

levar pelo afã de contribuir para com a Justiça.

4.1 Pretende-se evitar a má-fé

Nem sempre as autoridades investigam fatos verdadeiros, reais e concretos, caso contrário, se assim fosse, havendo a confissão de um suposto autor, seria desnecessário proceder-se às investigações. Por vez, com efeito, investiga-se exatamente para constar a veracidade ou não da própria existência do crime, inclusive, não raro, torcendo para que não tenha ocorrido, em razão dos danos que pode produzir. O que o legislador pretendeu com o dispositivo em exame é evitar exatamente a má-fé do cidadão, a deliberada ação de levar a máquina pública a desvirtuar-se de seus fins específicos com as consequências que produz e, até por isso, nem sequer previu a modalidade culposa, no que, diga-se de passagem, andou bem o legislador de então.

4.2 (Ir)relevância dos motivos determinantes

Os motivos determinantes da conduta do agente são, *a priori*, irrelevantes para a configuração do crime de denunciação falsa. Contudo, dependendo da finalidade que motivou a denunciação, pode tipificar outra infração penal, como, por exemplo, alegar, falsamente, que foi vítima de furto, para justificar o recebimento do seguro, configurando, nessa hipótese, uma modalidade de estelionato (art. 171, § 2º, V).

4.3 Comunicação falsa de infração penal e denunciação caluniosa

Convém destacar que a *comunicação falsa de infração penal* não se confunde com a infração anteriormente analisada “denunciação caluniosa”: nesta, o sujeito ativo indica determinada pessoa (suposta) como autora da infração penal; naquela, o sujeito ativo não indica ninguém como autor da infração que afirma ter ocorrido. Na *comunicação falsa* de infração penal, o agente sabe que infração não houve; na *denunciação caluniosa*, sabe que o imputado não praticou o crime que denuncia. Distintas, pois, são as infrações penais, como diferentes são os bens jurídicos ofendidos.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral do crime é o dolo, representado pela *vontade* de comunicar a ocorrência sobre a qual tem *consciência* de que não se

verificou. É insuficiente a *dúvida* do agente sobre a efetiva ocorrência da infração que denuncia, pois o tipo penal é incisivo na exigência de que o agente *saiba* que o fato que comunica não ocorreu. Como não há previsão da modalidade culposa, faltando o *conhecimento pleno* de que a comunicação é *falsa*, a conduta praticada pelo agente é atípica, constituindo, nessas circunstâncias, um indiferente penal.

Exige-se também a presença do *elemento subjetivo especial do tipo*, consistente no especial fim de provocar a ação da autoridade, sem causa. Pelos mesmos fundamentos expostos no tópico anterior, passamos a admitir, pelo menos em tese, a possibilidade de dolo eventual.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de "comunicação falsa de crime ou contravenção" com a ação da autoridade, motivada pela comunicação de crime ou contravenção, isto é, consuma-se quando e onde a autoridade promove qualquer diligência para apurar a *falsa* infração penal. Admite-se, teoricamente, a tentativa, embora, *in concreto*, seja de difícil configuração.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de um a seis meses, ou multa. Corretamente, ao contrário de alguns códigos penais alienígenas (v. g., português e italiano), não comina pena distinta quando a falsidade da comunicação refira-se a crime ou a contravenção, pois o bem jurídico protegido não se altera. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Art. 340. Crime caracterizado. Comete o delito de comunicação falsa de crime o agente que noticia a ocorrência de delito que sabe não ter se verificado" (TJRS, Apelação 70021871595, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 22-11-2007).

"Art. 340. Comunicação da ocorrência de furto, declarando em depoimento ter sido vítima de roubo, sabendo que tal crime não havia ocorrido e conhecendo, o autor, o vendedor ao qual não tinha acertado a compra, é de ser mantida a condenação" (TJRS, Recurso Crime 71001275874, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 25-6-2007).

"Não importa a quem tenha sido feita a comunicação falsa de crime para que se configure o crime do CP, art. 340. O que conta e se dessa comunicação falsa houve alguma providência para apurar. Aí define-se a competência em função do lugar onde se iniciaram, formalmente, as averiguações" (STJ, Conflito de Competência 4.552/SP, Rel. Min. Édson

Vidigal, j. 21-10-1993).

Autoacusação falsa

Art. 341. Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A criminalização da conduta de autoacusar-se falsamente surge no Código Penal italiano de 1889 (Zanardelli), como *simulação subjetiva*, em oposição à simulação objetiva, tendo sido ignorada na legislação anterior à unificação italiana. Na legislação brasileira, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 ignoraram o crime de autoacusar-se falsamente, embora tenha constado do Projeto Alcântara Machado (art. 180).

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, particularmente seu prestígio e probidade administrativa perante a coletividade; tutela-se, a exemplo do crime de comunicação falsa de crime, o interesse público no sentido de que a justiça não seja obstada ou desvirtuada em decorrência de denúncias falsas e aberrantes, procurando evitar o desvio de rota do Poder Público, com gastos desnecessários, insegurança social e a perturbação de pessoas inocentes. Protege-se, igualmente, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não lhe sendo exigida nenhuma qualidade ou condição pessoal ou funcional, desde que não tenha sido autor, coautor ou partícipe do crime objeto da autoacusação falsa, devendo ficar, enfim, afastada qualquer possibilidade de participação no fato delituoso.

Sujeito passivo é o Estado, que é o titular do bem jurídico ofendido, a

Administração Pública *lato sensu*, especificado na Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta punível consiste em *acusar-se*, isto é, imputar-se crime inexistente ou praticado por outrem. A *falsidade* da autoacusação reside na *inexistência* do fato delituoso ou assertiva de não tê-lo cometido. Em termos bem esquemáticos, o crime de que o agente se *autoacusa* deve ser *inexistente*, isto é, que não aconteceu, ou, mais precisamente, que o sujeito ativo não o praticou, pois o fato em si mesmo até pode ter sido cometido, mas por outrem, segundo menciona o próprio *caput*. Nessa hipótese, é indispensável que o sujeito ativo não tenha, de qualquer forma, concorrido para o crime, caso contrário, em vez de praticar autoacusação falsa, estaria, na verdade, confessando a prática efetiva de um crime mediante concurso de pessoas.

4.1 Autoacusação perante a autoridade

É imprescindível que o agente o faça perante a autoridade policial ou judicial, e que o escopo da *autoacusação* seja *crime*, e não mera *contravenção*, que não consta do texto legal, pois, quando o legislador deseja a ela se referir, o faz expressamente. Não é necessário que o agente quando se autoacusa esteja *tête-à-tête* com a autoridade, podendo fazê-lo por carta, telegrama, *fax* ou qualquer outro meio de comunicação, desde que tenha idoneidade para transmitir a acusação. Autoridade só pode ser a competente, isto é, aquela que tem atribuição para investigar, para apurar a existência de crime e respectiva autoria ou, pelo menos, determinar que se proceda a tal investigação. Em síntese, essa autoridade a que se refere o texto legal é a autoridade policial, judicial ou órgão do Ministério Público.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de *autoacusar-se* falsamente, tendo consciência de não haver praticado o crime, ou de que foi outro que o praticou. Desnecessário registrar que a autoacusação deve ser voluntária (embora não seja necessária a espontaneidade), visto que se for forçada, motivada ou extorquida pela autoridade fica afastado o dolo, indispensável para a configuração típica. A nosso juízo, não há exigência de

elemento subjetivo especial do tipo.

5.1 Irrelevância da motivação da autoacusação

A motivação determinante da conduta do agente é irrelevante para a configuração do crime de *autoacusação falsa*. É indistintamente criminoso *atribuir-se* o crime praticado por outrem, por piedade, compaixão, ódio ou amor, como também o é *autoacusar-se* de determinado crime para livrar-se de outro mais grave, como, por exemplo, assumir a autoria de um crime menor, como álibi, quando, na mesma hora, cometeu outro mais grave, em lugar distinto. Mesmo que pratique o crime para beneficiar cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, por pura falta de previsão legal, não terá qualquer causa de diminuição de pena, embora possa e deva ser considerado na dosimetria da pena. Em outros termos, a motivação altruística do agente, ou mesmo seu grau de parentesco para com o verdadeiro autor do crime objeto de autoacusação falsa, não altera sua tipificação.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o conhecimento, pela autoridade, da autoacusação falsa, no lugar e no momento em que tal conhecimento ocorrer. Realmente, o crime somente se completa com a ciência da autoridade, pois, como reconhecia Noronha, alguém somente pode acusar-se se o fizer perante outrem.

A tentativa é admissível, caso a conduta seja realizada por escrito, pois se trata de crime plurissubsistente, podendo ser fracionada. A retratação do agente não extingue a punibilidade do delito, funcionando tão somente como uma circunstância atenuante genérica.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são de detenção, de três meses a dois anos, ou multa. É um dos crimes que apresenta a maior elasticidade da pena cominada, permitindo uma dosagem adequada nas situações as mais diversas possíveis. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Autoacusação falsa. Condenação mantida. A reconstituição probatória demonstra que o apelante assumiu a culpa por um crime que não praticou, cometendo, por conseguinte, o delito do art. 341, *caput*, do CP” (TJRS, Apelação 70020241709, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 9-8-2007).

Falso testemunho ou falsa perícia

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 1 (um) a 3 (três) 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.

— *Caput* e §§ 1º e 2º com redação determinada pela Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001. O mesmo diploma legal suprimiu o § 3º.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001, alterou a versão original do crime de falso testemunho ou falsa perícia, bem como da corrupção ativa de testemunha e perito. Tratando-se de lei nova incriminadora, aplica-se exclusivamente a fatos ocorridos a partir de 29 de agosto de 2001, data de sua publicação. Referido diploma legal acrescentou o “contador” entre os *sujeitos ativos* desses crimes. A previsão original do Código Penal continua sendo aplicada a todos os fatos praticados sob sua vigência, sem as novidades trazidas pela Lei n. 10.268/2001, ressalvada a *qualificadora* que era prevista no antigo § 1º, duplicando a pena. Nesse caso, aplica-se a nova previsão (majorante), retroativamente, por ser mais benéfica, *conjugando-se* duas leis distintas sobre o mesmo fato, extraindo-se-lhes os dispositivos

mais benéficos.

Aproveitou-se, referido diploma legal, para precisar a linguagem que utilizava “processo policial” para *inquérito policial*. Contudo, olvidou-se de incluir inquérito parlamentar, administrativo e judicial, que, evidentemente, não se confundem com o inquérito policial.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública em sentido lato, a exemplo dos crimes previstos no Título XI da Parte Especial do Código Penal, especialmente, na hipótese, a moralidade, respeitabilidade e probidade de sua função específica de administrar a justiça. O falso testemunho ou falsa perícia fragiliza a segurança, idoneidade e eficácia da relevante função estatal de distribuição de justiça, atingindo a pureza, limpidez, imparcialidade e probidade da instrução probatória, cuja finalidade é propiciar uma decisão final justa.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que, como *testemunha*, *perito*, *tradutor* ou *intérprete* realize a ação descrita no tipo penal, desde que não esteja legalmente impedido ou dispensado de fazê-lo. Em termos esquemáticos, sujeito ativo é quem, chamado a depor, na forma legal, presta *testemunho falso*, seja fazendo afirmação falsa, seja negando ou calando a verdade.

São igualmente sujeitos ativos *perito*, *contador*, *tradutor* e *intérprete*, considerando que o Código Penal de 1940 englobou, em um mesmo dispositivo legal, o falso testemunho e a falsa perícia, com a única diferença de que a infração cometida por estes é a *falsa perícia*.

Sujeitos passivos do crime de falso testemunho ou de falsa perícia são a Administração Pública (Administração da Justiça), representada pelo Estado, no seu legítimo interesse de desenvolver regularmente a atividade judiciária, na busca infatigável de distribuir, adequadamente, justiça, e, se ocorrer, o eventual ofendido, lesado ou prejudicado pelo crime de falso testemunho ou falsa perícia.

4 Tipo objetivo: adequação típica

São três as modalidades de conduta previstas no crime de *falso testemunho* ou *falsa perícia*: afirmar falsamente, negar ou calar a verdade. Em outros termos, o crime de *falso testemunho* pode ser praticado de três formas, quais sejam *afirmando-se* uma falsidade, *negando-se* a verdade ou *calando-se* o que se sabe. Vejamos: a) *fazer afirmação falsa*, ou seja, dizer uma coisa positivamente distinta da verdade — o sujeito ativo assegura, garante ou afirma uma inverdade; diz que é certo o que não é. Em outras palavras, na afirmação falsa o agente faz declaração diversa da que corresponderia, *in concreto*, a sua percepção dos fatos, havendo, no dizer de Manzini (*Tratado de Derecho Penal*, v. 5, p. 772), "uma disformidade positiva entre a declaração e a ciência da testemunha, que finge uma impressão sensorial que não sentiu ou altera a que sentiu". Há, nessa modalidade, uma ação afirmativa, isto é, positiva; b) *negar a verdade*: negar um fato que sabe ou conhece, ou seja, negar um fato verdadeiro, dizer que é errado o que sabe que é certo — o sujeito ativo nega o que sabe, nega a percepção de fatos que teve conhecimento direto; ou, nas palavras de Guilherme Nucci (*Código Penal comentado*, p. 1065), negar a verdade é "não reconhecer a existência de algo verdadeiro ou recusar-se a admitir a realidade". *Afirmar o falso* e *negar o verdadeiro* representam duas formas distintas — positivas, comissivas — de faltar com a verdade; c) *calar a verdade*: silenciar ou ocultar o que sabe. *Calar* significa ficar em silêncio ou não querer responder, constituindo uma forma de omissão de falsidade negativa. Nessa modalidade, não há afirmação nem negação: o sujeito *silencia* sobre o fato, ou recusa-se a responder, violando, segundo a doutrina, igualmente o dever da verdade, havendo o que os autores têm denominado de *reticência*. Com efeito, *calando-se*, isto é, deixando de declarar o que sabe, a testemunha afronta um duplo dever, quais sejam de falar a verdade e de colaborar com a Administração da Justiça.

4.1 Recusar-se a responder e recusar-se a prestar depoimento

Precisa-se, porém, atentar que se *recusar a responder* (perguntas do magistrado) não se confunde com *recusar-se a prestar depoimento*. Na primeira hipótese — *recusar a responder* — pode (não significa que seja automático) configurar falso testemunho, na modalidade de *calar*, se efetivamente tiver conhecimento e com o silêncio ocultar o que sabe, ou seja, como sempre ocorre em direito penal, é necessário que haja uma *relação de causa e efeito*; na segunda — *recusar-se a depor* — não pode

configurar falso testemunho, não passando de absurda *presunção*, proscrita pelo direito penal da culpabilidade; caracteriza, ao contrário, simples rebeldia, mera desobediência, que não configura, sequer, crime, pela *ausência das elementares típicas*, e tem como consequência a *condução sob vara*, nos termos do Código de Processo Penal (art. 218). Por isso, não constitui falso testemunho a negação ou recusa em prestar depoimento. *Recusar-se a depor*, enfim, não é o mesmo que cometer *falso testemunho*, que exige, como *pressuposto*, um depoimento, pois somente por meio deste se pode cometer aquele.

4.2 Modalidades de falso testemunho: positiva, negativa e omissiva

O legislador, na definição do falso testemunho, equiparou as três modalidades, *positiva*, *negativa* e *omissiva*, atribuindo o mesmo significado a afirmar algo falso, negar fato verdadeiro ou ocultar fato de que se tem conhecimento. A *falsidade* coibida pelo tipo penal, no entanto, não é a contradição entre o depoimento da testemunha e a realidade fática, mas entre o depoimento e o conhecimento que a testemunha tem dos fatos, ou seja, é o contraste entre o depoimento e a *verdade subjetiva* da testemunha em relação aos fatos. *Falso* é o depoimento que não corresponde qualitativa ou quantitativamente ao que a testemunha viu, sabe, conhece, percebeu ou ouviu. O *critério da falsidade* do testemunho não depende da relação entre o *dito* e a *realidade*, mas da relação entre o *dito* e o *conhecimento* que a testemunha tem dessa realidade.

4.3 Limites do depoimento testemunhal

O tipo penal não perdeu de vista que a testemunha somente *depõe sobre fatos*, sendo-lhe vedada a exteriorização de opiniões ou apreciações pessoais sobre aqueles (art. 213 do CPP), tendo-lhe o legislador atribuído exclusivamente a *função* de narrar ou transmitir à autoridade processante fatos pretéritos que viu, sabe ou conhece. Falsas avaliações ou apreciações equivocadas sobre as *qualidades pessoais* do acusado ou da vítima, ainda que dolosas, não caracterizam falso testemunho, pois seu compromisso e sua função são *relatar fatos*, como fatos, enquanto fatos, sem adjetivação. Na verdade, eventuais perguntas dirigidas à testemunha relativamente a sua impressão pessoal sobre os fatos ou sobre o acusado podem ser altamente lesivas à ampla defesa, podendo ser objeto de impugnação, impedindo que

sejam consideradas pelo julgador.

Quem incorre em *falso testemunho* transgride a obrigação de dizer a verdade, e essa obrigação da testemunha situa-se em pontos ou aspectos essenciais e não meramente acidentais, acessórios ou secundários, que, por isso mesmo, não têm maior influência no julgamento final, deixando, consequentemente, de apresentar a *potencialidade lesiva* exigida para configurar o crime.

4.4 Falsidade sobre fato juridicamente relevante

A *falsidade* do testemunho, no entanto, não é a que recai sobre qualquer fato, mas somente a que incide sobre *fato juridicamente relevante* e, evidentemente, desde que tenha pertinência com o objeto do processo de que cuida. Por isso, como adverte Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 554), "se a falsidade consistir em circunstâncias inócuas, se versar *super accidentalibus* ou fatos estranhos à matéria probante, não se apresenta o delito". Com efeito, desaparece a *ratio* da incriminação se a falsidade incidir sobre fatos acidentais, secundários, sem potencialidade para influir sobre o futuro julgamento, ou alheios ao *thema probandum*. Sem potencialidade lesiva, o falso testemunho será um ato imoral, antiético, mas não antijurídico. A falsidade que incide sobre circunstância ou fato juridicamente irrelevante não afeta a prova nem atinge o interesse tutelado pela lei.

É indispensável, em outros termos, que o *fato falso* (afirmado, negado ou silenciado) seja juridicamente relevante, isto é, seja considerado na apreciação final do julgador, apresentando, por isso mesmo, *potencialidade lesiva*, para poder adequar-se à descrição típica do dispositivo em exame.

4.5 Teorias sobre conteúdo e essência da falsidade

Duas teorias antagônicas pretendem definir o conteúdo e a essência da *falsidade*. Para a *teoria objetiva* há falso testemunho quando o relatado pela testemunha não corresponde à realidade; para a *teoria subjetiva*, no entanto, a falsidade reside na contradição entre o que a testemunha sabe, viu ou conhece e aquilo que declara. A primeira hipótese refere-se ao que ocorreu efetivamente; a segunda, ao que a testemunha sabe ou pensa que sabe. Naquela, o dito pela testemunha não foi o que aconteceu; nesta, contraria o que a testemunha conhece. A *teoria subjetiva* é a predominante, desde o magistério de Carrara, que ensinava: o critério da falsidade do testemunho

não depende da relação entre o *dito* e a *realidade das coisas*, mas, sim, da relação entre o *dito* e a *ciência* da testemunha.

Em síntese, para a orientação dominante, que adota a *teoria subjetiva*, falso testemunho é a divergência entre o depoimento da testemunha e o conhecimento que esta tem dos fatos. Dessa forma, configura-se o falso testemunho, por exemplo, quando a testemunha declara *falsamente* que viu um fato, que efetivamente aconteceu, mas que esta não viu. O fato *é verdadeiro*, mas a declaração de tê-lo visto é *falsa*, ou seja, há divergência entre o que afirma a testemunha e o que ela realmente viu. Em outras palavras, a *falsidade* não reside na contradição entre a realidade fática (verdade objetiva) e a afirmação da testemunha, mas entre o seu depoimento e o conhecimento que tem dos fatos (verdade subjetiva). Por isso, é atípica a conduta da testemunha que declara o que sabe (verdade subjetiva), embora seja divergente do que efetivamente ocorreu.

A prática repetida ou sucessiva, pelo agente, em um mesmo processo, de afirmação falsa (não correspondente à sua verdade subjetiva), não configura concurso de crimes, em qualquer de suas modalidades (material, formal ou continuado), pois há um único crime — falso testemunho.

4.6 Falsidade sobre a qualificação pessoal: atipicidade da conduta

Outra questão controvertida refere-se à *falsidade* que recai sobre *qualificação pessoal* da testemunha, que, por exemplo, omite ser ascendente ou descendente de alguma das partes do processo, alterando dados tais como nome, idade, estado civil, relação de parentesco etc. Para alguns, a qualificação é uma formalidade essencial, que pode influir no valor probante do depoimento, e ao ofender diversos interesses em litígio atenta contra a administração da justiça. Para outros, essas questões pessoais não se vinculam aos fatos objeto da causa, não integrando, portanto, o objeto da proteção penal. Finalmente, para uma terceira orientação, não há crime porque na qualificação da testemunha não há propriamente *depoimento* em sentido estrito. Seguindo o primeiro entendimento, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 478) sustentava que “semelhante falsidade pode influir, talvez decisivamente, sobre o julgamento, dado o prestígio de insuspeição que assumirá a testemunha”. Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 554), a despeito de reconhecer a possibilidade de a omissão de parentesco poder influir na credibilidade do testemunho, sustenta, contrariamente a Hungria,

que “não se trata, porém, de fatos da causa, e, sim, de condição pessoal da testemunha, motivo pelo qual Manzini não admite que possa haver em tal caso o crime de falso testemunho”.

Concluindo, a falsidade de um depoimento somente pode referir-se a fatos, e não à qualidade ou condição pessoal da testemunha, que, ademais, não é objeto da investigação processual-procedimental.

4.7 Inverdades na qualificação pessoal da testemunha

Ora, a despeito da importância indiscutível da *qualificação pessoal* da testemunha, embora constituam informações úteis e até necessárias, tais declarações não integram o depoimento propriamente dito sobre a integridade na qual recai a tutela penal. O *falso testemunho* tem relação com o objeto da prova, que é sua finalidade, e não com o questionário preliminar destinado a identificar a testemunha. Aliás, essa assertiva fica tão evidente no *quotidiano forense*, quando os magistrados, primeiro, determinam, através do funcionário encarregado, que se proceda à *qualificação da testemunha* (com todos os seus dados pessoais), por “termo em separado”, da qual nem sequer o magistrado toma parte; após, em ato independente, separado, procede-se à “assentada” ou tomada das declarações da testemunha, que só então presta o compromisso de falar a verdade sobre os fatos da causa, e não sobre sua qualificação pessoal.

4.8 A paradoxal condição de imputado travestida na de “testemunha”

O acusado não apenas tem direito ao silêncio, como, inclusive, o de faltar com a verdade, em sua própria defesa. A condição de acusado exclui, *ipso facto*, a de testemunha. Nesse sentido, é incensurável o magistério de Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 861), quando afirma: “... a condição de imputado exclui a de testemunha. Além de ser parte no processo penal, não tem a obrigação de dizer a verdade — limite da punibilidade de uma declaração falsa. No delito em foco a condição de testemunha — em sentido material — é elemento do tipo penal. E tal condição não possui o imputado, ainda que declare como testemunha”.

Quem é investigado tem assegurado pela Constituição não apenas o direito ao silêncio, mas fundamentalmente o direito de não produzir prova contra si mesmo. Por isso, quem é investigado, ainda que dissimuladamente

pela autoridade investigante/processante, como sói acontecer nas *Comissões Parlamentares de Inquérito* (e, por vezes, nas Investigações procedidas pelo Ministério Público), que fraudam a relação processual, procurando impor ao investigado o compromisso de dizer a verdade a quem é potencialmente investigado, pretendendo "extorquir" declarações sob a ameaça do crime de falso testemunho, eventual declaração que não corresponda à realidade (fazendo afirmação falsa, negando ou calando a verdade) não tipifica o crime de falso testemunho, pois o compromisso prestado é materialmente inválido por contrapor-se ao texto constitucional. O *investigado*, além de ser parte no processo, não tem a obrigação de dizer a verdade, pois poderá estar produzindo prova contra si mesmo. No crime de falso testemunho a condição de testemunha — no seu aspecto material — é elementar do tipo, e o investigado/processado, certamente, não possui essa condição. Consequentemente, se o "investigado/testemunha" falsear a verdade em suas declarações, sua conduta será absolutamente atípica.

4.9 Falsidade da conduta da autoridade: altamente censurável

Falso, na verdade, nessas condições, não são as declarações do investigado por não corresponder à realidade dos fatos, mas é a conduta da autoridade processante, que além de antiética e imoral é também antijurídica, tendo sido objeto, invariavelmente, de concessões de ordem de *habeas corpus* por nossa Corte Suprema, para assegurar direito que nossos parlamentares deveriam não apenas conhecer e respeitar, mas, principalmente, defender. A única forma de coibir essa odiosa praxe que se instalou no parlamento nacional é criminalizar essa conduta fraudulenta de autoridades que forçam os investigados a prestar compromisso, quando sabidamente, ou dissimuladamente, são objeto da investigação.

4.10 Limite espacial do falso testemunho: judicial e extrajudicial

O falso testemunho deve ser praticado em *processo judicial* (civil, trabalhista ou criminal), em *inquérito policial* (mero procedimento inquisitório, pré-processual, em boa hora corrigido o texto original <processo policial> pela Lei n. 10.268/2001), em *processo administrativo* (instrumento para apurar e punir infrações funcionais, perante a autoridade administrativa), em *juízo arbitral* (instituição cuja função é solucionar conflitos que lhe são confiados, fora do âmbito do Poder Judiciário, ainda pouco utilizado no direito brasileiro) ou em *inquérito parlamentar*

(procedido por Comissão Parlamentar — Lei n. 1.579/52).

A previsão do Código Penal de 1940 é mais abrangente que aquela prevista no Código Penal de 1890, que se limitava a criminalizar o falso praticado *em juízo*. Por último, a Lei n. 1.579/52 estendeu a tipificação da prática dessa infração penal na Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 4º, II).

5 Compromisso legal de dizer a verdade: testemunha não compromissada

Toda pessoa pode ser *testemunha*, de acordo com o art. 202 do CPP; contudo, *nem toda pessoa tem o dever jurídico de depor* (art. 206 do CPP). Ademais, o art. 207 do mesmo diploma legal *proíbe de depor*, quando não desobrigadas pelo interessado, "as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão devem guardar segredo".

Tem-se questionado a possibilidade de *testemunha não compromissada* (arts. 206 e 208 do CPP) poder cometer o *crime de falso testemunho*. A corrente majoritária tem sustentado que como o juramento ou compromisso não é *pressuposto* do crime, resulta indiferente tratar-se de *testemunha numerária* ou *testemunha informante*. A corrente minoritária, no entanto, a qual nos filiamos, sustenta a impossibilidade de as testemunhas não compromissadas (meros informantes) praticarem *falso testemunho*, ante a inexistência do compromisso legal de dizer a verdade, em razão do vínculo que as prende a uma das partes e que as torna desmerecedoras da mesma credibilidade das demais, isto é, das testemunhas numerárias.

Em síntese, para a primeira orientação, é desnecessário o compromisso para a caracterização do crime de falso *testemunho* ou *falsa perícia*, considerando-se que todos têm o *dever de dizer a verdade em juízo*, além de que o compromisso não mais integra esse crime de falso, como ocorria no Código Penal de 1890; para a segunda, é indispensável o *compromisso*, pois sua ausência transforma quem seria testemunha em *mero informante*, devendo o juiz valorar adequadamente suas "declarações" (informante não presta depoimento, mas declarações ou informações), usando seu livre convencimento na apreciação de todo o contexto probatório.

5.1 Falso testemunho independe do compromisso de falar a verdade

A doutrina majoritária, com efeito, tem procurado demonstrar, ao longo do tempo, que, como o legislador de 1940 eliminou o juramento ou o compromisso de dizer a verdade por parte da testemunha, como *pressuposto* do crime de *falso testemunho* — não distinguindo testemunha compromissada e não compromissada —, também esta comete o crime de "perjúrio", isto é, aquela que, por alguma razão, é dispensada do compromisso de dizer a verdade — *ascendente, descendente, afim em linha reta, irmão ou cônjuge* do acusado (art. 206 do CPP) —, pois, segundo Hungria, não pode "prestar impunemente testemunho falso". Em sentido semelhante, manifestava-se Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 379), argumentando que "não estão dispensadas de dizer a verdade, já que por seus depoimentos pode o juiz firmar a convicção, o que lhe é perfeitamente lícito, em face do princípio inconcusso, consagrado pelo Código de Processo, do livre convencimento... Observe-se também que a lei penal não distingue ao se referir à testemunha. Por outro lado... seria inútil permitir-lhes o depoimento". Na mesma linha, adverte Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 553): "Tais testemunhas, ditas *informantes*, se resolverem depor, deverão dizer a verdade, ficando igualmente sujeitas às penas do falso testemunho. Poder-se-á, entretanto, sustentar, com mais propriedade, que, estando elas desobrigadas de prestar compromisso (CPP), podem falsear a verdade". Segue a mesma trilha Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 862), afirmando: "Assim sendo, independentemente de terem prestado compromisso legal, tanto podem praticar o crime a testemunha numerária como a informante. Aliás, convém salientar, dado o princípio do livre convencimento do juiz, que rege nosso Direito Processual Penal (arts. 157 e 182, CPP; arts. 131 e 436, CPC), pode o juiz fundamentar sua sentença no depoimento de testemunha compromissada ou não compromissada".

5.2 Sem compromisso não há crime de falso testemunho

Em sentido contrário, no entanto, a nosso juízo acertadamente, Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 513), com a perspicácia de sempre, pontificava: "Em relação à *testemunha* é indispensável que tenha prestado o compromisso legal (art. 203 do CPP), pois somente neste caso surge o dever da verdade. Não pratica crime a testemunha que é mero informante (RT 492/287; 508/354)". No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*, p. 1069), jovem e talentoso

magistrado brasileiro, destaca: “Entretanto, se, ao contrário, a ela expressamente não deferir o compromisso, deixando claro tratar-se de meras declarações, não há como punir o sujeito que mentiu. Sem o compromisso, não se pode exigir que o depoente fale a verdade, mesmo porque as pessoas que estão imunes à promessa de dizer a verdade são justamente as que não têm condições emocionais de fazê-lo ou, por conta de deficiência mental ou falta de maturidade, terminam não narrando a verdade. Como se pode exigir do pai do réu — eximido da obrigação de depor (art. 206, CPP) — que conte a verdade do que aconteceu, mesmo sabendo que o filho pode ir, graças ao seu depoimento, para a cadeia?”.

5.2.1 A melhor orientação doutrinária

Sem sombra de dúvidas, a melhor orientação é essa defendida por Heleno Cláudio Fragoso e muito bem sustentada por Guilherme de Souza Nucci, com argumentos sólidos, lógicos e jurídicos, que enfraquecem qualquer argumento em sentido contrário. Excepcionalmente — diz o art. 206, *in fine* — quando por outra forma não for possível obter ou integrar a prova do fato e de suas circunstâncias, pode o magistrado determinar a inquirição dessas pessoas, *embora sem lhes deferir o compromisso* (art. 208). Qual a razão, afinal, da dispensa do compromisso? Qual é o fundamento ético e jurídico do dever de declarar a verdade? Será o livre convencimento do juiz, como fundamentam os doutrinadores citados anteriormente, ou ...? O *dever da verdade* será um dever público, isto é, um dever genérico, ou será um *dever especial*, a ponto de a testemunha assumir o compromisso, declarando-o formalmente, de fazê-lo?

Por fim, porque as testemunhas que, como tal, comparecem aos autos devem prestar compromisso da verdade, e as pessoas desobrigadas de depor, quando, por indispensável necessidade, recolhe-se suas declarações, não prestam tal compromisso? Seguramente, deve haver uma razão para aquelas serem obrigadas a se comprometerem com a verdade, e estas, as informantes, não, caso contrário todas deveriam assumir o mesmo compromisso. Se as consequências fossem as mesmas de quem presta compromisso e de quem não o presta, não haveria razão alguma para que dele fosse dispensado; valendo lembrar, ademais, a velha e pertinente lição de que a lei não tem palavras inúteis, e, acrescentaríamos, muito menos comandos ou sanções inúteis ou sem sentido.

5.3 Testemunha “versus” declarante ou informante

Ora, toda a construção legislativa está muito clara no sentido de que o legislador diferenciou *testemunha* do mero *declarante* ou informante. O *valor probante da testemunha* é um, e o resultado das declarações obtidas pelo juiz de *meros informantes* ou declarantes é recebido e avaliado sempre com muita reserva pelo julgador, ou seja, não tem o mesmo valor probatório da testemunha, porque não são testemunhas, porque não têm a obrigação e o compromisso com a verdade, não estão sujeitas às consequências do falso testemunho, porque estão emocionalmente vinculados a uma das partes, porque, por própria natureza humana e pelos laços familiares, não podem ser imparciais e racionalmente neutras no desenrolar do processo, como é dever da testemunha.

Com efeito, o dever da verdade não é genérico, mas especial, e não decorre automaticamente da lei que obrigaria a todos, mas decorre do compromisso individual daquelas pessoas que podem e são obrigadas a depor como testemunhas. Fosse o dever da verdade uma obrigação universal decorrente da lei seria desnecessário o compromisso obrigatório da testemunha. E a obrigação de uns prestarem compromisso a outros não comprova diversidade de função e de responsabilidades. A dispensa do compromisso significa exatamente que o legislador reconheceu a impossibilidade de delas exigir a fidelidade à verdade, admitindo a dificuldade que os vínculos familiares naturalmente acarretam ao ser humano. Tanto que a advertência prevista no art. 210, parte final, do CPP destina-se somente às testemunhas compromissadas: “devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho”.

5.4 Vítima não é testemunha — é parte interessada

Convém registrar que a vítima também não presta compromisso de dizer a verdade, pois não pode ser obrigada a prestar declarações (a vítima não presta depoimento) em juízo contra os seus interesses, violentando suas próprias convicções, ou mesmo seu legítimo direito de sentir-se injustiçada pelo acusado, seu ofensor. Ora, a vítima é tão informante (não é testemunha) quanto aquelas pessoas desobrigadas a que nos referimos anteriormente; ademais, a vítima nem integra o capítulo relativo à testemunha.

Naturalmente, o magistrado, no processo de valoração e avaliação do

contexto probatório, fará a apreciação das declarações dos informantes com redobrada cautela, e as confrontará com o acervo probatório constante dos autos, e, por certo, não perderá de vista que ditas declarações têm natureza subsidiária em relação à prova propriamente dita.

5.5 Entendimento contraditório de Hungria

No entanto, incompreensivelmente, o mesmo Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 484-5) adotava entendimento diverso em relação às pessoas *proibidas de depor* (art. 207 do CP), que resolvessem fazê-lo, nos termos seguintes: "Assim, se qualquer dessas pessoas, embora não desobrigadas, deixar-se inquirir, mas deturpando ou negando a verdade, ou deixando de revelar tudo quanto sabe, não cometerá o crime em exame, senão, se for o caso, o de violação de segredo profissional (art. 154)". As primeiras — familiares do acusado (art. 206) — têm a faculdade de não depor, e as últimas são proibidas de fazê-lo (sigilo profissional) — que são, digamos, graus diversos de vedações. No entanto, não vemos razão alguma para aquelas, *falseando a verdade*, incorrerem em *crime de falso testemunho*, ao passo que estas não: nenhum fundamento lógico ou jurídico autorizaria essa interpretação distinta. Embora, na nossa concepção, ao contrário do que sustentava Hungria, é de que nem aquelas nem estas respondem por crime de falso testemunho, exatamente porque são dispensadas do compromisso de dizer a verdade, e quando se decidir ou precisar ouvi-las o juiz receberá suas declarações com as cautelas devidas, isto é, valorando-as como *informações* e não como *testemunhos legais*, como ocorre também na hipótese, por exemplo, de testemunha contraditada, e que tenha sido admitida a contradita.

Logicamente, também não podem ser acusadas do crime de *falso testemunho*, quando admitidos a depor, os doentes mentais ou com desenvolvimento mental incompleto e os menores (arts. 26 e 27 do CP), em razão da natural *inimputabilidade*.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de fazer afirmação falsa, de negar ou calar a verdade. Além da consciência da ação que pratica e de suas consequências, é necessário que o sujeito ativo tenha ciência de que está praticando uma falsidade, seja em relação ao

testemunho, seja em relação à perícia. Tanto o falso testemunho quanto a falsa perícia admitem o dolo eventual, segundo entendimento majoritário da doutrina nacional, com o que não estamos de acordo.

A nosso juízo, é necessário um *elemento subjetivo especial do tipo*, qual seja o especial fim de causar prejuízo a alguém ou à simples administração da justiça. O *fim especial* de obter prova em processo criminal, que seria um elemento subjetivo especial do injusto, qualifica o crime, tornando-o mais desvalioso e, consequentemente, mais penalizado.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *falso testemunho* com o encerramento do ato processual do depoimento e a respectiva assinatura da testemunha, do tradutor ou intérprete; a *falsa perícia*, com a entrega do laudo que traz em seu bojo a falsidade pericial. Para sua tipificação é irrelevante que a falsidade tenha ou não influído na decisão proferida no processo.

A tentativa, embora de difícil configuração, é teoricamente admissível na *falsa perícia*, mas impossível no falso testemunho, salvo quando o testemunho for prestado por escrito (art. 221, § 1º, do CPP — crime plurissubsistente).

8 Substituição de qualificadora por majorantes

O § 1º anterior previa uma pena de dois a seis anos quando a *finalidade* da ação fosse *obter prova destinada a processo penal*, ou seja, cominava o dobro daquela prevista para o *caput*. Pela nova lei aquela qualificadora passa a constituir majorante obrigatória, que autoriza a elevação da pena aplicada entre um sexto e um terço. Essa majorante verifica-se quando o crime é cometido com o *fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, que, no sentido do texto legal,* abrange tanto a ação quanto o inquérito penal. A razão de ser dessa qualificadora é a "importância dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, que pairam acima de todos os demais".

A majorante do emprego de *suborno* (constante do anterior § 2º) também foi incluída no § 1º, que, assim, passou a contemplar duas figuras: *praticado mediante suborno ou com o fim de obter prova destinada a processo penal*. A segunda majorante, que alguns doutrinadores denominam "qualificadora", ocorre quando *o crime é praticado mediante suborno,*

entendido este como recompensa, oferta ou qualquer outra vantagem de cunho patrimonial.

9 Retratação do falso testemunho ou falsa perícia

Há hipóteses legais em que a retratação exime o réu de pena. Esses casos são os de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia. Pela retratação o agente reconsidera a afirmação anterior e, assim, procura impedir o dano que poderia resultar da sua falsidade. *Retratação* é o ato de desdizer, de retirar o que se disse, de admitir a inverdade e corrigi-la. Retratação não se confunde com negação do fato ou negativa de autoria, pois pressupõe o reconhecimento de uma afirmação confessadamente errada, inverídica. Negar o fato — calúnia, difamação ou falso testemunho — não é *retratar-se*. É indispensável que o agente se desdiga, isto é, retire expressamente o que afirmara. Pela *retratação* o agente reconsidera a afirmação anterior, e, assim, procura impedir o dano que poderia resultar da sua falsidade.

A retratação ou *declaração da verdade* exclui a punibilidade na *falsa perícia* ou no *falso testemunho*. A *declaração da verdade* é o meio de corrigir o silêncio com o qual o agente a ocultou ou a mentira com a qual a falseou (art. 342, § 3º). Nessa hipótese, a retratação deve ser completa e ocorrer antes da publicação da sentença no processo em que ocorreu a falsidade. A retratação, nos crimes contra a honra, por sua vez, somente é admitida na calúnia e difamação, sendo inadmitida na injúria.

9.1 Limites dos efeitos decorrentes da retratação

Os efeitos decorrentes da retratação são limitados à área criminal, não havendo nenhum reflexo no plano indenizatório, por exemplo. O próprio Código Penal encarrega-se de definir a *natureza jurídica* da retratação ao relacioná-la como *causa extintiva da punibilidade* (art. 107, VI). Admitimos que foram razões puramente de *política criminal* que levaram o legislador de 1940 a optar por atribuir o efeito extintivo da punibilidade à retratação cabal e definitiva levada a efeito antes da sentença. Nesse sentido, aceitamos o entendimento de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 26), segundo o qual "A *retratação* é uma espécie de arrependimento eficaz (art. 13) que se opera após o *eventus sceleris*".

A punição, efetivamente, é a consequência natural da realização da *ação*

típica, *antijurídica* e *culpável*. No entanto, após a prática do fato delituoso podem ocorrer causas que impeçam a aplicação ou execução da sanção respectiva; não é a ação, porém, que se extingue, mas o *ius puniendi* do Estado, ou, em outros termos, como dizia o Min. Francisco Campos: "O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados, no art. 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado. Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do *direito de punir do Estado*. Deve-se dizer, portanto, com acerto, que o que cessa é a *punibilidade* do fato, em razão de contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade" (Exposição de Motivos). De observar, porém, que o crime, como fato, isto é, como ilícito penal, permanece gerando todos os demais efeitos civis, pois uma causa posterior não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço; não impede, por exemplo, a propositura de *ação reparatória cível* (art. 67, II, do CPP).

9.2 Não exigência formal para a retratação

Não há exigência de qualquer formalidade para a validade da retratação. É suficiente que seja por escrito, nos autos; deve ser completa, cabal, isto é, abrangendo tudo o que o ofensor disse contra o ofendido, e incondicional. Sua incondicionalidade justifica-se por ser ato unilateral e produzir efeitos independentemente da aceitação da vítima. Pode ser feita pelo próprio ofensor ou por seu procurador com poderes especiais para esse fim.

9.3 Incomunicabilidade da retratação

A retratação é uma circunstância subjetiva, de caráter pessoal, que não se comunica aos demais participantes, na hipótese de concurso de pessoas. Em se tratando de concurso de crimes, falso testemunho e calúnia, por exemplo, a retratação produz seus efeitos somente em relação ao crime (ou fato) a que se refere; isso significa que, havendo dois crimes, o agente pode *retratar-se* em relação a um e manter a imputação em relação a outro, sem que isso sirva para invalidar a retratação, e essa individualização tampouco pode ser entendida como retratação parcial, condicional ou incompleta, pois esses atributos são exigíveis em relação a cada fato em particular, capazes de configurar uma unidade delitiva.

A previsão legal, enfatizando, permite que a *retratação* possa ser feita somente até antes da publicação da sentença, embora haja decisão admitindo sua realização até antes do julgamento do recurso. Na verdade,

retratação proferida após a publicação da sentença, mesmo recorrível, é absolutamente ineficaz para fins de extinção da punibilidade. Deverá, no máximo, ser considerada na dosimetria penal.

10 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de reclusão, de um mês a três anos, e multa. O § 1º comina pena de reclusão, de dois a seis anos, e multa; o § 2º prevê aumento de um terço das penas elencadas no *caput* do artigo. A partir de 29 de agosto de 2001, a qualificadora do § 1º foi substituída por uma majorante, que eleva a pena aplicada de um sexto a um terço, sendo, nesse particular, retroativa (Lei n. 10.268/2001), por representar menor gravidade que a previsão anterior. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"É possível a participação no delito de falso testemunho (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). A retratação de um dos acusados, tendo em vista a redação do art. 342, § 2º, do Código Penal, estende-se aos demais corréus ou partícipes" (STJ, HC 36.287/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17-5-2005).

'Falso testemunho. Retratação. A retratação do agente de crime de falso testemunho, antes da sentença final, extingue a punibilidade" (TJRS, Apelação 70006528145, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 14-8-2003).

"Falso testemunho (art. 342 do CP). Coautoria. Participação. Advogado que instrui testemunha a prestar depoimento inverídico nos autos de reclamação trabalhista. Conduta que contribuiu moralmente para o crime, fazendo nascer no agente a vontade delitiva. Art. 29 do CP. Possibilidade de coautoria. Relevância do objeto jurídico tutelado pelo art. 342 do CP: a administração da justiça, no tocante à veracidade das provas e ao prestígio e seriedade da sua coleta. Relevância robustecida quando o partícipe é advogado, figura indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF). Circunstâncias que afastam o entendimento de que o partícipe só responde pelo crime do art. 343 do CP" (STF, RHC 81.327/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11-12-2001).

Art. 343. Dar, oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço,

se o crime é 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.

— *Caput* e parágrafo único com redação determinada pela Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

A corrupção ativa de testemunhas e peritos tradicionalmente recebeu a mesma pena do crime de falso testemunho ou falsa perícia. No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) criminalizava o falso testemunho ou a falsa perícia, mas absteve-se de prever, como crime autônomo, a corrupção ativa de testemunha ou perito. O Código Penal de 1890 incluiu o falso testemunho entre os crimes contra a fé pública (art. 261) e, em separado, equiparava à testemunha o perito, intérprete ou arbitrador, aplicando-lhe as mesmas sanções do falso testemunho (art. 262). O Código Penal de 1940 deu o mesmo tratamento ao falso testemunho e à falsa perícia, reunindo-os em um mesmo dispositivo legal (art. 342). Distinguiu, contudo, a *corrupção ativa de testemunhas e peritos*, atribuindo-lhe a condição de crime autônomo, diverso tanto do falso testemunho ou falsa perícia como também da corrupção ativa e passiva.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a administração da justiça, especialmente a idoneidade e probidade de uma das funções mais relevantes do Estado; o falso testemunho ou falsa perícia, mediante suborno, macula idoneidade e eficácia dessa relevante função estatal de distribuição de justiça, atingindo a pureza, limpidez, imparcialidade e probidade da instrução probatória, cuja finalidade é propiciar uma decisão final justa e imparcial.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente da presença de qualquer qualidade ou condição especial, tratando-se, portanto, de crime comum. O destinatário do suborno ou propina deverá, esse sim, ostentar a

qualidade ou condição de *testemunha*, *perito*, *contador*, *tradutor* ou *intérprete*, para que possa atender o desejo do sujeito ativo, qual seja, *fazer afirmação falsa*, *negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.*

Sujeitos passivos do crime de falso testemunho ou de falsa perícia, mediante suborno, são a Administração Pública (Administração da Justiça), representada pelo Estado, no seu legítimo interesse de desenvolver regularmente a atividade judiciária, na busca infatigável de distribuir, adequadamente, justiça, e, se ocorrer, o eventual ofendido, lesado ou prejudicado pelo crime de falso testemunho ou falsa perícia.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica alternativamente prevista consiste em *dar* (entregar, conceder, presentear), *oferecer* (apresentar, colocar à disposição) ou *prometer* (obrigar-se a dar) dinheiro ou qualquer outra utilidade (*vantagem indevida* de qualquer natureza: material ou moral) a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete *para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade* em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação. A oferta ou promessa, ainda que feitas indiretamente, admitem vários meios de execução.

Trata-se de um *tipo especial*, que se compõe de elementos objetivos, subjetivos e normativos, o qual exige, além de dolo, um elemento subjetivo especial do injusto. Para que se configure o tipo penal, todos esses elementos devem constar do fato concretizado pelo agente. A ausência de qualquer deles afasta a tipicidade da conduta. Para sua melhor compreensão, faremos a decomposição analítica deste tipo penal, destacando suas elementares:

Poderá o agente valer-se de diversos meios de execução (palavras, escritos, gestos etc.) destinados a obter falsidade de testemunha ou perito sobre fato ou circunstância relevante na decisão da causa. Se a testemunha, perito, tradutor ou intérprete aceita efetivamente a oferta ou promessa, pratica o delito do art. 342, § 1º, do CP. No entanto, se o corrompido for funcionário público, o crime tipificado é o previsto no art. 333 do CP.

4.1 Objeto material: dinheiro ou qualquer outra vantagem

O objeto material do delito é o dinheiro ou qualquer outra vantagem

oferecida a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, que constitui o conteúdo da oferta, que é, digamos, o preço da testemunha venal ou do servidor corrupto. É fundamental que a ação seja idônea, inequívoca, demonstrando o real propósito do agente. Essa inequivocidade deve, necessariamente, estar presente no caso concreto, uma vez que a dação, oferta ou promessa do sujeito ativo não pode ter outro propósito que não o de "comprar" *a falsidade do testemunho* ou *da perícia*. No entanto, convém destacar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim, como não se compreende que alguém presenteie um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de reais, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas ou de chocolates, especialmente não acompanhados do propósito de corromper.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade consciente de *dar, oferecer* ou *prometer* dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. É necessário o elemento *subjetivo especial do tipo*, consistente na finalidade de obter da testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete afirmação falsa, negação ou omissão da verdade. Trata-se de um especial fim de agir, ou seja, o agente deve buscar um resultado compreendido no tipo, mas que não precisa necessariamente ser atingido.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de corrupção ativa de testemunha ou perito com a *dação, oferta* ou *promessa* de dinheiro ou qualquer outra vantagem, material ou moral (crime de mera atividade). É irrelevante que a oferta ou promessa seja aceita pela testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. É igualmente desnecessário que qualquer deles faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, perícia, cálculo, tradução ou interpretação. Se o crime não deixa de configurar-se mesmo quando a propina é repelida, com muito mais razão apresentar-se-á no caso em que, aceito o suborno, o aceitante abstém-se de prestar o testemunho falso ou falsear a perícia, tradução ou interpretação.

A tentativa é admissível apenas na hipótese de o agente utilizar-se de meio escrito para a prática do delito. No mesmo sentido é o magistério de

Regis Prado, que sentencia: “a tentativa é inadmissível, salvo se a proposta for feita por escrito e ocorrer sua interceptação ou apreensão pela autoridade antes que a testemunha ou perito dela tenha ciência”.

7 Figura majorada: qualificadora “versus” majorante

A redação original do dispositivo em exame apresentava uma figura qualificada, que foi substituída, a partir de 2001, por uma *causa de aumento*. A redação anterior duplicava a pena, mínima e máxima, tratando-se, portanto, de verdadeira qualificadora. A partir da Lei n. 10.268/2001, essa *qualificadora* passa a constituir *majorante*, prevendo a elevação da pena aplicada entre *um sexto e um terço*; mas, agora, quando se destinar a produzir prova em processo penal ou processo civil, nessa hipótese, em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta. Essa majorante aplica-se somente em parte retroativamente: aplica-se o percentual de majoração; não se aplica, retroativamente, a majorante relativa ao processo civil, porque constitui *novatio legis in pejus*.

8 Lei n. 10.268/2001: irretroatividade, ultratividade e inconstitucionalidade

Os acréscimos trazidos pela Lei n. 10.268/2001 — “contador” e “cálculos” — aplicam-se somente a fatos praticados a partir de 29 de agosto de 2001, sendo alcançados pela irretroatividade. A previsão original continua sendo aplicada a todos os fatos praticados sob sua vigência, ressalvada a *qualificadora*, que era prevista no antigo parágrafo único, cuja pena era duplicada. Nesse caso, aplica-se a nova previsão (majorante), retroativamente, por ser mais benéfica, *conjugando-se* duas leis distintas sobre o mesmo fato, extraindo-se-lhes os dispositivos mais benéficos.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, eram de reclusão, de um mês a três anos, e multa. A figura majorada previa a aplicação da pena em dobro. Essa sanção, contudo, passou a ser de três a quatro anos de reclusão, a partir de 29 de agosto de 2001 (Lei n. 10.268), e a majorante foi reduzida, passando a ser de um sexto a um terço. A ação penal é pública incondicionada.

A sanção cominada de um a três anos de reclusão (além da multa) no Código Penal foi elevada para: de três a quatro anos, sem qualquer fundamento político-jurídico, violando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. A cominação de pena, nos limites mínimo e máximo, de três a quatro anos, viola o *princípio da individualização* da pena, caracterizando verdadeira *tarifação penal* (taxatividade absoluta das penas), eliminada pelo Código Napoleônico de 1810. Esses parâmetros — três a quatro anos — impedem a *individualização judicial* da pena, consagrada no texto constitucional. Ademais, é *desproporcional* a elevação do mínimo de um para três anos, e no próprio art. 342, que é similar, foram mantidos os limites de um a três anos. No caso concreto, deve-se declarar essa inconstitucionalidade e aplicar o limite mínimo da cominação anterior.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Corrupção ativa de testemunha. Pratica o delito contemplado no art. 343, *caput*, do CP, quem oferece recompensa à testemunha para que esta preste declaração falsa em processo-crime" (TJRS, Apelação 70022032668, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 28-2-2008).

"Art. 140, § 3º Injúria racial. Art. 343. Corrupção de testemunha. Réu que lança ofensas contra as vítimas em razão da cor e, posteriormente, oferece quantia em dinheiro à testemunha para não depor contra ele no processo. O crime previsto no art. 343 do CP somente se consubstancia quando a pessoa a quem é oferecido dinheiro ou vantagem detém a condição de testemunha, o que não se verifica nos autos, uma vez que a suposta testemunha sequer tinha sido arrolada no processo. Caso de absolvição" (TJRS, Apelação 70009269317, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 9-8-2007).

"Suborno de testemunha. Infração de mera conduta. Desimporta o resultado, o tipo infracional previsto pelo art. 343, do Código Penal, exige a prática de apenas um de seus verbos nucleares para sua configuração. Havendo indícios de tal prática, impõe-se o processamento do feito" (TJRS, Apelação 70018560896, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 14-3-2007).

Coação no curso do processo

Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal de 1830 desconhecia completamente esta infração penal e o Código Penal de 1890 limitava-se a punir o uso de violência ou ameaça contra juiz ou jurado (art. 113). O Projeto Alcântara Machado já previa referida infração penal (art. 192). Finalmente, o Código Penal de 1940 ampliou a prescrição do projeto referido, para abranger, como sujeito passivo, qualquer pessoa que funcione ou for chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, ou, mais especificamente, protege-se a probidade da função judicial, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, a exemplo dos artigos anteriores. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja obstada ou desvirtuada por qualquer fator estranho ao seu desenvolvimento válido e regular, assegurando acima de tudo a imparcialidade de suas decisões. Protege-se, igualmente, a respeitabilidade e a integridade de seus funcionários.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tenha ou não interesse pessoal na demanda que se encontra em andamento, não sendo exigida nenhuma outra qualidade ou condição especial. Tratando-se de crime comum, não apresenta restrição alguma ao concurso eventual de pessoas.

Sujeito passivo é, prioritariamente, qualquer pessoa que *intervenha ou seja chamada a intervir* em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, como autoridade, parte, perito, jurado, escrivão ou testemunha, ou, ainda, a qualquer outro título, que sofra a violência ou grave ameaça praticada pelo sujeito ativo; secundariamente, o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido — a Administração Pública *lato sensu*, e, mais especificamente, a Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *usar de violência* (física) ou *grave ameaça* (promessa de mal sério, justo ou injusto, com potencialidade intimidatória), com o *fim de favorecer interesse próprio ou alheio* (de natureza material ou moral), contra autoridade (juiz, promotor de justiça, delegado de polícia), parte (autor, réu etc.) ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir (testemunha, perito, intérprete etc.) em processo judicial, policial ou administrativo, ou em *juízo arbitral*.

4.1 Violência: força física

O termo *violência* empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer, de intimidar o coagido. A violência poderá ser *imediata*, quando usada diretamente contra o próprio coagido, e *mediata*, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que este tenha relação ou afeição especial ou esteja diretamente vinculado. Não é necessário que a violência usada seja *irresistível*, bastando que seja idônea para constranger o *coato* com a finalidade de privilegiar interesse próprio ou alheio. No entanto, se *for resistível* e o resultado da ação do *coato* constituir crime, este também responderá por ele, nos termos do art. 22 do CP, embora com pena atenuada (art. 65, III, *c*). Enfim, essa interpretação assegura que não seja invocada, levianamente, a *coação* no curso do processo para justificar, impropriamente, infrações que atinjam a gravidade de crime.

4.2 Grave ameaça ou “vis compulsiva”

Grave ameaça, por sua vez, constitui forma típica da “violência moral”; é a *vis compulsiva*, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do *coato*, procurando, assim, intimidá-lo com o objetivo de favorecer interesse próprio ou alheio. Na verdade, a ameaça grave, a exemplo da violência física, também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa, tornando-a viciada. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico, mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor ao coato, e que lhe seja de capital importância, opondo-se à sua liberdade de agir e de querer.

4.3 Desnecessidade de resistência efetiva

Não é necessário que o *coato* oponha resistência efetiva contra a *coação*

ou procure superá-la por outros meios; é suficiente que, usando violência ou grave ameaça, tenha sido violentada a sua liberdade interna com o fim de satisfazer interesse do coator ou de terceiro. É indispensável, no entanto, a *relação de causalidade* entre o uso da violência ou grave ameaça e a possível submissão do coato à vontade do coator, que, na verdade, não precisa ocorrer, pois a ação deste, isto é, o favorecimento de interesse do coator ou de terceiro, é somente o elemento subjetivo do injusto que, por isso mesmo, não precisa realizar-se, sendo suficiente que seja o móvel da ação típica.

4.4 Coação objetivando pretensão legítima

Se a *coação* visar *pretensão* legítima do sujeito ativo, poderá caracterizar o crime do art. 345. Na verdade, se a finalidade pretendida pelo sujeito ativo pode ser obtida em juízo, regularmente, se preferiu consegui-la coativamente, a tipificação de sua conduta desloca-se para o crime de "exercício arbitrário das próprias razões" (art. 345).

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O *elemento subjetivo* geral é o dolo, que é representado pela vontade e a consciência de constranger a vítima, através de violência ou grave ameaça, a fazer o que a lei não determina ou não fazer o que ela manda. A consciência abrange a ilegitimidade da ação, dos meios escolhidos (violência ou grave ameaça) e a relação de causalidade entre a coação e o fim pretendido pelo sujeito ativo (favorecer interesse próprio ou alheio), sendo irrelevantes os motivos determinantes, com exceção daqueles que excluem a antijuridicidade da conduta.

5.1 Elemento subjetivo especial: interesse próprio ou alheio

O *elemento subjetivo especial* do tipo é constituído pelo *especial fim de agir*, qual seja o *fim* de favorecer interesse próprio ou alheio. Não havendo esse fim especial, a violência ou grave ameaça, o crime não será o de coação no curso do processo, mas outro qualquer, ou, pelo menos, aquele que resultar da violência ou grave ameaça (vias de fato, ameaça, lesões corporais etc.).

Embora não haja especificação legal sobre em que deve consistir o *interesse próprio ou alheio* a ser favorecido, entendemos que deve,

necessariamente, estar vinculado ao processo, qualquer dos relacionados no texto legal, como exemplificava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 492): "pode consistir, por exemplo, em impedir a decisão da autoridade ou força a emiti-la em tal ou qual sentido; em obrigar testemunha ou perito a depor ou opinar falsamente; em coagir representante do Ministério Público a não oferecer denúncia; em obstar que o escrivão da causa providencie para a publicação de um edital".

Se a coação for praticada para satisfazer pretensão legítima, ou se a violência for praticada no exercício da função ou em razão dela, poderá configurar *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345) ou *violência arbitrária* (art. 322), de acordo com as demais circunstâncias.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de coação no curso do processo no momento em que é empregada ou usada da violência ou grave ameaça, independentemente de conseguir o sujeito ativo o resultado pretendido ou de a vítima resultar amedrontada. Basta que a ameaça seja suficientemente grave para intimidar, ainda que, *in concreto*, a vítima não se intimide. Se a finalidade pretendida pelo sujeito passivo for atingida, representará somente o exaurimento do crime, cuja circunstância poderá ser considerada na dosagem da pena. Admite-se, teoricamente, a tentativa, pois, a despeito de tratar-se de *crime formal*, sua execução admite fracionamento, constituindo crime plurissubsistente.

7 Concurso com crimes praticados com violência

Determina o preceito secundário a cominação da respectiva sanção, "além da pena correspondente à violência". Assim, eventuais lesões corporais são punidas, como crime autônomo, conforme expressa disposição do tipo em exame. A *ameaça*, contudo, é absorvida pelo crime tipificado neste dispositivo. A reiteração da ameaça, com a mesma finalidade, constitui crime único.

7.1 Sistema de aplicação de penas: cúmulo material

Concluindo, a disposição do preceito secundário do art. 344 não criou uma espécie *sui generis* de concurso material, mas adotou tão somente o *sistema do cúmulo material* de aplicação de penas, a exemplo do que fez

em relação ao *concurso formal impróprio* (art. 70, 2ª parte). Assim, quando a violência usada na prática do crime de coação no curso do processo constituir em si mesma outro crime, *havendo unidade de ação* e pluralidade de crimes, estar-se-á diante de *concurso formal* (impróprio) de crimes. Aplica-se, nesse caso, por expressa determinação legal, o sistema de aplicação de pena do cúmulo material, independentemente da existência ou não de "desígnios autônomos". Na verdade, a aplicação cumulativa de penas, mesmo sem a presença de "desígnios autônomos", constitui uma *exceção* à aplicação de penas prevista para o concurso formal impróprio.

No entanto, a despeito de tudo o que acabamos de expor, nada impede que, concretamente, possa ocorrer *concurso material*, como acontece com quaisquer outras infrações penais, do crime de *coação no curso do processo* com outros crimes violentos, desde que, é claro, haja "*pluralidade* de condutas e *pluralidade* de crimes", mas aí, observe-se, já não será mais o caso de unidade de ação ou omissão, caracterizadora do concurso formal.

7.2 Dupla criminalização da violência

Concluindo, nessas hipóteses, isto é, quando a violência constituir em si mesma crime, aplica-se, *cumulativamente*, a pena correspondente a essa violência, independentemente de o *concurso de crimes* ser material ou formal, como procuramos demonstrar. Por fim, tem inteira aplicação aqui as considerações críticas que fizemos ao examinarmos o art. 352 (evasão mediante violência contra a pessoa), a respeito da *dupla criminalização da violência*, que é *elementar típica do crime*, na linha desenvolvida por Salo de Carvalho.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, *cumulativamente*, são de reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência; no entanto, como temos demonstrado reiteradamente, não significa que haja, necessariamente, concurso material de crimes, mas sim que haverá a aplicação do *sistema do cúmulo material de penas*, independentemente da existência de desígnios autônomos. Circunstâncias particulares que ocorrerem na realização da coação estão fora do tipo, mas poderão influir na dosimetria da pena, ou até mesmo excluir a sua tipicidade. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Coação no curso do processo. Decisão prolatada. Elementar do tipo penal ausente. Absolvição. Verificado que a ameaça perpetrada pelo réu contra a vítima ocorreu depois de prolatada a sentença no processo em que ambos eram partes, não está configurado o delito do art. 344, pois uma das elementares do tipo é processo em curso” (TJRS, Apelação 70022493373, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 21-2-2008).

“Comete o delito previsto no tipo do art. 344 do CP o agente que usa de violência ou grave ameaça contra parte chamada a intervir em feito judicial. A pena de multa não pode ser afastada, pois integra o preceito secundário do tipo penal, de forma cumulativa. Eventual impossibilidade de pagamento é questão a ser dirimida em 1ª instância, no juízo cível, conforme estabelecido no art. 51 do Código Penal” (TJRS, Apelação 70022319768, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 21-2-2008).

“Art. 344, CP. Demonstrado o dolo do apelante de conscientemente ameaçar a vítima para intimidá-la em razão de seu testemunho no processo em que é acusado, resta caracterizado o delito de coação no curso do processo” (TJRS, Apelação 70021999420, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 21-2-2008).

Exercício arbitrário das próprias razões

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No direito romano e no direito medieval podem-se encontrar resquícios do exercício arbitrário das próprias razões, embora, com conteúdo distinto, não deixavam de ter a mesma finalidade de impedir que o cidadão pudesse fazer justiça pelas próprias mãos. Os códigos italianos também recepcionaram a proteção legal dessa objetividade jurídica. Na legislação brasileira, essa infração penal foi desconhecida do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1890, embora tenha sido lembrada pelo Projeto Alcântara Machado, que não chegou a transformar-se em lei. Portanto, o Código Penal de 1940 inaugurou no Brasil a criminalização do ato de “fazer

justiça pelas próprias mãos", com a previsão contida no art. 345.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração da Justiça na sua função essencial, qual seja a incumbência de exercitar o monopólio assumido pelo Estado de resolver os conflitos sociais distribuindo justiça. Protege-se, em verdade, a probidade da função judicial, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Quando o particular arvora-se em julgador dos seus próprios interesses, coloca-se acima da lei e despreza o poder jurisdicional ao qual é atribuída a missão de dar a cada um o que é seu.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial; contudo, tratando-se de funcionário público, que também pode ser sujeito ativo, deve-se analisar com mais cuidado, porque, encontrando-se no exercício de suas funções, ou, agindo em razão delas, pode configurar outro crime, principalmente se houver violação de dever funcional.

Sujeito passivo, prioritariamente, é o indivíduo que sofre a ação ou seus efeitos e, *secundariamente*, como sujeito passivo formal, o Estado que sofre o descrédito no exercício de um de seus poderes institucionais, aquele cujo mister é a solução de conflitos e distribuir justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *fazer justiça pelas próprias mãos*, ou seja, valer-se de *qualquer meio de execução* (violência física, ameaça, fraude, recursos não violentos, subterfúgios etc.) tendente à satisfação de uma *pretensão* (legítima ou ilegítima), suscetível de apreciação pela autoridade judiciária. A despeito da referência à *violência* contida no parágrafo único, ao definir a natureza da ação penal, não é elemento constitutivo do crime, que pode ser praticado por qualquer meio, inclusive por fraude, tratando-se, portanto, de crime de forma livre.

4.1 Necessidade da existência de uma pretensão

A existência de uma *pretensão* constitui pressuposto indispensável da

ação incriminada, sendo irrelevante que a ela corresponda efetivamente um direito, sendo suficiente que o sujeito ativo acredite, de boa-fé, que realmente o possui. Esse aspecto deflui da elementar contida na descrição típica — *embora legítima* —, que exige interpretação contextualizada: em primeiro lugar, pode-se sustentar que essa forma alternativa de referir-se à legitimidade da pretensão está sugerindo a admissibilidade inclusive de pretensão ilegítima; em segundo lugar, a elementar, "embora legítima", estaria admitindo alternativamente tanto pretensão legítima quanto ilegítima, indistintamente; e, por fim, em terceiro lugar, essa locução exige, na verdade, que a pretensão seja subjetivamente legítima, ainda que, objetivamente, isso não se confirme. Em outros termos, é necessário que o agente esteja convencido de que sua pretensão tem respaldo legal, estando, por conseguinte, legitimado a defendê-la. Evidentemente, essa terceira orientação é a correta, embora permaneça a divergência interpretativa sobre o grau ou nível da (i)legitimidade. Nessa análise, não se pode ignorar as condições pessoais do sujeito ativo, devendo-se considerar seu nível cultural, formação pessoal, educação, ambiente em que foi criado e sua capacidade intelectual para que se possa valorar adequadamente sua capacidade de avaliar a legitimidade ou não de sua pretensão.

4.2 Natureza do direito objeto da pretensão

É irrelevante a *natureza do direito* objeto da pretensão, podendo ser de *direito real* (propriedade, servidão, usufruto), *direito obrigacional* (posse, mútuo, contratos diversos) ou de *família* (pátrio poder, coabitação, tutela), desde que o agente acredite ser seu legítimo titular. O objeto da ação arbitrária — coisa, direito ou gênero — deve encontrar-se na posse ou gozo de outrem, isto é, de pessoa diversa do agente, pois somente assim se pode reivindicar. Ademais, pode ser direito próprio ou de terceiro, nesse caso, desde que o faça como representante legal ou procurador.

A expressão "salvo quando a lei o permite" constitui elemento normativo do tipo, referente à ausência de uma causa de *justificação* "*lato sensu*", que, se presente, exclui a tipicidade da conduta. Parece-nos exagerada a expressão de Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 524) de que se exclui a antijuridicidade nos casos em que a lei "permite a violência privada", pois seria extremamente reduzida essa possibilidade, como o desforço imediato para a retomada da posse ou propriedade, a legítima defesa, a retorsão imediata nos crimes contra a honra etc.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo da ação é o dolo constituído pela vontade consciente de fazer justiça pelas próprias mãos, com a convicção de que sua pretensão é legítima, isto é, subjetivamente lícita. Se o agente agir consciente de que sua pretensão não é legítima, não se pode falar de exercício arbitrário das próprias razões, porque, antecipadamente, o próprio agente reconhece que razão não tem. Nesse caso, o crime será outro e não este.

Exige o *elemento subjetivo especial do tipo*, representado pelo especial fim de agir, qual seja "para satisfazer pretensão" sua. Ao contrário do que afirmam alguns autores, essa finalidade especial do tipo não é integrada pelo fim de *afrontar a justiça*, que, aliás, pode até nem ter feito parte da avaliação do agente quando optou pela conduta arbitrária.

6 Consumação e tentativa

Existem duas posições sobre a consumação: a) consuma-se com a satisfação da pretensão pelo agente; b) consuma-se com o emprego dos meios de execução, ainda que a pretensão não seja satisfeita.. Acompanhamos a segunda orientação, sustentando que o crime se consuma com a simples conduta do agente empregando o meio arbitrário com o fim de satisfazer sua pretensão, independentemente do êxito de sua diligência. Criticando essa concepção, Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 524) advertia: "não nos parece este o melhor entendimento, já que o crime é fazer justiça pelas próprias mãos e não se pode dizer que faz justiça quem apenas tenta fazê-la". Não lhe assiste razão, contudo, pois Fragoso estava ignorando que o resultado da ação não era objeto do dolo, e apenas representava o fim pretendido pelo agente, isto é, o elemento subjetivo especial do injusto — *para satisfazer pretensão* — e, como tal, não precisa realizar-se para que o crime se consume, sendo suficiente que tenha sido o móvel da ação. A tentativa é admissível, pois se trata de crime plurissubsistente, que comporta fracionamento de sua fase executória.

7 Concurso com crime resultante de violência: sistema do cúmulo material

Determina o preceito secundário a cominação da respectiva sanção,

"além da pena correspondente à violência". Assim, eventuais lesões corporais são punidas, como crime autônomo, conforme expressa disposição do tipo em exame. A *ameaça*, contudo, é absorvida pelo crime tipificado nesse dispositivo. A reiteração da ameaça, com a mesma finalidade, constitui crime único.

Discordamos, como já demonstramos, da afirmação de que há sempre concurso material do presente crime com a violência física a que vier dar causa (lesão corporal ou homicídio). Na verdade, há sempre o *cúmulo material das penas* aplicáveis (sistema de aplicação de pena), mas a espécie de concurso dependerá da unidade ou diversidade de ações praticadas. Tudo o que sustentamos no capítulo anterior a respeito da aplicação cumulativa da pena tem inteira aplicação neste artigo, deixando, por isso, de repeti-lo neste espaço.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, *alternativamente*, são de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência, adotando-se o *sistema de aplicação de penas do cúmulo material*, a exemplo do que ocorre com o concurso formal impróprio e com o concurso material de crimes. A ação penal será *pública incondicionada*, na hipótese de emprego de violência física contra a pessoa. Se não houver emprego de violência física à pessoa, a *ação será de iniciativa privada*, somente se procedendo mediante queixa (que deve observar o prazo decadencial).

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 do Código Penal. Desclassificação. Impossibilidade. Para o crime de exercício arbitrário das próprias razões é necessária que a pretensão do agente seja legítima ou que a suponha legítima, neste caso amparada por convincente engano e cuja satisfação poder-se-ia postular em juízo. A conduta praticada pelo réu e seu comparsa, mediante o emprego de grave ameaça, não se reveste de qualquer justificativa jurídica a abonar tivessem agido no exercício das próprias razões. Pelo contrário, demonstram o agir com *animus furandi*, ajustando-se perfeitamente naquela descrita no art. 157 § 2º, I e II, do Código Penal" (TJRS, Apelação 70018148809, Rel. Roque Miguel Fank, j. 8-8-2007).

"Absorção do delito de porte ilegal de arma de fogo pelo de exercício arbitrário das próprias razões. Impossibilidade. De acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve (Precedentes do STF

e do STJ)" (STJ, REsp 878.897/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15-3-2007).

"Exercício arbitrário das próprias razões. Não restando configurado o delito de fazer justiça pelas próprias mãos, simplesmente pelo fato de que tinham os querelados a composse do imóvel ocupado pelo querelante, a absolvição do réu é medida que se impõe" (TJRS, Recurso Crime 71001074012, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 12-3-2007).

Art. 346. Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 não previram a incriminação do fato objeto do art. 346, que foi introduzido pelo Código Penal de 1940, com defeituosa redação, como advertia Magalhães Drumond (*Comentários ao Código Penal*, p. 384), que, acertadamente, sugeria o seguinte texto: "Tirar, suprimir, destruir, ou danificar coisa própria, de cuja detenção se achar privado por determinação judicial ou convenção". E acrescentava Drumond: "Desnecessárias, sempre, as palavras, — 'que se acha em poder de terceiro', bradantemente excessivas, enquanto à hipótese da *tirada*, de vez que somente a outrem se pode *tirar* qualquer coisa".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido, a exemplo do artigo anterior, é a Administração da Justiça na sua função essencial, qual seja a incumbência de exercitar o monopólio assumido pelo Estado de resolver os conflitos sociais distribuindo justiça. Quando o particular arvora-se em "justiceiro" dos seus próprios interesses, coloca-se acima da lei e despreza o poder jurisdicional ao qual é atribuída a missão de solucionar os conflitos sociais e dar a cada um o que é seu.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que, *in concreto*, detenha a condição especial de ser o *proprietário*, *dono* ou *possuidor* da "coisa"

objeto material das condutas tipificadas, a qual, como diz o texto legal, *deve ser sua*; contudo, tratando-se de funcionário público, que também pode ser sujeito ativo, deve-se analisar com mais cuidado, porque, encontrando-se no exercício de suas funções, ou agindo em razão delas, pode configurar outro crime, principalmente se houver violação de *dever funcional*.

Sujeito passivo direto e imediato é a pessoa com quem se encontra a coisa objeto material das ações incriminadas, pois é quem sofre diretamente o dano ou lesão consequente à ação realizada, indevidamente; e, *secundariamente*, também é sujeito passivo o Estado, via Administração da Justiça, que sofre o descrédito no exercício desse poder institucional, ao ser descumprida sua decisão e sendo violado seu monopólio de solucionar conflitos e distribuir justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O proprietário da *coisa* pode ser privado de sua detenção, por determinação judicial, ou, voluntariamente, dela abrir mão. Desejando retomá-la, isto é, investir-se novamente em sua posse material, deverá procurar obter *nova determinação judicial*, revocatória da anterior, ou, por meios legais, procurar converter a *convenção* em outra, que lhe devolva a detenção.

São os seguintes núcleos alternativamente previstos: a) *tirar* (fazer sair do lugar, retirar; sacar, arrancar, extrair, extirpar, despir, descalçar, colher, privar de, arrecadar); b) *suprimir* (fazer desaparecer, eliminar); c) *destruir* (inutilizar, aniquilar); d) *danificar* (estragar, causar dano). O *objeto material* é a coisa própria, isto é, pertencente ao próprio sujeito ativo, de natureza móvel ou imóvel, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial (depósito de coisa penhorada ou arrestada) ou convenção (locação, comodato etc.). Trata-se — temos termos bem esquemáticos — de uma modalidade especial de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), razão pela qual rejeitamos o *nomen juris* adotado por Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 498), seguido pela doutrina tradicional.

4.1 Objeto material: coisa própria

Ao contrário dos crimes de *furto* e de *roubo* (além daqueles descritos nos arts. 163, 164, 168 e 169, todos do CP), que têm como objeto material a

coisa alheia, nesta infração penal é indispensável que se trate de *coisa própria*, ou seja, que a "coisa" pertença ao sujeito ativo, e que, circunstancialmente ou não, se encontre em poder de terceiro, seja "por determinação judicial" (liminar, penhora, guarda, fiel depositário etc.), seja "por convenção", isto é, por acordo, contrato, convênio, enfim, por deliberação bilateral entre as partes.

A condição "coisa própria" é *elemento normativo* indispensável à tipificação dessa modalidade especial de "exercício arbitrário das próprias razões", ao contrário do crime de furto cujo elemento normativo exigido é a "coisa alheia". É absolutamente necessário que se comprove que a "coisa" objeto material da ação incriminada pertence ao sujeito ativo, ou seja, que a coisa é sua, sendo irrelevante que se identifique a natureza do direito vinculativo deste — se real ou obrigacional; é suficiente que se comprove, nos autos, que não se trata de *coisa alheia* e tampouco de *res nullius*, *res derelicta* ou *res desperdita*; caso contrário, o crime não será este, podendo, dependendo das demais elementares, caracterizar crime contra o patrimônio, desobediência à decisão judicial (art. 359, na modalidade de "exercer direito"), ou qualquer outra infração que o casuísmo poderá demonstrar.

4.2 Furto de coisa própria ou modalidade especial de exercício arbitrário das próprias razões: desinteligência histórica a ser superada dogmaticamente

Afinal, será *furto* subtrair *coisa própria*, de cuja detenção encontra-se privado por determinação judicial ou convenção? E a tipicidade estrita, que exige a presença da elementar normativa "alheia", para a configuração típica desse crime, segundo nosso Código Penal (art. 155), como fica?

Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 498-9), sustentando tratar-se de *crime contra o patrimônio*, e não modalidade do *exercício arbitrário das próprias razões*, afirmava: "Não se trata, como já foi equivocadamente entendido, de uma variante do crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo anterior. Já aqui, não há *pretensão* alguma, legítima ou supostamente tal, a fazer valer por parte do agente". E — prosseguia Hungria — "quanto à primeira modalidade do crime — subtração de coisa própria na legítima posse de terceiro — o que se apresenta é o *furtum possessionis*, que o Código de 90 (artigo 332) incluía na 'família' do furto". Logo adiante, completava Hungria: "nos

demais casos, o que se identifica é o dano em coisa própria, de que terceiro está na posse legítima, podendo ser objeto material, nessa modalidade até mesmo coisa móvel". Invocou Hungria dois argumentos para justificar sua equivocada interpretação: a) houve omissão do *nomen juris* desse dispositivo; b) se constituísse modalidade do art. 345, seria de rigor o parágrafo e não um artigo distinto.

Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 394), com sua perspicácia de sempre, contestava Hungria com os seguintes argumentos: "a omissão não pode ser aceita facilmente, sob pena de se dizer não ter tido o Código revisor. Com efeito, apenas dois artigos antes — no 343 — vemos definida modalidade de falso testemunho ou falsa perícia sem *nomen juris*. Omissão também? Omitiu-se, igualmente, o título nos crimes capitulados nos arts. 247, 295, 308, 310 e 343?". E, logo adiante, acrescentava Noronha: "Depois, por que iria a lei equiparar o *dano* e o *furto* da coisa própria? Não seria de elementar técnica a consideração em disposições distintas?".

4.3 Furto de coisa própria: heresia técnico-jurídica

A pobreza dogmática dessa construção "mitológica" de Hungria torna difícil aceitar que tenha sido produto de sua reconhecida genialidade científica, reunindo, em um mesmo tipo penal, os crimes de *furto* e de *dano*, entidades absolutamente distintas, agredindo todo o tecnicismo metodológico do Código Penal de 1940, cantado e decantado como exemplo de técnica e harmonia por especialistas nacionais e estrangeiros. O legislador de 1940 foi extremamente cauteloso na distribuição — por títulos, capítulos e secções — das objetividades jurídicas merecedoras da tutela penal.

Admitir-se que no art. 346 o legislador quis proteger o crime de *furto de coisa própria*, que se encontra legitimamente em poder de outrem, no Título XI da Parte Especial, que se ocupa "Dos crimes contra a Administração Pública", desprezando o Título II, especificamente destinado aos *crimes contra o patrimônio*, seria uma heresia técnica sem similar em todo esse festejado Código Penal. Desarrazoada, portanto, a insistência de Hungria em defender o indefensável, a despeito da autoridade que ostenta, por todos os méritos, sempre reconhecida; deslocar *crimes contra o patrimônio* (furto e dano) para o Título dos "Crimes contra a Administração Pública", somente a necessidade que sentia de defender, a qualquer custo, o Código Penal de 1940 pode justificar tamanho equívoco do insuperável

Hungria.

4.4 Atipicidade do furto de coisa própria

Como já deixamos claro no tópico anterior, nosso Código Penal não admite *furto de coisa própria*, assim como considera atípico *dano* em bens próprios (ressalvada a hipótese do art. 171, § 2º, V), como evidencia a elementar normativa — *coisa alheia* — constante dos arts. 155 e 163, conforme destacamos no volume 3º do nosso *Tratado de Direito Penal*. Quando examinamos o crime de furto, ressaltamos a impossibilidade de *o proprietário* "ser sujeito ativo do crime de furto de coisa própria, por faltar a característica de *alheia* na coisa cujo domínio lhe pertence".

Temos grandes dificuldades dogmáticas em aceitar a orientação de Hungria — ler no texto legal o que o legislador não escreveu —, no marco de um direito penal garantista, em um Estado Democrático de Direito. Afinal, de plano, deve-se reiterar que o direito penal somente se legitima quando objetiva proteger bens ou interesses jurídicos definidos, e, a partir daí, exatamente, começa nossa grande dificuldade. A figura do *crime de furto*, desde o direito romano, tem como objetividade jurídica a proteção do patrimônio (posse, propriedade, detenção etc.); de igual sorte, o verbo nuclear representativo desse crime tem sido, sistematicamente, "subtrair". Por fim, dentro da harmonia adotada pelo Código Penal de 1940, todos os crimes contra o patrimônio têm sede própria, qual seja o Título II de sua Parte Especial. Da mesma forma, o *crime de dano*, cujo objeto material é, igualmente, "coisa alheia", sendo igualmente atípico causar dano em *coisa própria*.

4.5 Elementares típicas e anatomia do Código definidoras da objetividade jurídica

A infração penal descrita no art. 346 do Código Penal, com efeito, está inserta no Título XI, que disciplina os "Crimes contra a Administração Pública", mais especificamente aqueles que forem praticados contra a Administração da Justiça. Ora, nenhum desses crimes tem como objetividade jurídica principal o patrimônio alheio e, especialmente, o próprio. Já por esse aspecto, eventual *furto de coisa própria*, por si só, deve ser afastado da moldura descrita no art. 346, que tem outra finalidade protetiva. Por outro lado, nos crimes de *furto* (inclusive de coisa comum) e de *roubo* o verbo nuclear, "subtrair", tem forma livre, não estabelecendo

meio, forma ou modo de ser executado, adquirindo sentido específico, qual seja de apossamento da *res furtiva*. Assim, os verbos “tirar”, “suprimir”, “destruir” ou “danificar” são inadequados ou impróprios para significar *subtração* de coisa móvel, própria ou alheia. Ademais, o *especial fim de agir*, típico do crime de furto, tampouco se faz presente na figura descrita no art. 346, que, como afirma Noronha, constitui modalidade de *exercício arbitrário das próprias razões*. O fato de não existir a rubrica lateral com o *nomen juris* do tipo penal não causa nenhuma estranheza, na medida em que existem inúmeros dispositivos com essa técnica, sem que a omissão permita atribuir a proteção de bens jurídicos estranhos ao próprio capítulo ou título a que pertençam.

Por fim, os estudiosos do Código Penal são unânimes em reconhecer que se trata de um diploma legal metódico, harmonioso e coerente. Pelo menos não se lhe tem atribuído, ao longo de sua existência, nenhum paradoxo, como seria deslocar um tipo penal protegendo um bem jurídico fora daquele Título que lhe foi cientificamente reservado. Que seria de nosso diploma legal se nos onze Títulos de sua Parte Especial pudessem ser encontrados aqui e acolá tipos penais disciplinando e protegendo bens jurídicos distintos de suas rubricas? Certamente não teria recebido o reconhecimento internacional como um dos melhores Códigos Penais da primeira metade do século XX.

4.6 Tipo penal que não exige elemento subjetivo especial

Quanto ao *elemento subjetivo*, verificamos que as condutas descritas no art. 346 não exigem *elemento subjetivo especial*, satisfazendo-se com o *dolo* constituído pela *vontade* de praticar qualquer delas, *consciente* de que o objeto material está na *posse legítima da vítima*, por determinação judicial ou convenção. Ao passo que, no crime de *furto*, o elemento subjetivo é constituído pelo *dolo* e pelo *especial fim de agir*, que é seu elemento subjetivo especial. O dolo é representado pela *vontade consciente* de subtrair *coisa alheia*, isto é, que pertença a outrem (elementar essa indispensável). O *elemento subjetivo especial do tipo*, por sua vez, é representado pelo *fim especial* de apoderar-se da coisa subtraída, *para si* ou *para outrem*. A ausência desse *animus* apropriativo (finalidade de apossamento) desnatura a figura do crime de furto.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo dessa modalidade de infração penal é o dolo, representado pela *vontade consciente* de praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal. São irrelevantes os motivos ou os fins que levam à prática do crime, sendo necessário (e suficiente) que o sujeito ativo tenha *consciência* de que o objeto material — *coisa própria* — encontra-se na posse legítima da vítima, por determinação judicial ou convenção. O *desconhecimento* da existência de determinação judicial ou mesmo de convenção configura *erro de tipo* que exclui o dolo, e, como não há previsão de modalidade culposa, a ação não configura essa infração penal, por carência de tipicidade.

Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo penal, que, se existir, poderá inclusive desnaturar essa infração penal, dependendo das circunstâncias, que podem acrescer-lhe particularidades de outras infrações penais.

6 Consumação e tentativa

Ocorre a consumação dessa modalidade especial de exercício arbitrário das próprias razões com a ação de *tirar, suprimir, destruir ou danificar* o objeto material, isto é, de coisa própria, cuja detenção encontra-se em poder de terceiro, por determinação judicial ou convenção. A tentativa é, teoricamente, admissível, considerando-se que se trata de crime plurissubsistente, admitindo fracionamento em seu *iter*.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, ao contrário da pena cominada ao crime de furto, que é de um a quatro anos de reclusão e multa. O crime do art. 346, repetindo, é uma *modalidade especial de exercício arbitrário das próprias razões*, porém, apenado mais severamente que aquele. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Código Penal, art. 346. Crime de mão própria. Réu que não é legítimo proprietário do bem, em virtude da decisão proferida na esfera cível, não pode ser sujeito ativo do delito. Atipicidade da conduta” (TJRS, Apelação 70000624171, Rel. Maria da Graça Carvalho Mottin, j. 27-7-2000).

Fraude processual

Art. 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nossos diplomas legais anteriores — Código Criminal de 1830 e Código Penal de 1890 — não conheceram a figura penal — fraude processual — que teria surgido, posteriormente, com o Código Penal italiano de 1930 (art. 347), o qual, como um todo, foi o grande inspirador do legislador brasileiro de 1940. O natimorto Código Penal de 1969, a exemplo do anterior, também recepcionou essa figura típica, sem lhe imprimir nova roupagem.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, mais uma vez, a Administração da Justiça. Protege-se, mais especificamente, a probidade da função judicial, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, a exemplo dos artigos anteriores. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja desvirtuada, por qualquer fator estranho ao seu desenvolvimento válido e regular, assegurando a lisura de suas decisões.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime de fraude processual pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse pessoal no processo, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial. Qualquer pessoa que inove artificiosamente, alterando o estado de lugar, coisa ou pessoa, com o objetivo de favorecer qualquer dos litigantes. Por isso, a inovação pode ser feita pela parte (réu, órgão do Ministério Público), por qualquer terceiro,

interessado ou não no processo, por funcionário público e pelo próprio advogado, se efetivamente concorrer para a fraude. Nesse sentido, estamos de acordo com Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 528), quando afirma que "não praticará o crime o advogado que não participar da fraude praticada pelo cliente, pois a simples conivência somente o exporá a medidas disciplinares".

Sujeito passivo é, prioritariamente, qualquer pessoa que seja prejudicada pela conduta artificiosa do sujeito ativo inovando no processo; secundariamente, o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido — a Administração Pública *lato sensu*, e, mais especificamente, a Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *inovar* (mudar, alterar), *artificiosamente* (mediante artifício ou ardil), o estado de lugar, de coisa ou de pessoa (enunciação taxativa), com o fim de induzir a *erro* o juiz ou perito. *Inovar* artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa quer dizer promover, *ardilosamente*, mudanças, modificações ou transformações materiais, extrínsecas ou intrínsecas, capaz de transformar a importância probatória que lugar, coisa ou pessoa anteriormente tinham, isto é, modificar o estado desses objetos materiais, que são *numerus clausus*, sem a concorrência de causas naturais. *Inova-se*, por exemplo, o *estado de lugar* quando se abre um caminho para *simular* uma servidão de passagem; o *estado de coisa* quando se eliminam vestígios de sangue numa peça indiciária da autoria de um homicídio, para fazer crer que se trata de suicídio; o *estado de pessoa* quando se alteram, mediante operação plástica, determinados sinais característicos de um indivíduo procurado pela justiça. Em outros termos, é indispensável que a *ação de inovar* seja capaz de *mudar o sentido probatório* de lugar, coisa ou pessoa, e que não seja somente uma modificação grosseira, sem potencialidade, isto é, sem idoneidade suficiente para *induzir* o juiz ou o perito em *erro*.

4.1 Inovação artificiosa "versus" inovação fraudulenta

Inovar artificiosamente com o fim de induzir juiz ou perito em erro significa fazê-lo por meio de artifício, pois, indubitavelmente, tem o objetivo de enganar alguém, no caso, juiz ou perito. *Artifício* é toda

simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa em erro, levando-a à percepção de uma *falsa aparência da realidade*. O texto legal, ao contrário do que faz em outras oportunidades, não incluiu alternativas a "artificiosamente", tais como fraude, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Por essa razão, apresenta-se-nos inadequado falar em *conduta fraudulenta ou ardilosa*, pois exigiria maior rigor técnico na apuração da adequação típica do comportamento realizado, pois *ardil* é a trama, a astúcia, uma forma de esperteza, um estratagema para o agente conseguir *iludir*, usando de certa dissimulação para passar despercebido e conseguir seu objetivo de inovar*; fraude*, por sua vez, é gênero, posto que mais abrange *qualquer meio* capaz de enganar o destinatário de ação realizada, aspecto esse que o legislador deixa muito claro ao equiparar *artifício* e *ardil* a "qualquer outro meio fraudulento", quando tipifica o crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP).

4.2 Limites interpretativos de inovação artificiosa

Neste dispositivo, porém, o legislador não quis dar à conduta de *inovar* toda essa amplitude, restringindo-a à forma ardilosa, que não significa, como é sabido, "qualquer outro meio fraudulento", considerando-se, como gostavam de dizer nossos clássicos, que a lei penal não tem palavras inúteis. Aliás, o próprio Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 501) já dava interpretação semelhante, embora não o dissesse expressamente, como se pode observar da seguinte passagem: "a fraude opera-se com a artificiosa inovação (alteração, modificação, substituição, deformação ou subversão) relativamente ao 'estado de lugar, de coisa ou de pessoa' (enumeração taxativa)". *Artificiosamente*, aqui, sem equipará-la a *ardil* ou "a qualquer outro meio fraudulento", se satisfez o legislador com uma conduta do agente irregular, anormal, desproposital, inadequada e imprópria no curso do processo, isto é, não condizente com a ética processual, com a finalidade de induzir em erro o juiz ou o perito, que nem exigiu que atingisse o nível de ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Em outras palavras, na ótica do legislador a inovação artificiosa, isto é, não natural, na pendência de processo, para induzir em erro juiz ou perito, é tão grave que não necessita revestir das características de meio fraudulento. Aliás, fraude ou ardil, não exigíveis, representariam uma simples progressão negativa da conduta artificiosamente inovadora no processo. Por tudo isso, concluindo, embora não exigíveis, fraude ou *ardil* na *inovação do*

processo também tem o condão de tipificar a conduta incriminada de inovar.

4.3 Interpretação restritiva: limites do arbítrio judicial

Nessa nossa concepção, não olvidamos que a *interpretação* em matéria penal-repressiva deve ser *sempre restritiva*, e somente nesse sentido negativo é que se pode admitir o *arbítrio judicial*, sem ser violada a *taxatividade* do princípio da reserva legal. A seguinte expressão de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 179) ilustra bem esse raciocínio: "não pode ser temido o *arbitrium judicis* quando destinado a evitar, *pro libertate*, a excessiva amplitude prática de uma norma penal". No entanto, no caso do dispositivo em exame, não está sendo ampliado o sentido de uma norma penal repressiva, mas, pelo contrário, é a exigência legal que se satisfaz com conduta menos grave para a tipificação criminosa: logo, se com o menos já se configura a fraude processual, com o mais representará somente *maior desvalor* na conduta realizada. No entanto, em qualquer caso, é indispensável que o Ministério Público, na denúncia, identifique claramente em que consiste a dita *fraude processual*, sob pena de inépcia da inicial, que dificulta a ampla defesa.

4.4 Inovação artificiosa: idoneidade indispensável

Por fim, é indispensável que o *meio artificioso* utilizado pelo agente seja suficientemente *idôneo* para enganar o juiz ou o perito, para *induzi-los* em erro. A inidoneidade do ato praticado, no entanto, pode ser relativa ou absoluta: sendo relativamente inidôneo o meio artificioso para enganar ou juiz ou perito, pode configurar-se a *tentativa* de fraude processual; no entanto, se a inidoneidade for absoluta, tratar-se-á de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio empregado (art. 17).

5 Elementar normativa: na pendência de processo civil ou administrativo

É *pressuposto* do crime de fraude processual a *pendência* de processo civil, administrativo, ou seja, é condição *sine qua non* que esteja em curso um processo dessa natureza, não importando a fase em que se encontre, de conhecimento, execução ou mesmo recursal. Em termos bem esquemáticos, para que se possa *inovar na pendência de processo* — civil ou

administrativo —, é indispensável que haja processo em curso, ou seja, já instaurado, e, tão importante quanto, ainda não se tenha encerrado. E, embora não conste do *caput* do artigo, também é criminalizada a *inovação em processo penal*, "ainda que não iniciado", segundo determina o parágrafo único, cominando as sanções em dobro. "Processo penal não iniciado" soa meio estranho, para os iniciados, demonstrando, mais uma vez, uma *elementar* falta de técnica, pois não é dado ao legislador ignorar que o "procedimento investigatório-criminal" somente recebe a denominação "processo penal" após ter sido iniciada a ação penal propriamente dita; antes disso não existe "processo", mas simples *procedimento investigatório*, inquisitorial.

Assiste razão, nesse sentido, à proverbial crítica de Magalhães Drumond (*Comentários ao Código Penal*, p. 386-7), sugerindo que no parágrafo único "se pusesse em vez de 'processo penal' 'processo criminal' ou 'processo-crime', de vez que na terminologia de direito judiciário se distingue perfeitamente, sem possibilidade de virem a confundir-se, de novo, as expressões 'processo criminal' ou, mais usualmente, 'processo-crime' (ação, feito, demanda, visando a aplicação de Direito Penal) e 'processo penal' (conjunto de normas para os processos-crime). É 'processo-crime' qualquer feito relativo a crime em concreto".

5.1 Inovação antes de iniciado o processo penal

Por fim, com a ressalva de ser possível a prática de inovação, mesmo antes de iniciado o "processo penal", o tipo penal está admitindo que ela possa ocorrer ainda na fase de investigação policial (inquérito policial). No entanto, como se destina a produzir efeito em futuro processo penal, faz-se necessário que se aguarde a conclusão do inquérito, pois, se seu destino for o arquivamento, não chegou a existir processo penal e, como tal, não se poderá falar de fraude processual se processo não houve.

5.2 Induzimento do juiz ou perito em erro

Induzir tem o significado de o agente incutir ou persuadir alguém com sua ação. Induzir significa suscitar o surgimento de uma ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém uma ideia até então inexistente. Por meio da *indução* o indutor anula a vontade de alguém. *Mutatis mutandis*, aplicam-se os mesmos conceitos para o caso de fraude processual.

Erro é a falsa representação ou avaliação equivocada da realidade. A vítima supõe, por *erro*, tratar-se de uma realidade, quando na verdade está diante de outra; faz, em razão do erro, um juízo equivocado da relação proposta pelo agente. A *conduta artificiosa* do sujeito leva o juiz ou perito a incorrer em *erro*. O agente coloca o juiz ou perito numa situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é, ou seja, em razão do artifício utilizado pelo agente, é levado ao *erro*. No entanto, nesta figura, se, por alguma razão, para a qual o agente não tenha concorrido, o juiz ou perito já se encontrar em erro, o seu silêncio ou simples omissão em não alterar os fatos não tipifica a fraude processual, que é crime comissivo e, por conseguinte, exige o cometimento de uma conduta ativa, pois ninguém "induz" ninguém a nada sem agir. Na verdade, o sujeito ativo do crime de fraude processual não é garantidor com dever de impedir que o juiz incorra em erro, desde que, para ele, não tenha concorrido.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade de praticar inovação, artificiosamente, na pendência de processo civil, administrativo ou penal, com a consciência de que altera o estado de lugar, de coisa ou de pessoa.

Exige-se a presença do elemento subjetivo especial do tipo, representado pela vontade consciente de *inovar artificiosamente* em processo civil, administrativo ou penal, com o *especial fim de induzir em erro* o juiz ou o perito. Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 529) sustentava, a propósito da idoneidade da ação ardilosa, que "por esse motivo se afirma que o fim de agir tem aqui, igualmente, um sentido objetivo". Sendo o fim especial do tipo induzir em erro o juiz ou o perito, é irrelevante que atinja essa finalidade, bastando que ela seja o móvel da conduta do agente.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de fraude processual, no lugar e no momento em que se completa, com idoneidade, a ação de inovar artificiosa, mesmo que o juiz ou perito não seja induzido em erro. É necessário que a ação tenha idoneidade suficiente para induzir em erro, isto é, para enganar, para ludibriar, sob pena de não se aperfeiçoar a fraude processual, podendo configurar crime impossível por impropriedade do meio.

A tentativa é, teoricamente, admissível, pois, apesar de ser crime formal, também é plurissubsistente, possibilitando o fracionamento de sua fase executória.

8 Figura majorada

Verifica-se quando a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, *ainda que não iniciado* (parágrafo único). Contudo, destinando-se a produzir efeito em futuro processo penal, deve-se aguardar o resultado final das investigações preliminares (inquérito policial), visto que, se, por alguma razão, não redundar em processo penal, não se consumará o crime.

No entanto, se o processo penal, no qual a inovação artificiosa pretende induzir em erro, for condicionado ao oferecimento de queixa, representação ou requisição, o crime só existirá se realizada tal condição de procedibilidade. Na verdade, é mais que isso, porque, como a inovação descrita no parágrafo único destina-se a produzir efeito em *futuro processo penal*, é indispensável que se aguarde a conclusão do inquérito, pois, se seu destino for o arquivamento, não chega a existir *processo penal* e, dessa forma, não se poderá falar de *fraude processual* se processo não houve.

9 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de três meses a dois anos, e multa. Na forma majorada, as penas aplicam-se em dobro, porque na hora de punir, e só nessa hora, tanto o legislador como a grande maioria dos operadores do direito consideram o processo criminal mais relevante. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

“Fraude Processual. Parágrafo único do art. 347 do Código Penal. Caracterização. A pré-existência de processo em andamento não é requisito necessário à configuração do delito descrito no parágrafo único do art. 347 do Código Penal, na medida em que o próprio dispositivo prevê aumento de pena para os casos em que o processo ainda não tenha iniciado. Desnecessária qualquer interpretação do dispositivo legal quanto à questão” (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 711.502/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16-3-2006).

“Fraude Processual. Policial Civil. A conduta, em tese, perpetrada pelo ora Paciente – policial civil que enxerta na cena do crime talão de cheques objeto de furto, na clara tentativa de ajudar outros colegas policiais que cometeram brutal homicídio contra vítima inocente – é grave, mormente tendo-se em consideração, como destacou o *Parquet*, a sua

condição de agente público, cujo cargo traz consigo o dever de zelar pela investigação criminal. Desrespeitou, assim, o dever inerente às suas funções, elevando o grau de reprovabilidade da conduta. Motivação idônea. A circunstância funcional do ora Paciente, levada em conta pelo *Parquet*, não integra o tipo penal em tela (art. 347, parágrafo único, do Código Penal)" (STJ, HC 40.511/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6-12-2005).

Favorecimento pessoal

Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1º Se ao crime não é cominada pena de reclusão:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nosso Código Criminal imperial (1830) considerava cúmplice quem desse *asilo ou prestasse sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que cometem ou pretendem cometer tais crimes* (art. 6º, § 2º). O Código Penal de 1890 limitou-se a reproduzir a disposição do diploma legal anterior (art. 21, § 40). Por fim, observando rigorosa e coerente técnica, o Código de 1940 distinguiu os crimes de receptação e favorecimento, tratando-os como crimes autônomos, ignorando definitivamente o anacronismo do passado, confundindo, em uma mesma figura típica, crimes praticados em momentos distintos.

O Código Penal espanhol de 1995, finalmente, atendeu a uma velha reivindicação da doutrina penal daquele país, disciplinando como crime autônomo "o encobrimento" (art. 451), deixando, finalmente, de configurar uma *espécie de participação* no crime de outrem.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, mais uma vez, a Administração da Justiça, especialmente o seu papel de guardião da estabilidade da ordem social e da

solução dos conflitos da coletividade. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja frustrada em seus fins de prestar jurisdição, particularmente na esfera criminal, visando assegurar o cumprimento de suas decisões.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime de favorecimento pessoal pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse pessoal no processo, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial, desde que não tenha contribuído, de alguma forma (coautor ou partícipe), no crime anterior, pois, nessa hipótese, teria concorrido para o crime nos moldes do art. 29 e seus parágrafos. Aliás, nada impede que a própria vítima do crime anterior possa auxiliar seu algoz a furtar-se à ação da autoridade pública, isto é, ser sujeito ativo desse crime.

Sujeito passivo é o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido — a Administração Pública *lato sensu*, e, mais especificamente, a Administração da Justiça.

4 Pressupostos do favorecimento e punibilidade do crime precedente

É *pressuposto* do delito que o sujeito ativo do favorecimento não seja partícipe do crime principal — ao qual é cominada a pena de reclusão — e que o auxílio tenha sido prestado após o seu momento consumativo, mesmo que se trate de crime permanente ou progressivo. Deve-se tratar, destaca o texto legal, de *crime* (ação típica, antijurídica e culpável), e não de simples *contravenção*, com cominação de pena privativa de liberdade e não, simplesmente, "aplicada"; destaca-se que, embora ainda não havia, no direito brasileiro, crime com cominação exclusiva de pena alternativa, sua aplicação passou a ser possível com a previsão constitucional (art. 98, I) e a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95). Aliás, a atual Lei antidroga inaugura a tipificação de crimes com cominação somente de penas restritivas de direitos.

4.1 Punibilidade do crime precedente

A punibilidade do crime precedente é outro pressuposto do crime de favorecimento pessoal, sendo indispensável que seja *punível* à época do favorecimento, embora não seja necessário que já tenha sido reconhecido

por sentença criminal, e tampouco que o próprio criminoso já esteja sendo perseguido. Na realidade, o *favorecimento* tanto pode ocorrer antes como depois do julgamento do crime precedente, concepção apropriada para a época em que o Código Penal de 1940 foi editado, em plena ditadura militar. No entanto, na nossa ótica, no atual estágio de um Estado Democrático de Direito, é impossível pretender julgar esse crime (bem como o similar "favorecimento real"), antes do julgamento do crime precedente, uma vez que não se pode falar em *favorecimento pessoal* sem a confirmação da punibilidade daquele. Logo, se para o crime anterior (precedente) houve extinção de punibilidade, exclusão de ilicitude, irresponsabilidade, inimputabilidade penal, imunidade penal absoluta, não se configura o favorecimento. No caso de excludente não se pode falar em crime; havendo extinção de punibilidade, não há por que o indivíduo subtrair-se à autoridade pública; nos demais casos, há isenção de pena.

4.2 Autoridade pública: abrangência

Autoridade pública, para efeitos desse tipo penal, deve-se entender autoridade competente com atribuição específica vinculada à persecução penal, tais como policial, judicial, oficial de justiça (função delegada), ou qualquer outra que tenha legitimidade para buscar o autor do crime. Não nos parece, contudo, que o órgão do Ministério Público possa ser incluído nesse rol, por falecer-lhe tal atribuição, salvo melhor juízo.

5 Tipo objetivo: adequação típica

Pune-se a conduta de quem *auxilia* (favorece) autor de crime (doloso ou culposo; consumado ou tentado) *a subtrair-se* (escapar, esquivar-se) *à ação de autoridade pública* (policial, judiciária ou administrativa). *Auxiliar* significa dar asilo ou fuga, isto é, impedir ou dificultar que a autoridade pública prenda ou mantenha preso "autor de crime", como diz o texto legal, tentado ou consumado, doloso ou culposo. Qualquer ajuda do sujeito ativo para evitar ou dificultar a captura do autor do crime precedente materializa o crime de favorecimento pessoal (ocultação, facilitação de fuga, oferecimento de abrigo, empréstimo de veículo etc.). De várias formas ou por vários meios pode-se verificar a ação, segundo exemplificava Noronha: desviando a atenção da autoridade para outro fato (provocando desordem, sarilho etc.), ocultando o criminoso, fornecendo-lhe condução, ajudando-o a

disfarçar-se etc., seja a subtração definitiva ou temporária.

5.1 Auxiliar ou verbo núcleo do tipo

O verbo nuclear do tipo penal descrito no art. 348 — *auxiliar* a subtrair-se — assume conotação completamente distinta daquela que tem quando se refere à *participação em sentido estrito (art. 29 do CP)*. Não se trata de *participação* — no sentido de atividade acessória, secundária, como ocorre no instituto da *participação "stricto sensu"* —, mas de atividade principal, nuclear típica, representando a conduta proibida lesiva direta do bem jurídico *Administração da Justiça*. Por isso, quem realizar a conduta contida nesse verbo, qual seja a de *auxiliar* o sujeito ativo de outro crime, precedente, a subtrair-se à ação de autoridade pública, não será *partícipe*, mas autor do crime de *favorecimento pessoal*, visto que sua ação, concretizada na dicção do verbo nuclear, não será *acessória*, mas *principal*, única, executória, e essencialmente *típica*. E essa *tipicidade* não decorre de sua natureza *acessória*, própria da *adequação típica mediata*, mas de sua definição legal caracterizadora de conduta proibida, ao contrário do que ocorre com quem "auxilia" a prática de qualquer crime, que por ele responde como mero partícipe.

Auxiliar é ajudar, favorecer ou facilitar a alguém, no caso, autor de um crime anterior, punido com prisão. Auxiliar, nesse caso, tem a mesma função típica que a da definição do crime de suicídio, com a diferença de que, nessa hipótese, realiza-se a conduta de dar a morte a quem voluntariamente a deseja. Assim, *auxilia*, por exemplo, quem dá ao suicida o revólver ou o veneno; quem ensina ou mostra o modo de usar a arma; quem impede a intervenção de pessoa, que poderia frustrar o ato de desespero etc. No entanto, o "auxílio" no crime de "favorecimento", ao contrário, somente pode ocorrer após a *consumação* do crime anterior, sem que tenha havido antes *promessa* ou acordo de auxílio, sob pena de não se configurar este crime, pois o sujeito ativo transformar-se-ia em *partícipe* daquele crime precedente, praticado pelo dito "autor".

5.2 Crime de forma livre: qualquer meio ou forma de execução

Por derradeiro, qualquer que seja o *meio* ou *forma* utilizado pelo sujeito ativo do crime de favorecimento pessoal, é indispensável a presença de dois requisitos: *eficácia causal* e *consciência de* "auxiliar" na subtração de autor de crime à ação de autoridade competente. É insuficiente a exteriorização

da vontade de “auxiliar”; não basta realizar a atividade descrita no tipo penal se esta não contribuir efetivamente para a fuga do “autor de crime”. Por outro lado, é indispensável saber que “auxilia” na subtração à autoridade pública de autor de crime punível com prisão (reclusão ou detenção), mesmo que este desconheça ou até recuse o “auxílio”. O *sujeito ativo* precisa, em outros termos, ter *consciência* e *vontade* de que com sua ação favorece a subtração do autor do crime à ação da autoridade pública.

Enfim, *auxiliar*, que, teoricamente, representaria mera atividade de *partícipe* no crime de *favorecimento pessoal*, constitui o núcleo do tipo penal. Assim, quem, de qualquer modo, “auxiliar” o “autor de crime” punível com prisão (reclusão ou detenção) a subtrair-se (fugir) da autoridade competente não será *partícipe*, mas autor do crime de “favorecimento pessoal”. Nada impede, no entanto, que *alguém* desempenhe a atividade de *partícipe*, instigando, induzindo ou auxiliando o sujeito ativo a realizar a conduta descrita no tipo, isto é, a prestar auxílio ao autor do crime nas condições descritas no tipo penal. Mas, nessa hipótese, não estará desenvolvendo sua ação diretamente relacionada ao beneficiário do auxílio, mas sim em relação ao autor material do favorecimento pessoal, que o executará. Não se pode esquecer, ademais, que “o partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva”.

5.3 Favorecimento pessoal mediante omissão imprópria

A questão sobre a possibilidade da prática deste crime — favorecimento pessoal — *auxiliar a subtrair-se* — sob a forma *omissiva* parece-nos resolvida com o sentido do próprio verbo nuclear, que exige *um fazer*, uma atividade positiva, um realizar algo, embora o nosso Código Penal, mesmo com a reforma da Parte Geral em 1984, continue adotando a *teoria da equivalência das condições*, que não distingue *causa* e *condição*.

Com efeito, para que se admita a ação de “auxiliar” mediante *omissão*, é indispensável a existência do *dever jurídico de evitar* que alguém “se subtraia à ação da autoridade pública”, mas, aí, já estaríamos no âmbito do crime *comissivo por omissão* (art. 13, § 2º, do CP), pois deixar de impedir um evento que se tem o *dever jurídico* de evitar é, sem sombra de dúvida, uma forma de *auxiliar* (contribuir, concorrer etc.) para a ocorrência de tal

evento. Diante do art. 13 do CP, que não distingue *causa* e *condição*, não há como negar essa possibilidade. Deve-se analisar esse tema à luz da doutrina relativa aos crimes *omissivos impróprios*, em que a figura do *agente garantidor* ocupa especial relevo. Nesses crimes, o *garante* não tem simplesmente o *dever de agir*, mas a obrigação de fazê-lo *para evitar que determinado resultado ocorra.*

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de *favorecimento pessoal* é o dolo, representado pela vontade consciente de auxiliar o infrator a subtrair-se da ação da autoridade pública. É indispensável que o sujeito ativo *tenha consciência* da situação em que se encontra o favorecido, embora não lhe seja exigido saber de que crime é acusado. Se o sujeito ativo *desconhece* a situação do favorecido ou ignora que é responsável por crime anterior ou que é buscado pela autoridade pública, incorre em *erro de tipo*, cuja evitabilidade ou inevitabilidade deve ser examinada casuisticamente.

Não se exige, segundo entendimento majoritário, qualquer *elemento subjetivo especial do injusto*, embora acompanhemos o entendimento de Guilherme Nucci (*Código Penal comentado*, p. 1083), no sentido de "existir, ínsito no tipo, o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de ludibriar a autoridade pública".

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o *favorecimento pessoal* no lugar e no momento em que o sujeito ativo auxilia efetivamente o favorecido, ou, em outras palavras, ocorre a consumação com a simples ação de *prestar auxílio*, independentemente da produção do resultado pretendido, qual seja a efetiva subtração à ação da autoridade pública; aliás, não vemos como necessária à consumação do crime que o resultado do auxílio se concretize em "favor do favorecido", tratando-se, por conseguinte, de crime formal.

A tentativa é, teoricamente, admissível ante a possibilidade de fracionamento de sua fase executória, principalmente a tentativa imperfeita, isto é, quando o agente é interrompido durante a realização do auxílio que estava se materializando.

8 Escusa absolutória: sua extensão (§ 2º)

Trata-se de *escusa absolutória*, considerada espécie do gênero *causas especiais de isenção de pena*, contida no § 2º, que, embora se aproximem conceitualmente das *condições objetivas de punibilidade*, com estas não se confundem, como destaca Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 719, nota 23): "as escusas absolutórias antecipam-se ao momento consumativo do delito, isto é, excluem a imposição de pena *ab initio*; as condições objetivas de punibilidade, ao contrário, são acontecimentos futuros e incertos. Enquanto as *condições objetivas de punibilidade* são estruturadas de forma positiva (ou seja, seu advento fundamenta a punibilidade do delito), as *escusas absolutórias* são formuladas de modo negativo, são condições negativas de punibilidade do crime (sua presença afasta a punibilidade do crime)". Embora, nas duas hipóteses, o crime encontre-se perfeito e acabado apenas por razões de política criminal, sua punibilidade fica afastada.

8.1 Equiparação constitucional do parentesco

Com efeito, é *isento de pena* o sujeito ativo que é *ascendente*, *descendente*, *cônjuge* ou *irmão* do autor do crime precedente (enumeração taxativa). Ao contrário do que preconizava Hungria, a seu tempo, é irrelevante que se trate de *filho* ou *pai adotivo*, ou mesmo de *irmão* nas mesmas circunstâncias, ante a nova realidade constitucional, que impede qualquer discriminação dessa natureza. Mais que isso: acreditamos que, a partir do reconhecimento da *união estável* como forma de união legítima, também, para fins de escusas absolutórias, devem-se estender os efeitos penais ao "companheiro", como tal legalmente reconhecido, sob pena de infringir-se preconceituosamente direito assegurado pela atual Constituição Federal.

A *isenção* de pena justifica-se em razão dos laços de especial afeto que ligam os membros de uma mesma família. Merecia aplausos o Código suíço da época (art. 305), que autorizava o perdão judicial quando as relações entre o agente e o favorecido fossem muito estreitas, a ponto de tornar escusável a conduta daquele.

9 Autor de crime: a culpabilidade não é mero pressuposto da pena

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são *predicados* de um

substantivo, que é a *conduta humana* definida como crime. Não nos convence o entendimento dominante na doutrina brasileira, segundo o qual a *culpabilidade* devia ser tratada como *mero pressuposto da pena*, e não mais como integrante da *teoria do delito*. Assumindo essa orientação, Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 133 e 396), pioneiramente, passou a definir o *crime* como *a ação típica e antijurídica*, admitindo a *culpabilidade* somente como *mero pressuposto da pena*, tendo sido seguido, acriticamente, até o início dos anos noventa, pela doutrina nacional.

Seguindo a reflexão que desenvolvemos, quando tratamos do crime de *receptação*, perguntamos: a) seria possível a imposição de sanção a uma ação típica que não fosse antijurídica? b) poder-se-ia sancionar uma ação antijurídica que não se adequasse a uma descrição típica? c) a sanção penal (penas e medidas) não é uma consequência jurídica do crime? d) a tipicidade e a antijuridicidade não seriam também pressupostos da pena? Ora, na medida em que a sanção penal é *consequência jurídica do crime*, este, com todos os seus elementos, é *pressuposto* daquela. Assim, não somente a *culpabilidade*, mas igualmente a *tipicidade* e a *antijuridicidade* são pressupostos da pena, que é sua consequência. Aliás, nesse sentido, o saudoso Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 216), depois de afirmar que "crime é o conjunto dos pressupostos da pena", esclarecia: "Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável...".

10 Pena e ação penal

As penas são cominadas de acordo com a gravidade do crime praticado pelo favorecido (crime precedente), dependendo da espécie de pena privativa de liberdade, reclusão ou detenção. São cominadas, cumulativamente, detenção, de um a seis meses, e multa, quando o crime precedente era punido com reclusão; para a *figura privilegiada* (no caso de detenção) são cominadas detenção, de quinze dias a três meses, e multa. A ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Comete o delito previsto no art. 348 do CP o agente que auxilia condenado por crime de reclusão e com mandado de prisão expedido, concedendo-lhe abrigo em sua residência,

com o fim de ocultá-lo das autoridades policiais" (TJRS, Apelação 70022123889, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6-3-2008).

"A conduta descrita denúncia não se amolda ao tipo penal descrito no art. 348 do Código Penal: o auxílio prestado pelo paciente ao suposto assaltante não objetivava sua fuga, mas sim para que recebesse atendimento médico. Ordem concedida para trancar a ação penal movida em desfavor do paciente, pelo crime previsto no art. 348 do Código Penal" (STJ, HC 46.209/BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 30-5-2006).

Favorecimento real

Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No Código Criminal do Império (1830) o favorecimento real foi disciplinado como cumplicidade (art. 6º, § 1º), sem maiores inovações ao entendimento forjado antes da Idade Média. O Código Penal de 1890 não foi mais feliz que seu antecessor, pois manteve a orientação pretérita, considerando-o *cumplicidade* (art. 21, § 3º), além de equipará-lo à receptação.

A consideração como crime autônomo e a distinção do crime de receptação veio somente com o Código Penal de 1940, sob a inspiração do Código Penal Rocco de 1930, que o situou entre os crimes contra a Administração da Justiça. Teve seu alcance ampliado para abranger não apenas o produto do crime, como a receptação, mas todo e qualquer proveito deste, independentemente da sua natureza patrimonial ou não.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é exatamente o mesmo do artigo anterior, ou seja, mais uma vez a Administração da Justiça, especialmente o seu papel de guardiã da estabilidade da ordem social e da solução dos conflitos da coletividade. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja frustrada em seus fins de prestar jurisdição, particularmente na esfera criminal, visando

assegurar o cumprimento de suas decisões. Nesse sentido, destaca Regis Prado (*Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 714), "a prestação de auxílio a criminoso contrasta, portanto, com o desenvolvimento satisfatório da atividade da potestade judicial pública e com a execução das providências de seus órgãos, além de dificultar a subordinação dos particulares a suas funções".

Concretamente, no *favorecimento real* o interesse tutelado é que não seja prestada ao criminoso uma colaboração que venha a tornar definitiva a vantagem ou proveito conquistado com o crime. Por outro lado, no favorecimento real não é lesado necessariamente qualquer interesse processual, ao contrário do que pode ocorrer com o favorecimento pessoal.

3 Objeto material: produto ou proveito de crime

O *objeto material* do crime de *favorecimento real*, a exemplo da receptação, deve ser *produto ou proveito de crime*, isto é, há de ser o resultado, mediato ou imediato, de um fato definido como crime. É irrelevante que tal *produto* tenha sido substituído por outro. Embora se reconheça certa controvérsia na doutrina, a verdade é que, perante nosso Código Penal, que se refere apenas a "proveito do crime", inegavelmente a coisa *sub-rogada*, representando *proveito do crime*, também pode ser objeto tanto de favorecimento real quanto de receptação, visto que a *ilicitude* do produto do crime precedente não desaparece, evidentemente, com a substituição por qualquer outra coisa diretamente obtida com aquele. Objeto material do *favorecimento real*, ao contrário do que ocorre com o crime de *receptação*, não se limita à *coisa móvel*, podendo o "proveito do crime", por conseguinte, recair sobre *imóvel*. Os *direitos*, reais ou pessoais, igualmente, tampouco podem ser objeto de *receptação*, pois *direitos* não se confundem com "coisa" (afora os *títulos* ou *documentos* que os constituem ou representam), no entanto, também podem ser objeto de favorecimento (proveito do crime), como simples "proveito" do crime.

4 Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime de favorecimento real, a exemplo do favorecimento pessoal, também pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse pessoal no processo, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial, desde que não tenha contribuído, de alguma forma

(coautor ou partícipe), no crime anterior, pois, nessa hipótese, teria concorrido para o crime nos moldes do art. 29 e seus parágrafos. Aliás, nada impede que a própria vítima do crime anterior possa auxiliar seu algoz a furtar-se à ação da autoridade pública, isto é, ser sujeito ativo desse crime.

Sujeito passivo será sempre o do crime do qual advém o *proveito* do *favorecimento real*, ou, em outros termos, o sujeito passivo do crime de favorecimento real é o mesmo sujeito passivo do crime anterior; secundariamente, é, também, o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido, a Administração Pública *lato sensu*, mais especificamente, a Administração da Justiça.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *prestar a criminoso*, fora dos casos de *coautoria* (art. 29 do CP) ou de *receptação* (art. 180 do CP), *auxílio* (direto ou indireto, material ou moral) destinado a "tornar seguro o proveito do crime". Caracteriza-se o *favorecimento real*, em outros termos, pelo *auxílio* prestado a criminoso, após a prática do crime (está excluída a contravenção), com o fim de tornar seguro o seu *proveito*.

A conduta do sujeito ativo — *prestar auxílio* —, fora dos casos de coautoria e de receptação, direciona-se para um objeto determinado pelo próprio tipo penal; não para um objeto qualquer, mas um objeto que deve apresentar uma peculiaridade muito particular, que é o fato de tratar-se de *proveito do crime* precedente. Essa procedência criminosa do objeto do *favorecimento real* define sua natureza acessória, dependente, *parasitária* de outro crime, aquele que o antecede, que é seu *pressuposto*: sem este não se pode falar em crime de favorecimento real. Aliás, em sua tipificação legal consta a *elementar* "auxílio destinado a 'tornar seguro o proveito do crime'": isso significa que, necessariamente, o *favorecimento real* deve ser precedido de outro crime. Na verdade, embora seja irrelevante a identidade ou responsabilidade penal do autor do fato criminoso anterior, é indispensável que se comprove a *existência material do crime* de que adveio o proveito que deve ser tornado seguro.

5.1 A condenação do crime precedente

É irrelevante a inexistência de condenação do crime precedente, ao contrário do que se chegou a afirmar no passado, sendo suficiente a

comprovação de sua existência, algo que pode ser feito no próprio processo que investiga o favorecimento real. Nesse sentido, pode-se afirmar que o favorecimento real goza de *relativa autonomia*, isto é, ele não existe por si só, sendo fruto de uma infração penal, à qual está ontologicamente vinculado. Assim, a mencionada independência do favorecimento real repousa tão só em sua punibilidade, que, realmente, não depende da punibilidade do crime precedente.

5.2 Natureza dos crimes precedentes

Não é necessário que o *crime precedente* seja contra o patrimônio; no entanto, é indispensável que o *pressuposto* dele (crime anterior) proporcione ao seu sujeito ativo *proveito*, que o favorecimento encarrega-se de assegurar. *Favorecimento real* é — a exemplo da receptação — o crime que produz a *manutenção* ou *consolidação* do *proveito* obtido com a prática criminosa anterior realizada por outrem. A elementar *proveito do crime* é mais ampla que "produto do crime", abrangendo, além deste, vantagem de qualquer natureza, assim como o "preço do crime", isto é, a recompensa, patrimonial ou não, dada ou prometida para o cometimento do crime precedente. No entanto, a exemplo do que ocorre no crime de receptação, o *auxílio* não pode ser prestado ou prometido antes ou durante o crime anterior — pressuposto do favorecimento real —, porque, nessa hipótese, estar-se-ia diante de *concurso de pessoas* (coautoria ou participação), desnaturando, consequentemente, a característica mais elementar do favorecimento real, que é exatamente a *assistência ao criminoso após a prática do crime*, visando tornar seguro o seu proveito.

Os instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) não se confundem com o "produto do crime". A ocultação daqueles, contudo, com a finalidade de desviar ou despistar a perseguição do autor do crime, poderá configurar o favorecimento pessoal (art. 348).

5.3 Elementar negativa do tipo: fora dos casos de coautoria ou de receptação

A *elementar* "fora dos casos de coautoria ou de receptação" faz parte da estrutura típica do crime de *favorecimento real*, como uma *característica negativa do tipo*. Consequentemente, a eventual caracterização, de uma ou de outra, afasta a tipicidade do favorecimento real, que, para configurar-se, exige que não se trate de coautoria e tampouco de receptação.

Faz-se necessária, no entanto, uma consideração mais detalhada do sentido e alcance da locução “coautoria”, que pode ser decisiva para delinear a própria tipicidade da conduta descrita no art. 349. Com efeito, o Código Penal de 1940 utilizava a terminologia “coautoria” (art. 25) para definir o *concurso eventual de delinquentes*. Mas, na verdade, *coautoria* é apenas uma *espécie* do gênero “codelinquência”, que também pode apresentar-se sob a forma de *participação*. Consciente desse equívoco, o Código Penal de 1969 utilizou a expressão “concurso de agentes”, que abrangeria as duas espécies referidas de *concurso de pessoas*. A reforma de 1984 considerou, porém, que “concurso de agentes” — como sustentamos ao examinar, na Parte Geral, o concurso de pessoas — não era a terminologia mais adequada por ser extremamente abrangente e poder compreender inclusive fenômenos naturais, pois agentes físicos também podem produzir transformações no mundo exterior. Na visão da reforma, “concurso de pessoas” é a melhor forma para definir a *reunião de pessoas* para o cometimento de um crime, adequando-se melhor à natureza das coisas.

Enfim, a expressão “coautoria” no art. 349 deve ser interpretada como “concurso de pessoas, para abranger também a participação em sentido estrito, que, como afirmamos, é espécie do gênero, e a interpretação não contraria o princípio da tipicidade estrita, pois representa apenas a atualização do sentido técnico-dogmático que foi emprestado à referida expressão, como demonstramos quando tratamos do concurso eventual de pessoas.

5.4 Receptação: similitude com o favorecimento real

A *receptação*, pode-se dizer, numa linguagem figurada, é uma espécie de *irmã siamesa* do favorecimento real; se ocorrer, afasta a configuração deste, por expressa determinação legal (elementar negativa do tipo).

Com efeito, tanto a *receptação* quanto o *favorecimento real*, que em muito se aproximam, são *posteriores* ao crime praticado pelo favorecido, sendo recomendável, por isso mesmo, redobrada atenção no estabelecimento da linha divisória entre ambos; como nas duas infrações penais há o *conhecimento*, por parte do sujeito ativo, da prática do crime precedente, a essência da diferença reside na *causa sceleris*: enquanto na *receptação* o sujeito ativo é levado ao cometimento da infração penal para satisfazer interesse econômico próprio ou de terceiro (*lucri faciendi causa*),

e não do autor do crime antecedente, no *favorecimento real*, a motivação da conduta típica resume-se ao "proveito exclusivo do autor" do crime precedente (*amoris vel pietati causa*), que pode ou não ser econômico. Na *receptação*, ademais, a conduta do agente é dirigida à *coisa*, produto do crime, enquanto no *favorecimento real* — embora a ação também possa recair sobre *coisa* — não é esta que se objetiva, visto que se destina a *auxiliar* a pessoa autora do crime precedente, mesmo que o faça indiretamente; naquela, por outro lado, objetiva-se exclusivamente vantagem de natureza econômica; neste, o proveito assegurado pode ser de qualquer natureza, patrimonial ou não.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade de prestar auxílio a criminoso, fora dos casos de receptação e de concurso de pessoas (coautoria ou participação). Exige-se igualmente o *elemento subjetivo especial do injusto*, representado pela *finalidade de beneficiar ou socorrer o autor do crime precedente*, isto é, de "tornar seguro o proveito do crime", em benefício exclusivo deste. No entanto, se o *fim especial do sujeito ativo for a obtenção de lucro* ou vantagem econômica, em proveito próprio ou alheio (excluído o autor do crime), configura-se a *receptação*. Exatamente nessa finalidade especial diversa reside a essência da delimitação conceitual-dogmática entre receptação e favorecimento real. Com efeito, o *elemento subjetivo especial do injusto*, exigido pela *receptação*, é constituído pelo *fim* específico de *obter vantagem, em proveito próprio ou alheio*.

6.1 Ausência de previsão da modalidade culposa

Por fim, não há previsão de *modalidade culposa* do crime de *favorecimento real*, ao contrário da receptação; por essa razão, se o sujeito ativo, por exemplo, *desconhece a origem criminosa*, isto é, que se trata de *proveito de crime*, mesmo que por desatenção, falta de cautela ou pura negligência em face de indícios em sentido contrário, não comete crime algum; repetindo, desde que a sua conduta seja orientada tão somente pelo fim especial de favorecer ou auxiliar o autor do crime (que o agente ignora), sem visar proveito próprio ou alheio.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de favorecimento real com a *prestação do auxílio* destinado a tornar seguro o proveito do crime, não sendo necessário, ao contrário do que ocorre no favorecimento pessoal, que tal objetivo seja efetivamente alcançado. É suficiente que o fim especial seja tornar seguro o proveito delituoso. Na síntese de Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 535), "consuma-se o crime no momento e no lugar em que o auxílio idôneo for prestado pelo agente, ainda que a pessoa beneficiada não tenha conseguido o objetivo visado".

A tentativa é, teoricamente, admissível, tratando-se de crime plurissubsistente, que possibilita o fracionamento de sua fase executória.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de um a seis meses, e multa. Contrariamente ao critério adotado no *favorecimento pessoal*, não levou em consideração a gravidade do crime praticado pelo favorecido, para cominar a pena aplicável ao *favorecimento real*. A ação penal é pública incondicionada, podendo ser intentada, desde que satisfeitos os seus pressupostos.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Furto. Apelação criminal. Desclassificação para favorecimento real. Inadmissibilidade. O agente que dá cobertura ao companheiro para que este realize a subtração não executa o delito previsto no art. 349 CP, mas é partícipe do crime patrimonial" (TJRS, Apelação 70020855748, Rel. Mário Rocha Lopes Filho, j. 17-10-2007).

"Demonstrado que o réu sabia da origem ilícita do automóvel, ou dela ao menos devia saber, e que o escondeu na garagem de sua residência, inconteste resta a incidência da sanção prevista no art. 349 do Código Penal, pois, no mínimo, prestava auxílio no sentido de tornar seguro o produto do crime de roubo antes perpetrado" (TJRS, Apelação 70005649165, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 21-3-2003).

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

— Artigo incluído pela Lei n. 12.012, de 6 de agosto de 2009.

D O U T R I N A

1 Considerações preliminares

Trata-se da repetição da equivocada política de "fabricação" de leis *ad hoc*, como solução mágica de históricas políticas equivocadas em relação ao sistema penitenciário nacional. Não se pode ignorar a existência de outra norma penal, basicamente, com o mesmo objetivo, qual seja o de *vedar o acesso do detento aos aparelhos celulares* (art. 319-A), que até o momento não tem dado o menor resultado. Pode-se vislumbrar, desde logo, que o almejado êxito do novo diploma legal pode não ser diferente, quer por sua estrutura tipológica, quer por sua topografia inadequada, ou mesmo por sua finalidade questionável. Ademais, o *uso* indevido (ou sem autorização legal) de celular ou similar nas prisões constitui *falta grave* (art. 50, VII, da Lei n. 7.210/84). A Lei n. 11.466/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, acrescentou o inciso VII ao art. 50 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), estabelecendo que constitui *falta grave* no cumprimento de pena privativa de liberdade ter o preso em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo), com todas as repercussões que lhe são inerentes (perda do tempo remido pelo trabalho, regressão de regime prisional etc.), demonstrando a desnecessidade de uma nova tipificação dessa natureza.

2 Bem jurídico tutelado

Ao examinarmos o tipo descrito no art. 319-A — prevaricação imprópria —, que disciplina a proibição de ingresso de celulares nos estabelecimentos prisionais, criminalizando a omissão do Diretor da Penitenciária, tivemos grande dificuldade em definir ou encontrar o bem jurídico tutelado por esse dispositivo legal. A situação aqui, neste art. 349-A, não é muito diferente, embora se possa admitir que a finalidade de assegurar o cumprimento regular da execução penal, sem comunicação com o mundo exterior, e, principalmente, sem comandar ou participar da prática de crimes possa ser identificada com o bem jurídico ora tutelado.

3 Sujeitos ativo e passivo do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma qualidade ou condição especial. Nada impede que servidores do próprio sistema penitenciário, bem como agentes policiais também possam ser sujeito ativo dessa infração penal, não sendo excluído ninguém. Como as condutas de *usar* ou *portar* os aparelhos telefônicos celulares ou similares, no interior de estabelecimento prisional, não foram criminalizadas, resulta claro que os detentos não são os destinatários da proibição constante do dispositivo *sub examen*. Dessa forma, os destinatários imediatos da norma proibitiva parecem-nos ser os visitantes, os advogados e os agentes públicos que, eventualmente, possam *introduzir* o aparelho nos estabelecimentos prisionais.

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e, excepcionalmente, Município), que é o responsável direto pela administração penitenciária nacional. O Estado é sempre sujeito passivo secundário de todos os crimes, naquela linha de que a lei penal tutela, em primeiro lugar, o interesse da ordem jurídica geral, da qual aquele é o titular. Em alguns crimes, como este, no entanto, o próprio Estado surge como sujeito passivo particular, individual, representando a coletividade.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Punem-se as condutas de *ingressar, promover, intermediar, auxiliar* ou *facilitar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar em estabelecimento prisional, *sem autorização legal*. A despeito de tratar-se de descrição de *ação múltipla*, com cinco nucleares, não há significativa amplitude na incriminação pretendida, considerando-se que referidos verbos têm, basicamente, o mesmo significado, qual seja o de *introduzir* aparelhos celulares ou similares no interior das casas prisionais. Em outros termos, os núcleos do tipo — *ingressar, promover, intermediar, auxiliar* ou *facilitar* — objetivam coibir a introdução de aparelho telefônico móvel ou similar no estabelecimento prisional. Nesse particular, portanto, não há qualquer dificuldade, não exigindo, por consequência, maior esforço interpretativo quanto ao significado de cada conduta tipificada, com exceção da representada pelo vocábulo *auxiliar*, por seu histórico significado de acessoriedade, conforme veremos adiante.

4.1 A real conotação do verbo “auxiliar”

Com efeito, *auxiliar* significa ajudar, colaborar, favorecer, contribuir ou facilitar, de qualquer modo, o ingresso de aparelho telefônico ou similar em estabelecimento prisional. Aliás, *auxiliar* e *facilitar* são verbos que têm basicamente o mesmo significado, podendo ser empregado um pelo outro, sem nenhum prejuízo de abrangência semântica. Qualquer ajuda do sujeito ativo para o ingresso de aparelho de comunicação móvel configura a conduta de *auxiliar* ou *facilitar* contida no tipo penal *sub examen*.

O verbo *auxiliar* contido nesse tipo penal tem conotação completamente distinta daquela inserta no instituto da *participação em sentido estrito* (art. 29 do CP), que representa mera atividade secundária, acessória, própria de partícipe. Não se trata, com efeito, de *participação* — no sentido de conduta acessória, como ocorre no instituto da *participação "stricto sensu"* —, mas de atividade principal, nuclear típica, representando uma das formas de conduta proibida lesiva direta do bem jurídico tutelado no art. 349-A. Por isso, quem realizar a conduta contida nesse verbo, qual seja a de *auxiliar* a introduzir o objeto material da ação proibida, não será mero *partícipe*, mas autor do crime ora tipificado, considerando-se que sua ação não será *acessória*, mas *principal*, executória e essencialmente *típica*. E essa *tipicidade* não decorre de sua natureza *acessória*, própria da *adequação típica mediata*, mas de sua definição legal caracterizadora de conduta proibida, ao contrário do que ocorre com quem "auxilia" a prática de qualquer crime, que por ele responde como mero partícipe.

4.2 Eficácia causal e consciência de auxiliar

Por derradeiro, qualquer que seja o *meio* ou *forma* utilizada pelo sujeito ativo do crime é indispensável a presença de dois requisitos: *eficácia causal* e *consciência de* "*auxiliar*" na introdução do aparato móvel de comunicação no estabelecimento prisional, sendo insuficiente, por conseguinte, a simples exteriorização da vontade de "auxiliar". O *sujeito ativo* precisa ter, em outros termos, *consciência* e *vontade* de que com sua ação favorece a introdução do objeto material no estabelecimento prisional.

Auxiliar, que, teoricamente, representaria mera atividade de *partícipe* no crime de introdução, *sem autorização legal*, de aparelho de telefonia celular, constitui o núcleo do tipo penal. Assim, quem, de qualquer modo, "auxiliar" na introdução do referido material não será mero *partícipe*, mas coautor do crime de que ora comentamos. Nada impede, no entanto, que *alguém* desempenhe a atividade de *partícipe*; instigando, induzindo (menos

auxiliando) o sujeito ativo a realizar qualquer das condutas descritas no tipo, responderá como partícipe. Não se pode esquecer, ademais, que o *partícipe* não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária, acessória, que estimula ou incentiva a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva.

4.3 Atipicidade das condutas de usar e portar

Usar ou *portar* aparelhos celulares no interior das prisões não constituem condutas típicas, embora qualquer detento possa incorrer nas mesmas proibições se praticar as condutas contidas no art. 349-A ora *sub examen*. Por outro lado, não está afastada a possibilidade de *participação* em sentido estrito, desde que seja na modalidade de instigação ou induzimento, visto que auxiliar, nessa hipótese, poderá caracterizar a própria autoria, no caso, coautoria e não simples *participação* em sentido estrito (art. 29 do CP). Causa perplexidade o conteúdo desse novo texto legal relativamente ao tratamento dado ao detento, isto é, a sua exclusão, basicamente, como sujeito ativo dessa infração penal, com a não inclusão das condutas de usar ou portar entre as condutas proibidas. Afinal, o que teria havido com o legislador, se a finalidade da nova lei, segundo o apregoado pelos precedentes legislativos, é exatamente coibir o *uso* de telefone celular no interior das prisões? Curiosamente, pune-se a *entrada* do celular no presídio, mas a sua *utilização*, ainda que com propósitos delituosos, é ignorada.

4.4 Participação do detento ou recluso

Para um diploma legal que pretende coibir o *uso de celulares*, pelos detentos, no interior do sistema prisional, como já destacamos, é incompreensível que tenha sido omitida a criminalização do *uso* e do *porte* de tais aparelhos (não que defendamos tal criminalização, pelo contrário, achamos desnecessário todo esse tipo penal). No entanto, mesmo preso, circunscrito nos limites geográficos da penitenciária, pode qualquer recluso, provisório ou não, participar da promoção, intermediação, ou auxílio da entrada de aparelho telefônico móvel ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional, não necessariamente naquele em que se encontra, respondendo por esse crime.

Em síntese, o tipo penal decorrente da Lei n. 12.012/2009 (art. 349-A do

CP) não pune a *posse*, o *porte* ou a *utilização* de aparelho de telefonia celular, pelos reclusos, no interior de estabelecimento prisional. No entanto, a prática de qualquer dessas condutas, no interior de estabelecimento prisional, configura *falta grave* no cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 50, VII, da LEP).

4.5 Elementar normativa: sem autorização legal

A elementar normativa constante do tipo penal — *sem autorização legal* — é elemento *sui generis* do fato típico, de dupla valoração dogmática, na medida em que é, ao mesmo tempo, caracterizador da *ilicitude*, fazendo com que tipicididade e antijuridicidade se confundam. Cumpre destacar, desde logo, que os *elementos normativos do tipo* não se confundem com os *elementos jurídicos normativos da ilicitude*. Enquanto aqueles são elementos constitutivos do tipo penal, estes, embora integrem a descrição do crime, referem-se à *ilicitude*, e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da *ilicitude*. Esses "elementos normativos especiais da ilicitude" geralmente são representados por expressões como "indevidamente", "injustamente", "sem justa causa", "sem licença da autoridade", "sem permissão legal", "em desacordo com a legislação" etc.

4.6 Existência de autorização legal

Significa, em outros termos, que havendo autorização legal a conduta não se amolda à proibição constante no tipo em exame. Por essa razão é que, por exemplo, estão autorizados a ingressar no estabelecimento portando seus celulares funcionários do sistema prisional, autoridades judiciais, advogados, sem que suas condutas se adaptem à proibição constante no tipo penal. No entanto, a locução *sem autorização legal* tem sentido próprio e específico, referindo-se especificamente a diplomas legais em sentido estrito, quais sejam aqueles que são produtos do Poder Legislativo, não o abrangendo, por conseguinte, resoluções, portarias, circulares etc.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo do crime de inserção de aparelho telefônico móvel ou similar na prisão é o dolo, constituído pela vontade consciente de, por

qualquer meio, promover a entrada desses aparelhos, para uso dos detentos, no interior do sistema prisional. É indispensável que o agente tenha vontade e *consciência* de descumprir a proibição constante do artigo *sub examen*. É necessário, como temos repetido, que o *dolo* abranja todos os elementos constitutivos do tipo penal, sob pena de configurar-se o *erro de tipo*, que, por ausência de dolo (ou por dolo defeituoso), afasta a tipicidade, salvo se se tratar de simulacro de erro.

5.1 Elemento subjetivo especial

Curiosamente, no entanto, a despeito da pretensão do legislador de equiparar a nova figura penal ao crime de *favorecimento real*, não há uma exigência expressa do *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim de agir,* constante desse tipo penal. No entanto, essa necessidade está implícita, a exemplo do que ocorre com o crime de injúria, aliás, é a única forma de distinguir da conduta daqueles que ingressam licitamente no sistema prisional com seu aparelho celular, para uso próprio (v. g., funcionários, autoridades, advogados, determinados visitantes etc.).

5.2 Finalidade especial implícita

No entanto, mesmo que o legislador não tenha dito expressamente, somente haverá a incidência desse tipo penal quando a *finalidade da conduta* for fazer chegar o objeto material (telefone celular ou similar) às mãos daqueles que cumprem pena ou se encontram custodiados em estabelecimento prisional. Exatamente esse *fim especial*, implícito no art. 349-A, impede que aquele que simplesmente ingressa ou tenta ingressar no estabelecimento penal — como advogados, autoridades, funcionários ou qualquer outro visitante — trazendo consigo aparelho telefônico celular, para seu uso, incorra nas sanções desse tipo penal. Em outros termos, essa norma proibitiva não atinge os funcionários da administração penitenciária, os advogados ou quem quer que trabalhe ou se encontre nas dependências do estabelecimento penal que portem ou tragam consigo aparelho celular para uso pessoal, por faltar-lhes o elemento subjetivo especial de destiná-lo aos detentos.

5.3 Não há previsão de modalidade culposa

Por fim, não há previsão de *modalidade culposa* do crime de *favorecimento real*, ao contrário da receptação; por essa razão, se o sujeito

ativo, por exemplo, *desconhece a origem criminosa*, isto é, que se trata de *proveito de crime*, mesmo que por desatenção, falta de cautela ou pura negligência em face de indícios em sentido contrário, não comete crime algum; repetindo, desde que a sua conduta seja orientada tão somente pelo fim especial de favorecer ou auxiliar o autor do crime (que o agente ignora), sem visar proveito próprio ou alheio.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se qualquer das condutas contidas no tipo penal em exame com sua efetiva entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar em estabelecimento prisional, sem autorização legal. Tratando-se de figuras que, teoricamente, podem ser interrompidas, é admissível, em princípio, a modalidade tentada, embora de difícil comprovação.

7 Classificação doutrinária

A inserção de aparelho celular móvel ou similar em estabelecimento do sistema prisional classifica-se como *crime comum* (que não exige nenhuma qualidade ou condição especial do sujeito, qual seja a de *diretor de penitenciária*); *formal* (que não exige resultado naturalístico para sua consumação, bastando a simples abstenção da conduta devida); *de forma livre* (que pode ser praticado por qualquer forma escolhida pelo agente); c*omissivo* (todas as condutas elencadas no tipo exigem a prática de uma ação positiva, não havendo espaço para a forma omissiva); *instantâneo* (cuja execução não se alonga no tempo, não havendo demora entre a ação e o resultado); *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um agente apenas, o que não impede a possibilidade da figura do concurso eventual de pessoas); *unissubsistente* (praticado com um único ato, não admitindo fracionamento).

8 Pena e ação penal

A pena cominada, *isoladamente, é a pena privativa de liberdade*, na modalidade de detenção, de três meses a um ano, sem qualquer modalidade de majorante ou qualificadora. A ação penal, por sua vez, é pública incondicionada, podendo ser intentada, desde que satisfeitos os seus

pressupostos, pelo representante do *Parquet*.

Por se tratar de *infração penal de menor potencial ofensivo*, submete-se ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do disposto no art. 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (com redação determinada pelo art. 1º da Lei n. 11.313, de 28-6-2006), e no art. 394, § 1º, III, do CPP (com a redação da Lei n. 11.719, de 20-6-2008), pois a pena máxima cominada não é superior a dois anos.

Exercício arbitrário ou abuso de poder

Art. 350. Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o funcionário que:

I — ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II — prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III — submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV — efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

D O U T R I N A

1 Considerações especiais

Existem divergências na doutrina e na jurisprudência no tocante à revogação deste artigo pela Lei n. 4.898/65 (regulamenta o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade).

São duas as correntes que se digladiam, cada uma delas se posicionando da seguinte forma:

1) Entendem que ocorreu ab-rogação, com revogação completa do art.

350 do CP pela Lei n. 4.898/65, arts. 3º e 4º: Gilberto Passos de Freitas e Wladimir Passos de Freitas. Na jurisprudência, *vide RT*, *489*:354, *504*:379, *520*:466, *394*:267 e *556*:322.

2) Defendem a existência de derrogação, com a revogação do art. 350, *caput* e inciso III, pelo art. 4º, *a* e *b*, da Lei n. 4.898/65: Damásio E. de Jesus e Paulo José da Costa Jr. Na jurisprudência, *vide RT*, *592*:344, *472*:392 e *537*:299; *RTJ*, *54*:304, *56*:131 e *62*:266; *JTACrimSP*, *81*:182. Segundo esclarece Rui Stoco (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 48), a tendência jurisprudencial é no sentido de que o art. 350 do CP está absorvido pela Lei n. 4.898/65.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"Erro material na sentença. Condenação pela prática de abuso de poder. Aplicação da pena relativa ao crime de violência arbitrária. Havendo erro material relevante, impõe-se a concessão, de ofício, de *habeas corpus*, a fim de que a pena aplicada ao recorrente seja aquela relativa ao crime previsto no art. 350 do Código Penal, o único dispositivo legal, segundo a sentença, violado por ele" (STJ, REsp 494.374/MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 17-3-2005).

Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança

Art. 351. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 2º Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência.

§ 3º A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado.

§ 4º No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Penal de 1940, a final, segue a orientação assumida pelo Código Penal anterior (1890), distanciando-se, no particular, do Código Penal Rocco, o seu grande inspirador na imensa maioria de todos os seus fundamentos, identificando-se mais com o anterior código italiano, o Zanardelli (1889). Assim, o Código Penal de 1940 disciplina a *promoção* ou *facilitação de fuga* (art. 351) e a *evasão mediante violência à pessoa* (art. 352), com apurada técnica legislativo-científica, como procurara fazer em toda a sua extensão codificadora, a despeito de um ou outro equívoco, compreensível ante a grandiosidade da obra.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, mais uma vez, a Administração da Justiça, especialmente o seu papel de guardiã da segurança pública, da ordem e da solução dos conflitos sociais. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja frustrada em seus fins de prestar jurisdição, particularmente na esfera criminal, visando assegurar o cumprimento de suas decisões. No mesmo sentido, Fragoso reconhecia que a fuga de pessoa legalmente detida lesa a autoridade de decisão judicial ou administrativa, ou, mesmo, o interesse de repressão à criminalidade.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, com exceção do preso ou daquele submetido à medida de segurança detentiva. Neste crime, a eventual instigação ou induzimento do indivíduo preso ou detido para que outrem lhe facilite ou promova sua fuga não o torna partícipe de dita infração penal, porque é impunível o anseio natural de reconquista da liberdade perdida. Por outro lado, se o funcionário *encarregado da guarda ou custódia do preso* concorrer para a fuga do preso ou detento, o crime será qualificado, em razão da violação de *dever funcional* (§ 3º).

Sujeito passivo é o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido, a Administração Pública *lato sensu*, mais especificamente a Administração

da Justiça, e, eventualmente, quando for o caso, a pessoa contra a qual a violência for praticada.

4 Tipo objetivo: adequação típica

Os núcleos do tipo, alternativamente indicados, são os seguintes: a) *promover* (provocar, dar causa); b) *facilitar* (favorecer, colaborar). Pune-se a conduta de quem *promove* ou *facilita* a fuga de pessoa *legalmente* presa (em flagrante delito ou por ordem judicial) ou submetida a medida de segurança detentiva (art. 96, I, do CP). Enfim, *promove a fuga* quem, com ou sem conhecimento do beneficiário, toma as medidas necessárias que oportunizam a *evasão* de pessoa que se encontra privada de sua liberdade (pena ou medida de segurança detentiva); ou *a facilita* quem *lhe fornece os meios* (instrumentos adequados ao empreendimento) para que aquele, por si mesmo, liberte-se, podendo, inclusive, facilitá-la com orientações, conselhos ou informações úteis e, até mesmo, quando, no exercício funcional, *omite-se* na vigilância que lhe cabe como guarda, carcereiro ou policial.

4.1 Promoção ou facilitação de fuga e favorecimento pessoal

Não se confunde, evidentemente, a *promoção ou facilitação da fuga* de pessoa privada da liberdade (art. 351) com o *auxílio a criminoso em liberdade* (favorecimento pessoal) para eximir-se à ação da autoridade pública (art. 348), visto que são situações absolutamente distintas. Por outro lado, o *popular* que, efetuando a *prisão em flagrante delito*, conforme lhe faculta o art. 301 do CPP, logo depois, por qualquer razão ou sem razão alguma, solta o infrator, não comete crime, pois, além de não ser legalmente obrigado a mantê-lo preso (não tem o dever funcional), tampouco tinha o *dever legal* de prendê-lo; ao contrário da autoridade pública competente, exerceu apenas *direito* que o ordenamento jurídico assegura a "qualquer do povo", ao passo que a *autoridade policial* (e seus agentes) tem o dever de "prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito" (art. 301 do CPP).

4.2 Facilitar fuga de pessoa legalmente presa

É necessário que a ação de *promover* ou *facilitar* a fuga seja praticada contra pessoa *legalmente presa* ou submetida à *medida de segurança*

detentiva. A *legalidade* da prisão ou da medida de segurança é *elemento normativo* do tipo, constituindo *pressuposto* desse tipo penal. Por outro lado, tal legalidade funciona também como indicativo da *ausência de uma causa de justificação* que, se presente, exclui a tipicidade da conduta aqui descrita. É irrelevante que a prisão decorra *de crime* (flagrante, preventiva ou decorrente de decisão condenatória), *prisão civil* ou *administrativa*, e tampouco ganha importância o fato de a ilegalidade existir desde o início da privação de liberdade ou sobrevir no curso desta. É igualmente indiferente o *local* onde se encontra o indivíduo preso ou detido, dentro ou fora de estabelecimentos penitenciários, cadeia pública ou *hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*, sendo impositivo e definitivo que a *restrição de liberdade* tenha fundamento legal e haja sido determinada por *autoridade competente*. Contudo, não se pode confundir legalidade da prisão com a justiça desta, visto que, nesse tipo penal, o legislador refere-se à legalidade formal, a qual, por óbvio, não se confunde com justiça substancial, que pode e deve ser questionada pelos meios jurídicos próprios.

Enfim, a *ilegalidade* da prisão ou internação afasta *a adequação típica* de qualquer das condutas insertas no dispositivo ora em exame, por faltar-lhe a elementar constitutiva do tipo penal, "legalmente presa ou submetida a medida de segurança". No entanto, é indiferente que o preso ou detido já se encontre recolhido no estabelecimento adequado ou ainda esteja a ele sendo conduzido ou, então, transferido de um para outro estabelecimento, ou até para alguma solenidade, formal ou informal (audiência, identificação, reconhecimento, vistoria, inspeção ou outra finalidade qualquer, mas sempre custodiado por funcionário próprio).

4.3 Liberdade de meios, formas ou modos de condutas incriminadas

De modo geral, são indiferentes os *meios*, *formas* ou *modos* pelos quais as condutas incriminadas podem ser cometidas, ressalvadas as hipóteses que constituem qualificadoras, conforme veremos adiante. Com efeito, trata-se de crime de forma livre, podendo ser cometido por qualquer meio, inclusive de *informações*, que possibilitem, por exemplo, a superação de eventual obstáculo que possa existir, permitindo chegar à fuga ou evasão do criminoso.

Finalmente, se a promoção ou facilitação da fuga é realizada por funcionário público, mediante corrupção, responderá pelo crime do art. 351

do CP, e não pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), em razão do princípio da especialidade.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de promover ou facilitar a fuga de pessoa submetida a prisão ou a medida de segurança detentiva, consciente da legalidade de uma ou outra. Os motivos e os fins que orientam a conduta do agente são irrelevantes para a tipificação desta infração penal. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

O *desconhecimento*, por parte do sujeito ativo, da *legalidade* da prisão constitui *erro de tipo*, impedindo a formação regular do dolo, que, assim, não abrange por completo todas as elementares da descrição típica. A *evitabilidade* do erro, *in concreto*, pode levar o sujeito ativo a responder pela modalidade culposa, quando se tratar de funcionário público, nos termos do § 3º; no entanto, se quem incorrer na mesma modalidade de erro for particular ou outro funcionário, não vinculado à função de guarda ou custódia de preso, a evitabilidade do erro será irrelevante, pela ausência de previsão da modalidade culposa, não respondendo por crime algum. A *inevitabilidade* do erro de tipo, como ocorre em qualquer infração penal, que vicia irreparavelmente o dolo, afasta a punibilidade do crime, a qualquer título, doloso ou culposo.

Por fim, pune-se a *modalidade culposa*, nos termos do § 4º deste artigo, somente para a hipótese de funcionário incumbido da custódia ou guarda do preso ou detento.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de promoção ou facilitação da fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança no lugar e no momento em que a evasão se efetiva, reconquistando o preso a sua liberdade, ainda que seja apenas temporariamente. A tentativa é, teoricamente, admissível.

Discordamos, por óbvio, do entendimento de Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 543), quando afirma que, “se a ação for praticada em relação a mais de uma pessoa, haverá concurso material, pois haverá tantos crimes quantas sejam as pessoas que empreendam a fuga”. Embora não seja normal na história de Fragoso, um dos maiores dogmáticos brasileiros, há

um *erro crasso* em sua construção, pois o que caracteriza o concurso material de crimes não é a pluralidade de resultados (fuga de várias pessoas), mas de ações praticadas pelo sujeito ativo, que o ilustre penalista coloca no singular.

7 Formas qualificadas: à mão armada, pluralidade de pessoas ou mediante arrombamento

O *modus operandi*, no crime de *promoção* ou *facilitação de fuga*, pode apresentar particularidades que representam *maior gravidade* na violação do bem jurídico tutelado, produzindo alarma social de grande vulto, tornando a conduta mais *censurável* e, por isso mesmo, merecedora de elevada reprovabilidade, quer pelo maior *desvalor da ação (à mão armada, pluralidade de pessoas, violação de dever funcional)*, quer pelo maior *desvalor do resultado* (mediante arrombamento, rompimento de obstáculo). Indiscutivelmente é superior a gravidade do injusto, pois não só o *desvalor da ação*, como também os *efeitos naturais* da infração são maiores do que a hipótese descrita no *caput*. Essas particularidades podem assumir diversos *graus de intensidade*, recebendo, de acordo com sua gravidade, a qualificação de *agravantes*, *majorantes* ou *qualificadoras*. Observando o princípio da reserva legal, optamos por estabelecer taxativamente aquelas circunstâncias que, por sua gravidade, tornam o *crime qualificado*, que, a rigor, constituem novos tipos penais, derivados, mas autônomos, com novos parâmetros sancionatórios, bem mais graves, distintos da figura fundamental — contida no *caput*.

7.1 Graduação do injusto penal e reprovabilidade

A *graduação do injusto penal* observa sua maior ou menor danosidade, que ora é representada, como dissemos, pelo desvalor da ação, ora pelo desvalor do resultado. Inegavelmente, a *reprovabilidade* é mais grave para quem utiliza *meios excepcionais* para superar obstáculos defensivos (arrombamento), ou se organiza para essa finalidade (duas ou mais pessoas), ou, ainda, trai a confiança que o Estado lhe depositara, ou, por fim, utiliza-se de armas cujos efeitos lesivos podem até ser fatais. A presença de apenas uma delas é suficiente para qualificar o crime, mudando sua capitulação e, substancialmente, sua punição; eventual concurso de duas ou mais qualificadoras não modifica a pena abstratamente cominada;

contudo, deve ser considerada na medida da pena concretizada, ou seja, uma delas, a nosso juízo a mais grave ou a mais bem comprovada nos autos, servirá para estabelecer a pena-base, fixando o marco do tipo penal derivado, enquanto as demais devem ser trabalhadas na operação dosimétrica da pena, visando encontrar seu resultado definitivo. Vejamos cada uma delas, individualmente.

7.2 Se o crime é praticado à mão armada

Segundo a dicção do texto legal — *se o crime é praticado à mão armada* —, é necessário o e*mprego efetivo* de arma, sendo insuficiente o simples *portar*. A tipificação legal — se o crime é praticado à mão armada — significa o "emprego de arma", e "empregá-la" traduz uso efetivo, concreto, real, isto é, a utilização da arma no cometimento da violência; em outros termos, isso quer dizer que não basta que o infrator apenas *tenha arma*.

A *inidoneidade lesiva da arma* (de brinquedo — ver, em nosso *Tratado*, nossa crítica à revogada Súmula 174 —, descarregada ou simplesmente à mostra), que pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo, por exemplo, não tem o mesmo efeito nem para qualificar o roubo, a despeito do que pretendia a revogada Súmula 174 do STJ, nem para qualificar a promoção ou facilitação de fuga de quem está legalmente preso ou detido. O fundamento dessa qualificadora reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) pode representar, e não no temor maior sentido por supostos agentes públicos. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não existem nos instrumentos antes referidos. Pelas mesmas razões, não admitimos a caracterização dessa qualificadora com o uso de arma inapta a produzir disparos, isto é, *inidônea* para o fim a que se destina.

7.3 Se o crime é praticado por mais de uma pessoa

A outra qualificadora — *se o crime é praticado por mais de uma pessoa* — trata da concorrência de duas ou mais pessoas na prática do crime, ainda que qualquer delas seja inimputável. É indispensável, a nosso juízo, a participação efetiva na execução material do crime. Há a necessidade, com efeito, da presença *in loco* dos concorrentes — se o crime é "praticado" por

mais de uma pessoa, diz o texto legal —, ou seja, é indispensável a concreta *participação* na fase executória do crime. É irrelevante que algum dos participantes seja *inimputável* ou *isento de pena*; pela mesma razão, é indiferente que apenas um seja identificado.

O art. 29, *caput*, do CP afirma que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime" *incide nas penas a ele cominadas*. *A contrario sensu*, está afirmando, implicitamente, que *não o comete* quem, de qualquer modo, concorre para o crime. Nesse sentido, é precisa a crítica de Weber Martins Batista, que merece ser transcrita, *in verbis*: "O Código Penal não comete a heresia de consagrar, expressa ou implicitamente, que *comete* o crime quem de qualquer forma concorre para ele. O que está na lei, corretamente, é que *incide* nas penas cominadas ao crime — expressão com que, implicitamente, se afirma que *não o comete* — quem, de qualquer modo, concorre para ele. Comete o crime — ninguém afirma de outro modo — quem participa materialmente de sua execução. Não fora isso, e seria desnecessária a norma de extensão do art. 29 do Código Penal".

7.3.1 Diferenças entre a qualificadora e o concurso de pessoas

Enfim, todos os que *concorrem*, moral ou materialmente, para o crime são punidos pelo Código Penal (art. 29, *caput*), mas a *qualificadora* somente se configurará quando o crime for *cometido* por duas ou mais pessoas, que, necessariamente, *devem encontrar-se no local do crime*, pois, só *será cometido* "por mais de uma pessoa" se participarem da fase executória do crime. Somente assim se pode fazer presente *a maior temibilidade e eficiência da delinquência coletiva*, que seria o fundamento da maior punibilidade. Com efeito, se o legislador visa, no caso, punir mais gravemente a soma de esforços na prática do crime, parece-nos evidente que o preceito deva ser interpretado, teleologicamente, como endereçado à hipótese de cooperação de agentes na fase de execução do crime.

7.4 Se o crime é praticado mediante arrombamento

O *arrombamento*, por sua vez, consiste no rompimento, deslocamento ou supressão de obstáculo, visando facilitar a fuga do preso ou detento. *Arrombar* é romper, arrebentar, cortar, serrar, perfurar, deslocar ou forçar, de qualquer modo, o obstáculo, com ou sem dano à substância da coisa. Há *destruição* quando ocorre a demolição, o aniquilamento ou o desaparecimento de eventual obstáculo que, de alguma forma, sirva de

proteção ao objeto da subtração. A ausência de previsão legal dos meios, modos ou formas de produzir o *arrombamento* ou rompimento autoriza a utilização de quaisquer deles — manuais ou mecânicos —, desde que idôneos para o fim proposto.

A *violência à coisa*, na verdade, é o *meio* empregado para garantir a fuga, que, aliás, pode ser anterior ou contemporânea a ela, indiferentemente, desde que, logicamente, se realize com essa finalidade. Assim, o *arrombamento* praticado para assegurar a fuga também qualifica o crime; mesmo que o evadido já se encontre fora do estabelecimento, não constituirá crime autônomo.

7.5 Com violação de dever funcional: encarregado de custódia ou guarda de preso ou interno

O § 3º traz um crime próprio, qualificado em razão da condição especial do agente (pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou internado). Há nesta última qualificadora (§ 3º) uma hipótese de *violação de dever* inerente à função exercida — pessoa que tem a guarda ou custódia de preso ou internado —, cuja transgressão aumenta o desvalor da ação não apenas pela maior facilidade ou pelo menor risco para a prática do crime, mas fundamentalmente por frustrar a expectativa e a confiança que a Administração Pública confiou a seu representante legal, que supõe um sentimento interior de credibilidade, representando um vínculo subjetivo de respeito e responsabilidade decorrente de *especial relação funcional*, exatamente a razão pela qual assume a função que exerce, justificando-se, assim, o aumento *da reprovabilidade pessoal do injusto.*

Por fim, não basta a existência de uma *relação funcional* entre o sujeito ativo e a função de guarda ou custódia, mas é necessário que aquele se tenha valido desse vínculo com a função para praticar o crime, ou dele abusado para a execução criminosa, ou seja, deve caracterizar, em outras palavras, a velha *relação de causa e efeito*. Realmente, se o funcionário, no seu período de folga, fora do exercício de sua atividade funcional (guarda ou custódia de presos), incorpora-se a outros para a prática do crime (ou o realiza sozinho), sem qualquer aproveitamento de sua função, não se configura, a nosso juízo, dita qualificadora.

7.5.1 Incomunicabilidade de qualificadora de caráter pessoal

Esta última qualificadora é de "caráter pessoal" e, como tal, em princípio, é *incomunicável* aos demais participantes de uma mesma infração penal (art. 30); contudo, na hipótese, ela constitui "elementar do crime" qualificado, incidindo na ressalva do mesmo art. 30, que determina, nesses casos, a *comunicabilidade* das elementares típicas, independentemente de sua natureza objetiva ou subjetiva.

Convém destacar, no entanto, que a *comunicabilidade* não apenas de elementares subjetivas, mas de qualquer natureza, somente existe se o participante conhecer essa circunstância antes da prática delituosa; caso contrário, ela não terá sido abrangida por dolo, resultando incomunicável, não por sua natureza subjetiva, mas pelo *desconhecimento* do agente, que, em relação à elementar, não agiu com dolo.

8 Forma culposa: negligência no exercício de dever funcional

Trata-se de *crime próprio*, que somente pode ser praticado pelo funcionário público incumbido da custódia ou guarda do preso ou internado (§ 4º). Quando resultar da *desatenção* do sujeito ativo relativamente às normas de cuidado objetivo, exigíveis no exercício da função de custódia ou guarda, configurará *crime culposo*. Com efeito, a *observância do dever objetivo de cuidado*, isto é, a *diligência devida* no atendimento, atenção, procedimentos, e todas as demais cautelas que a perigosa atividade desenvolvida exige de quem *guarda ou custodia* presos ou internos *constituem* o elemento fundamental do *tipo de injusto culposo*, cuja análise preliminar, mais que requisito, representa um pressuposto no exame da culpa. Na dúvida, sobre a necessidade de adotar determinadas cautelas, impõe-se a sua adoção ou a abstenção da realização da conduta, pois quem se arrisca, nessas hipóteses, age com *imprudência*, e, sobrevindo um resultado típico, torna-se autor de um crime culposo, no caso, de concorrer para a evasão de preso ou internado, conforme o caso.

No entanto, é indispensável que se investigue o que teria sido, *in concreto*, para o agente, o *dever de objetivo cuidado*. E, como segunda indagação, deve-se questionar se a ação do agente correspondeu a esse comportamento "adequado". Somente nessa segunda hipótese, quando negativa, surge a *reprovabilidade* da conduta, numa espécie, pode-se dizer, de relação de causa e efeito entre a ação descuidada do agente e a ocorrência, *in concreto*, do fato, qual seja, a fuga dos custodiados por

aquele.

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é de detenção, de seis meses a dois anos. As formas qualificadas (§§ 1º e 3º) preveem pena de reclusão, de dois a seis anos, e reclusão, de um a quatro anos, respectivamente. Para a forma culposa, aplica-se, alternativamente, a pena de detenção de três meses a um ano, ou multa. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Guarda que aceita vantagem, e facilita a fuga de preso, comete só o crime do art. 351 do CP e não também o de corrupção passiva, em vista do princípio da especialidade. O Código Penal, nos delitos de fuga e evasão de preso, determina expressamente a aplicação cumulativa da pena correspondente à violência exercida contra a pessoa. Concurso material de infrações reconhecido entre o crime de facilitação de fuga e os delitos de sequestro e lesão corporal leve contra vítimas distintas" (TJMG, Apelação 1.0611.02.001369-8/001(1), Rel. Paulo Cezar Dias, j. 6-3-2007).

"Fuga de pessoa presa. Individualização da pena. Alegação de resposta penal inadequada. Ausência de prejuízo. Denegação. É certo que a disposição do § 2º do artigo 351 do Código Penal caracteriza concurso material *ex vi legis*, a determinar que o Juiz, para além da pena prevista para o ilícito de promoção ou facilitação de fuga de pessoa presa, imponha, em cúmulo material, as penas correspondentes à violência contra pessoa, empregada como meio de execução daquele delito" (STJ, HC 33.515/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14-6-2005).

Evasão mediante violência contra a pessoa

Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Na legislação brasileira, o Código Criminal de 1830 punia somente a

evasão que fosse praticada com violência contra o carcereiro ou guarda (art. 126). O Código Penal de 1890 basicamente reproduziu as mesmas disposições do anterior (art. 132). Finalmente, nosso Código Penal de 1940, embora tenha tido como seu grande inspirador o Código Penal Rocco (1930), não seguiu, nesse aspecto, sua orientação, limitando-se a criminalizar a evasão somente quando praticada com violência à pessoa.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, novamente, a Administração da Justiça. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja frustrada em seus fins de prestar jurisdição, particularmente na esfera criminal, visando assegurar o cumprimento de suas decisões. A lei que não admite oposição ou insubordinação contra as decisões judiciais redobra sua insatisfação quando o indivíduo, ao desobedecê-la, ainda usa de violência contra a pessoa. Protege-se, enfim, a Administração da Justiça objetivando impedir qualquer forma de rebelião contra a disciplina coercitiva imposta pelo Estado, visando a prevenção e repressão pública.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser a pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva, sendo possível o concurso eventual de pessoas, inclusive com a participação de funcionário público, encarregado ou não da custódia de presos.

Sujeitos passivos são o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido, a Administração Pública *lato sensu*, mais especificamente, no caso, a Administração da Justiça, e, evidentemente, a pessoa contra a qual a violência for praticada pelo sujeito ativo.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *evadir-se* ou *tentar evadir-se* (fugir, escapar) *o preso* (qualquer que seja a natureza da prisão: penal, civil ou administrativa) *ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva* (art. 96 do CP), *usando de violência* (física, não bastando a grave ameaça ou a violência contra a coisa) contra a pessoa, como, por exemplo, o preso que para fugir serra as grades da cela. Contrariamente à previsão do Código

Penal brasileiro, o atual Código Penal espanhol (Ley Orgánica n. 10/95) tipifica a conduta de *evasão mediante violência*, admitindo também a "ameaça" (*intimidación*), isto é, a violência moral, e a "violência à coisa" (*fuerza en las cosas*), nos seguintes termos: "*Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluídos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín*" (art. 469).

4.1 Fuga extramuros: tipicidade

Para Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 520), "se a fuga ocorre *extramuros*, eximindo-se violentamente o agente ao poder de quem o conduz ou transporta, o crime será o de *resistência* (art. 329), sem prejuízo, igualmente, das penas correspondentes à violência". Não lhe assiste razão, pois a restrição à liberdade do indivíduo não se limita ao interior dos estabelecimentos destinados à privação de liberdade, como à primeira vista pode parecer, pois, mesmo *extramuros* pode o indivíduo, por razões as mais variadas, continuar custodiado por agentes públicos responsáveis por sua guarda, sendo possível, portanto, *evadir-se* ou *tentar evadir-se*, usando de violência contra a pessoa.

A tese de Hungria apresenta algumas falhas técnicas, como se pode notar: em primeiro lugar, quem *foge* não oferece *resistência*, aproximando-se mais da *desobediência*; em segundo lugar, o exemplo citado adequa-se perfeitamente à descrição contida no art. 352, e não no dispositivo referido por Hungria, pois o indivíduo, nesse exemplo, *não opõe resistência* à sua prisão, já se encontra *preso* ou submetido a medida de segurança detentiva, portanto, usando de violência para eximir-se da custódia de quem o conduz, *evade-se ou tenta evadir-se*, como diz o art. 352. Na verdade, *evadir-se* significa, etimologicamente, *fugir de um lugar fechado*; mas, juridicamente, equivale *a subtrair-se à restrição de sua liberdade*.

4.2 Crime de resistência e evasão de presídio

Em síntese, se o indivíduo *opõe-se à sua prisão* mediante violência, *há resistência*; no entanto, se faz uso da violência contra a pessoa *depois de preso* ou submetido à internação, *tipifica-se o crime de evasão* (art. 352). Portanto, a *evasão*, a nosso juízo, pode dar-se *intra* ou *extramuros*, sendo indispensável, contudo, a *legalidade da prisão* ou internação para que se tipifique a conduta, como adverte Salo de Carvalho (*Pena e garantia*, 2.

ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 230): “para a caracterização da figura típica, a conduta deve ser direcionada contra prisão legal — sua ilegalidade constitui circunstância discriminante (*sic*) do fato —, não podendo ser confundida com o tipo penal ‘resistência’ regulado no art. 329 do CP”. Por fim, uma coisa, no entanto, é absolutamente certa: *é impossível evadir-se para dentro* dos estabelecimentos, ao contrário do que alguém, menos avisado, chegou a sustentar no STJ, referindo-se a *evasão de divisas*.

4.3 Legalidade da prisão ou medida de segurança

A *legalidade* da prisão ou da medida de segurança, pode-se dizer, é *elemento prejudicial*, constituindo *pressuposto* do crime. A eventual ilegalidade, seja da prisão, seja da internação, afasta não apenas a ilicitude, mas a própria tipicidade da conduta. No entanto, o sujeito ativo (preso ou internado), mesmo assim, responderá pela violência empregada, no que exceder dos meios necessários à repulsa da “ilegalidade” sofrida. Por outro lado, é irrelevante que a *prisão* decorra *de crime* (flagrante, preventiva ou decorrente de decisão condenatória), de *prisão civil* ou *administrativa*, e tampouco ganha importância o fato de a *ilegalidade* existir desde o início da privação de liberdade ou sobrevir no curso desta, como adverte Salo de Carvalho (*Pena e garantia*, p. 230): “a prisão inicialmente legítima pode tornar-se ilegal com o transcurso do prazo de sua duração, caracterizando, assim, a atipia da evasão”.

É igualmente indiferente o *local* onde se encontra o indivíduo preso ou internado, dentro ou fora de estabelecimentos penitenciários (como já destacamos), cadeia pública ou hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo impositivo e definitivo que a *restrição de liberdade* tenha fundamento legal e haja sido determinada por *autoridade competente*.

4.4 Punição cumulativa da elementar típica “violência”: “bis in idem”

Constata-se de plano que, a exemplo do crime de *roubo* e de tantos outros, a *violência* constitui *elementar típica* do crime de *evasão violenta* de estabelecimento prisional; mas, neste tipo penal, ao contrário do que ocorre com o *roubo*, aqui tomado como paradigma apenas para exemplificar, o legislador ignora toda a estrutura do próprio Código Penal e menospreza toda uma longa evolução políticodogmática do direito penal, infringindo princípios elementares como *ne bis in idem*, proporcionalidade,

razoabilidade, dentre tantos outros, e determina a *punição cumulativa* (aplicação do sistema do cúmulo material de penas) do crime de *evasão mediante violência contra a pessoa* e da configuração, necessária e indispensável, de sua elementar típica — *violência* — na medida em que, sem esta, esse crime não se configura.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de evasão mediante violência contra a pessoa é o dolo, representado pela vontade consciente de *evadir-se*, praticando violência contra a pessoa. A doutrina, de modo geral, tem sustentado a desnecessidade de algum elemento subjetivo especial do injusto, discordando, a nosso juízo com razão, Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 547), que exigia o antigo "dolo específico". Assim, não nos parece desarrazoada a sugestão de Guilherme Nucci (*Código Penal comentado*, p. 1091), quando ventila a possibilidade de admitir-se, ainda que implicitamente, o especial fim de "escapar da prisão legal, valendo-se de violência". Com efeito, motivações diversas podem levar o preso ou interno a evadir-se do estabelecimento, mesmo usando de violência, sem que a finalidade da ação realmente seja a evasão, podendo, por exemplo, desejar somente comparecer ao enterro de sua mãe. Por isso, estamos de acordo com a necessidade do *especial fim de evadir* da segregação em que se encontra o sujeito ativo.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o emprego da violência física contra a pessoa e a realização de atividade tendente à evasão do preso ou internado. A tentativa, em termos de direito positivo, é inadmissível, visto que a forma tentada é equiparada ao crime consumado, embora devam ser distinguidas no momento da dosimetria da pena.

Pertinente transcrever aqui parte da contundente e procedente crítica de Salo de Carvalho (*Pena e garantia*, p. 234) à equiparação punitiva de crime tentado e crime consumado, nos seguintes termos: "embora pacífico o entendimento doutrinário das correntes humanistas acerca do *minus* da tentativa em relação ao delito consumado, o legislador equiparou, no caso de evasão mediante violência, as duas condutas, seguindo rumos da tradição legislativa autoritária (v. g., os crimes contra a segurança nacional, Lei n.

7.170/83). Assim, de duvidosa constitucionalidade a equiparação das penas, em decorrência da lesão ao princípio da razoabilidade".

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são de detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência. Como o tipo penal equipara *evadir* e *tentar evadir-se*, punindo ambas com os mesmos limites abstratos, mínimo e máximo, ao dosar a pena devem-se observar as diferenças do desvalor do resultado entre uma e outra figura, em observância ao indeclinável princípio da proporcionalidade. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Delito de evasão mediante violência contra a pessoa. Para a configuração do tipo descrito no art. 352 do CP, é desnecessário o cometimento de lesões corporais, bastando o emprego de violência física contra pessoa" (TJRS, Apelação 70008679748, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 12-8-2004).

Arrebatamento de preso

Art. 353. Arrebatar preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O Código Criminal do Império (1830) prescrevia o crime de arrebatamento de presos, nos seguintes termos: "fazer arrombamento, ou acometer qualquer prisão, com força, para maltratar os presos" (art. 127). Essa orientação foi acolhida pelo Código Penal de 1890, que se limitou a reproduzir a previsão do estatuto penal anterior (art. 133), que incriminava somente o arrebatamento realizado mediante arrombamento ou acometimento de prisão. O Código Penal em vigor (1940), no entanto, ampliou a proibição dessa conduta, admitindo sua tipificação não apenas

quando o sujeito passivo encontra-se recolhido a algum estabelecimento prisional, mas em qualquer local, desde que seja arrebatado de quem o tenha sob guarda ou custódia.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é também aqui a Administração da Justiça. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja frustrada em seus fins de prestar jurisdição, particularmente na esfera criminal, visando assegurar o cumprimento de suas decisões, e o *arrebatamento de presos* constitui um atentado contra a dignidade da Administração da Justiça. Tutela-se igualmente a *integridade física* de quem se encontra sob proteção oficial da instituição "justiça", como destacava Magalhães Drumond (*Comentários ao Código Penal*, p. 401-2): "se se arrebata o preso à autoridade que o custodia ou guarda, prescinde-se dessa autoridade, nega-se-lhe a investidura, investe-se contra o Estado, desconhece-se a ordem jurídica. É a proclividade para o caos político, senão a sua verificação imediata".

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime de *arrebatamento de preso* pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse pessoal em algum processo, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial. Aliás, nada impede que a própria *vítima* do crime pelo qual o indivíduo encontra-se preso possa ser sujeito ativo do arrebatamento, ou, pelo menos, que possa concorrer na forma do art. 29 do CP.

Sujeito passivo, prioritariamente, na nossa avaliação, será sempre a *vítima da violência* praticada pelo sujeito ativo, ou seja, sujeito passivo é o *preso arrebatado* para ser "maltratado", tanto que a *violência* é punida como crime autônomo. Não nos parece adequado o entendimento majoritário, nesse caso, de que a vítima efetiva da violência (que pode até chegar à morte) não seja considerada como sujeito passivo imediato do crime; secundariamente, é o Estado sempre titular do bem jurídico ofendido, Administração Pública *lato sensu*, mais especificamente, na hipótese, a Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *arrebatar* (arrancar, retirar com violência) *preso* do poder de quem o tenha *sob custódia ou guarda* (oficial de justiça, carcereiro etc.) *a fim de maltratá-lo* ("os maus-tratos têm variada casuística, indo desde as *vias de fato* vexatórias até o extremo do linchamento, que ultimamente tem ocorrido com certa e alarmante frequência" (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 521). Em outros termos, *arrebatar* significa retirar com *violência*, tomar de assalto, isto é, violentamente, pessoa que se encontra presa, punindo-se, também, o crime que a violência configurar.

É irrelevante a *legalidade* ou não da prisão para caracterizar o crime em tela (que é mais uma razão de se defender que a vítima do "linchamento" é o sujeito passivo imediato, e não o Estado), contrariamente ao que ocorre com os crimes descritos nos dois dispositivos anteriores (*promoção ou facilitação de fuga* — art. 351 e *evasão mediante violência à pessoa* — art. 352), cuja *legalidade* da prisão constitui *pressuposto* das ações tipificadas; nada justifica, portanto, a *violência vingativa* ou simplesmente irracional do agressor a alguém, que já se encontra privado de sua liberdade, por determinação do próprio Estado. A irrelevância da legalidade da prisão, para a tipificação do crime de *arrebatamento de preso*, deve-se ao fato de que o *fim especial do sujeito ativo* é "maltratar" o preso, e não "salvá-lo" de uma prisão ilegal ou injusta. Por isso, a *ilegalidade da prisão* não afasta a *tipicidade*, tampouco a *antijuridicidade* da conduta.

4.1 Irrelevância da natureza da prisão: criminal, civil ou administrativa

É indiferente que a *prisão* decorra *de crime* (flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia ou de decisão condenatória, de *prisão civil* ou *administrativa*). É igualmente indiferente o *local* onde se encontra o indivíduo preso, dentro ou fora de estabelecimento penitenciário, cadeia pública etc., ou mesmo sendo conduzido em via pública; contudo, é indispensável que ele se encontre *sob custódia ou guarda*, ficando em segundo plano a legalidade formal de dita custódia ou guarda, que posteriormente apurada *não legitima a violência* do arrebatamento, isto é, não lhe afasta a tipicidade.

4.2 Lacuna: arrebatamento de pessoa submetida à medida de segurança

O crime do art. 353 pune o *arrebatamento de preso*, consequentemente, ao contrário da previsão contida no artigo anterior, não abrange a pessoa submetida a *medida de segurança detentiva*, ou seja, o arrebatamento de pessoa internada para tratamento não tipifica o crime descrito neste artigo, que, por isso mesmo, caracteriza uma lacuna da tipificação em exame, que não pode ser suprida por analogia *in malam partem*.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo geral é o *dolo*, representado pela *vontade* de *arrebatar* pessoa presa, *consciente* de que o retira do poder de quem o tenha sob guarda ou custódia. Exige-se, no entanto, o *elemento subjetivo especial do tipo*, representado pelo *especial fim de agir*, qual seja o de *maltratar o preso*, independentemente de atingir tal pretensão.

Trata-se de um daqueles tipos penais em que, ao lado do *dolo*, pode figurar uma série de características *subjetivas* que o integram ou o fundamentam. Como o próprio Welzel (*Derecho Penal alemán*, p. 83) esclarecia, "ao lado do dolo, como momento geral e *pessoal-subjetivo* daquele, que produz e configura a ação como acontecimento dirigido a um fim, apresentam-se, frequentemente, no tipo *especiais* momentos subjetivos, que dão colorido num determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação". Assim, por exemplo, o *tomar* uma coisa alheia é uma atividade dirigida a um *fim* por imperativo do *dolo*; no entanto, seu *sentido ético-social* será inteiramente distinto se aquela atividade tiver como *fim* o uso passageiro ou se tiver o desígnio de apropriação.

5.1 Relevância da motivação da conduta: finalidade especial

A *ideologia subjetivadora* na elaboração do *preceito primário* da norma penal, além de inadequada, é extremamente perigosa, pois esses *estados anímicos*, como *ser egoísta*, *cruel* ou *malvado*, dentre outros, podem existir independentemente da relevância da lesão objetiva de bens jurídicos tutelados. E, nessas circunstâncias, quando a conduta é penalmente relevante, a tipificação desses estados anímicos pode conduzir à punição do ânimo, que é inadmissível no direito penal da culpabilidade. No entanto, no tipo penal em exame — *arrebatamento de preso* —, o *fim especial da ação* assume importância transcendental para a reprovabilidade pessoal do injusto, sem violar o sagrado princípio da reserva legal estrita, porque

revela sobremodo a gravidade do *desvalor da ação* do sujeito ativo — *maltratar o preso* —, que não torna menos grave e, quiçá, irrelevante penalmente, se dito arrebatamento *tiver outra motivação* ou outro fundamento sociopolítico — que não o de maltratar o preso —, afora o fato da desumanidade que a conduta tipificada traz em seu bojo.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com o efetivo arrebatamento do preso, isto é, com a sua retirada violenta do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda, mesmo que os maus-tratos acabem não sendo impostos. Se, no entanto, ocorrerem os maus-tratos, haverá o exaurimento do crime, não alterando a tipificação da conduta, e sua influência circunscrever-se-á ao cálculo da pena.

A tentativa é, teoricamente, admissível, tratando-se como se trata de crime plurissubsistente, cujos atos executórios podem ser fracionados.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas são, cumulativamente, de reclusão, de um a quatro anos. Há aplicação *cumulativa* (sistema do cúmulo material de penas) entre a pena do presente crime e a correspondente à violência (homicídio ou lesão corporal) contra a pessoa. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. A ação penal é pública incondicionada.

Motim de presos

Art. 354. Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O disposto no art. 311 do Código Penal suíço teria sido a fonte inspiradora do Código Penal brasileiro de 1940, que tipificou a conduta de amotinarem-se os presos, perturbando a ordem e a disciplina da prisão, excluindo os internados (pacientes de medidas de segurança), por não possuírem a plena capacidade de ser culpáveis. Por conseguinte, a legislação brasileira anterior (Código Criminal de 1830 e Código Penal de 1890) não tipificou o crime de motim de presos, como reconhece expressamente a Exposição de Motivos (inciso 84) do diploma legal de 1940, embora o Projeto de Virgílio de Sá Pereira e o Projeto Alcântara Machado previssem a criminalização do amotinamento de presos.

2 Aspectos político-criminais da conflitividade carcerária

Os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as deficiências da pena privativa de liberdade. É o acontecimento que causa maior impacto e o que permite à sociedade tomar consciência, infelizmente por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida carcerária se desenvolve. O motim, uma erupção de violência e agressividade, que comove os cidadãos, serve para lembrar à comunidade que o encarceramento do delinquente apenas posterga o problema. Ele rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere. Infelizmente, pouco depois de desaparecido o conflito carcerário, a sociedade volta a construir o muro de silêncio e de indiferença, que se manterá até que outro acontecimento dramático comova, transitoriamente, a consciência social. Esse ciclo fatal, cuja interrupção é muito difícil, é um dos fatores que mais influem para que a problemática carcerária não encontre solução satisfatória na maior parte das sociedades. O exemplo mais eloquente da conflitividade carcerária foi o “massacre do Carandiru”, ocorrido na Casa de Detenção, em São Paulo, no ano de 1992, quando a Polícia Militar *executou* cento e onze reclusos, totalmente desarmados.

A grande conflitividade existente no meio carcerário, cuja expressão mais genuína é o *motim*, tem origem em uma multiplicidade de fatores. Provavelmente as deficientes condições materiais em que se desenvolve a vida carcerária sejam o fator mais importante. Contudo, para entender melhor o problema, devem-se analisar outros fatores.

2.1 A clássica prisão de segurança máxima

Em geral os reclusos vivem em condições de “amontoamento”, havendo poucas condições de as autoridades penitenciárias realizarem adequada supervisão e vigilância interna. A clássica prisão fechada cria um ambiente propício para a existência de relações e comportamentos homossexuais. São frequentes as rivalidades étnicas ou entre grupos distintos. Todas essas condições favorecem um elevado índice de conflitividade, razão pela qual a maior parte dos motins carcerários se produz nas prisões fechadas. O problema se agrava consideravelmente quando se trata de macroprisões, onde a tensão aumenta e explode, geralmente, em violência e frustração. Por isso não se pode ignorar a extraordinária importância que tem o desenho arquitetônico de uma prisão.

2.2 As graves deficiências do regime penitenciário

A imensa maioria dos protestos reivindicatórios massivos produzidos na prisão tem sua origem nas deficiências efetivas do regime penitenciário. As deficiências são tão graves que qualquer pessoa que conheça certos detalhes da vida carcerária fica profundamente comovida. Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado.

A superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, o pessoal técnico despreparado, a falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano. A maior parte das rebeliões que nelas ocorrem é causada pelas deploráveis condições materiais em que a vida carcerária se desenvolve. Sempre que ocorrem esses conflitos graves, os internos fazem reivindicações que refletem as condições desumanas em que se desenvolve a pena privativa de liberdade.

3 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, outra vez, a Administração da Justiça, protegendo, como advertia Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 549), "a ordem e a disciplina como elementos de regularidade administrativa da prisão". Tutela-se o interesse de que a justiça seja respeitada em seus fins de prestar jurisdição, especialmente na seara criminal, que precisa garantir o cumprimento de suas decisões. O ordenamento jurídico, que não admite insubordinação contra as decisões judiciais, redobra sua insatisfação quando o indivíduo, além de desobedecê-la, ainda usa de violência contra a pessoa. Protege-se, enfim, a Administração da Justiça objetivando impedir qualquer forma de rebelião e principalmente o amotinamento de presos.

4 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos somente podem ser as pessoas presas (crime próprio), sendo indispensável a pluralidade de sujeitos ativos, configurando crime de *concurso necessário*. Em respeito ao princípio da *tipicidade estrita*, está excluído do presente tipo penal o internado submetido a medida de segurança, visto que o texto legal, a exemplo do artigo anterior, somente tem em vista o preso.

Sujeitos passivos são o Estado, via Administração da Justiça, e, quando houver, a pessoa lesada pela violência física praticada pelo sujeito ativo. Nessa hipótese, o Estado passa a ser sujeito passivo mediato.

5 Tipo objetivo: adequação típica

O verbo *amotinar-se* significa levantar-se de forma rebelde e violenta contra a administração da casa prisional, dando origem ao movimento conhecido por *motim de presos*. Motim é *revolta coletiva* de considerável número de encarcerados, alterando gravemente a ordem ou disciplina do estabelecimento prisional, através de violência contra seus funcionários e instalações. Nesse sentido, Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p. 549) emitia o seguinte conceito: "O motim, no sentido legal, é a reunião de várias pessoas, no mesmo lugar, para uma ação pessoal, conjunta e violenta, em relação a um fim comum".

Embora o texto legal não decline o número mínimo dos sujeitos ativos, ao contrário do que faz em alguns tipos penais, como na *quadrilha ou bando*, a doutrina tem entendido que se trata de *crime coletivo* ou

multitudinário, sendo necessário, para o seu aperfeiçoamento, um número significativo de presos, como requer o verbo nuclear “amotinarem-se” presos, segundo denuncia sua forma verbal. Por essa razão, a reunião, mesmo movida por revolta violenta, de dois ou três presos, é insuficiente para caracterizar o amotinamento, que é um ajuntamento tumultuário de presos perturbando a ordem e a disciplina prisional, segundo a legislação brasileira.

5.1 A natureza militante da violência contra funcionários e agentes públicos

Com efeito, a ação de *amotinar-se* deve ter, necessariamente, a natureza militante de violência indiscriminada contra os funcionários e agentes públicos, ou mesmo de violência contra a coisa, isto é, contra as instalações, as edificações ou o mobiliário do estabelecimento prisional, perturbando a ordem, disciplina e, por extensão, a segurança da prisão. Eventuais atitudes coletivas de desrespeito, desobediência ou simples irreverência, sem o caráter de violência militante, não tipificam o crime de *amotinar-se* descrito no artigo ora em exame. Os agentes ativos do motim, convém repetir, somente podem ser os *presos* que atuam de maneira a perturbar a ordem ou disciplina da prisão. Por isso, a eventual adesão de um ou outro preso a um movimento de rebeldia ou greve dos funcionários prisionais não configura o crime de motim; tampouco tipificaria o crime de *motim de presos* a reunião de um ou dois destes com pessoas estranhas aos encarcerados, tais como familiares-visitantes, funcionários ou guardas, embora possa concorrer para a prática de amotinamento, na forma do concurso eventual de pessoas (art. 29 do CP).

Condutas como essas, que não reúnam as elementares tipificadoras do crime de motim de presos, podem, no entanto, caracterizar *rebelião prisional*, que seria a desordem, indisciplina e impedimento ou inviabilização parcial das atividades normais do estabelecimento prisional, que, dependendo das circunstâncias, poderá evoluir para o motim, que seria uma espécie de estágio mais avançado desses movimentos coletivos de rebeldia prisional.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade de *amotinarem-*

se os presos, com a consciência de perturbar a ordem e a disciplina e de que se trata de movimento coletivo violento. Não há exigência de elemento subjetivo especial do tipo. É irrelevante que o fundamento do motim seja a reivindicação de pretensões justas ou injustas ou que objetive a evasão dos presos, a vingança contra funcionários e técnicos ou apenas chamar a atenção para o estado deplorável do sistema prisional. Os motivos determinantes do motim, contudo, devem ser, evidentemente, valorados no momento do cálculo da pena concretizada na sentença.

Nessa valoração, no entanto, não se pode olvidar, como destaca, com propriedade, Salo de Carvalho (*Pena e garantia*, p. 225), que "o fenômeno da conflitividade carcerária (fugas, rebeliões e motins) tem como principal fato gerador a violação, por parte das agências formais de controle, da legalidade estatal". A sede do exame desse aspecto sociojurídico situa-se na culpabilidade, mais precisamente no seu elemento — *exigibilidade de conduta diversa* —, pois, como destaca Salo de Carvalho (*Pena e garantia*, p. 223-4), "mesmo assim, ciente das consequências do ato sedicioso, a massa carcerária acaba por encontrar em condutas ilícitas (fugas, rebeliões e motins) a única maneira eficaz de romper com o silêncio totalitário dos muros prisionais". Logo, embora todos esses aspectos referidos não afastem aquela exigibilidade de conduta diversa, por certo a tornará menos grave, militando, por conseguinte, em favor dos infratores, possibilitando que se lhe atribua *menor grau de censura*.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de motim de presos com a perturbação efetiva da ordem ou disciplina do estabelecimento prisional, isto é, desde que se manifestem os primeiros atos do motim, sendo irrelevante a permanência da perturbação, desde que referidos atos caracterizem violência "organizadamente" indiscriminada. O não acatamento de uma ordem, a vaia, mesmo coletiva, podem configurar transgressões disciplinares, mas, certamente, não caracterizam o crime de motim de presos.

A tentativa é, teoricamente, admissível, pois, além de crime material, trata-se de infração penal plurissubsistente cuja fase executória admite fracionamento.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas são de detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência, quando constituir, em si mesma, crime autônomo; aplica-se, nesse caso, o *sistema do cúmulo material* entre a pena cominada ao crime de *amotinar-se* e a correspondente à violência (homicídio ou lesões corporais) contra a pessoa, não configurando, necessariamente, *concurso material de crimes*, ao contrário do que afirmava Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 428). Contudo, se houver evasão, decorrente do próprio amotinamento, haverá concurso formal com o crime do art. 352, somente para quem se *evadir*. A ação penal é pública incondicionada.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

"A adesão ao movimento coletivo de greve de fome não se confunde com participação em motim, porque feita sem violências contra os funcionários internos e depredações contra o prédio prisional ou suas instalações, características deste instituto, não incidindo a regra do art. 354, CP. É ilógico que o mesmo ordenamento jurídico, que reconhece a greve de fome pacífica e de caráter reivindicatório como manifestação do âmbito da liberdade individual, acabe por classificá-la como transgressão disciplinar de natureza grave, suscetível de punição como a regressão de regime prisional. Agravo provido, por maioria" (TJRS, Agravo 70020720181, Rel. Aramis Nassif, j. 29-8-2007).

Patrocínio infiel

Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Patrocínio simultâneo ou tergiversação

Parágrafo único. Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.

DOUTRINA

1 Considerações introdutórias

Nosso Código Criminal do Império (1830) não tratou do crime de patrocínio infiel. Já o Código Penal de 1890 disciplinou-o como uma modalidade de prevaricação nos §§ 3º e 4º de seu art. 209, ambas figuras recepcionadas, respectivamente, pelos arts. 355 e 356, com ligeiras modificações. Inova, portanto, o Código Penal de 1940 ao dar essa fisionomia à definição da presente infração penal.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o interesse no funcionamento regular da Administração da Justiça. Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 431) elucidava a objetividade jurídica deste dispositivo legal, destacando que "a tutela do interesse privado realiza-se sobretudo como reflexo da tutela do interesse público; tanto que nem sempre o consentimento da parte ao fato do advogado ou consultor técnico pode excluir o caráter de ilegitimidade".

3 Sujeitos do crime

Sujeitos ativos são o advogado, isto é, o bacharel em direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 3º da Lei n. 8.906/94), e o procurador judicial — que pode ser interpretado como o advogado público —, compreendendo-se como tais os advogados dos membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, das Defensorias Públicas, Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquias e demais entidades da administração indireta e fundacional (art. 3º, § 1º). É perfeitamente admissível a participação de terceiros, incluindo-se os estagiários, nos termos definidos pelo concurso de pessoas (art. 29).

Sujeitos passivos são, em primeiro plano, como sustentamos, a parte prejudicada (o cliente) pelo patrocínio infiel, simultâneo ou pela tergiversação; secundariamente, o Estado, que é o titular da Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

O *caput* do art. 355 tipifica o *patrocínio infiel*, que consiste em *trair* (ser infiel aos deveres profissionais), na qualidade de advogado ou procurador, *o dever profissional*, prejudicando *interesse* (o prejuízo deve ser efetivo, de

natureza material ou moral, desde que se refira a interesse legítimo) cujo patrocínio, *em juízo*, lhe é confiado. Com efeito, *patrocínio infiel* consiste na ação de *enganar* o cliente, no patrocínio de causa, fraudando-lhe a expectativa de defender seu interesse em juízo. É *infiel* no patrocínio de causa judicial o advogado que, no exercício profissional, não se conduz como deveria fazê-lo na defesa do interesse legítimo que lhe é confiado pelo cliente, causando-lhe prejuízo. O *dever de fidelidade* encontra-se delineado no Estatuto da OAB, nos seguintes termos: "Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares".

4.1 Defesa de interesses de partes contrárias

No parágrafo único, a conduta incriminada é a *defesa de interesses*, na mesma causa (entendida em sentido amplo), *de partes contrárias* (titulares de interesses antagônicos), de forma *simultânea* (patrocínio simultâneo) ou *sucessiva* (tergiversação). Na primeira, o agente toma para si a defesa, ao mesmo tempo, de interesses contrários de partes litigantes; e, na segunda, após ter abandonado, ou ter sido dispensado por uma das partes, assume o patrocínio da parte contrária. São, portanto, duas figuras distintas: *patrocínio simultâneo* e *patrocínio sucessivo* de partes contrárias, sendo pressuposto, portanto, em qualquer das duas modalidades, que a ação ocorra em relação à mesma causa.

No *patrocínio simultâneo* o agente defende interesses opostos, por si ou por interposta pessoa, configurando a hipótese de concurso de pessoas; no *patrocínio sucessivo* (tergiversação) o sujeito ativo "troca de lado", passando a patrocinar a causa da parte contrária, sendo insuficiente, porém, o simples recebimento de mandato: é necessário que efetivamente atue na defesa de interesse da parte adversa. A *infidelidade profissional*, na ótica do Código Penal, faz-se presente em qualquer dessas modalidades de condutas. Partes contrárias, enfim, devem ser entendidas, no âmbito do art. 355, pessoas com interesses divergentes, antagônicos, opostos, na mesma relação jurídico-processual, mesmo que não figurem concretamente, como partes, no processo judicial. Assim, por exemplo, o denunciado e o lesado são

partes contrárias num processo criminal, mesmo que este não se tenha habilitado como assistente do Ministério Público.

4.2 Limites do patrocínio infiel: somente em relação a interesse legítimo

No entanto, convém registrar, o patrocínio infiel somente pode ocorrer em relação a *interesse legítimo*, porque contrariar pretensão ilegal não tem a proteção do ordenamento jurídico, e muito menos na esfera penal, não se podendo falar, sequer, de infração ético-administrativa. Na verdade, a ilegitimidade do interesse pretendido é incompatível com o prejuízo requerido pelo tipo penal, pois o que se protege, em primeiro plano, é o cumprimento do dever profissional e não a pretensão da parte ao outorgar o mandato, e não é defensável sustentar dever ético de honrar mandato que objetive interesse ilegítimo.

Ademais, é elemento constitutivo do tipo o *prejuízo* do cliente vítima da infidelidade profissional do advogado. Em decorrência dessa infidelidade deve produzir-se um dano, um prejuízo ou lesão efetiva aos interesses confiados ao profissional. A ausência de prejuízo, patrimonial ou moral, que é uma exigência típica, impede a configuração do crime, sendo insuficiente a simples possibilidade de sua ocorrência. Nessa hipótese, a conduta do agente, que nem por isso deixa de ser infiel, somente poderá ser reprovada no plano ético, ficando afastada a censura criminal, por falta de adequação típica. No entanto, é insuficiente a ocorrência de prejuízo, sendo indispensável que decorra de infringência de dever profissional.

4.3 Somente em relação à causa judicial, independentemente de sua natureza

É indispensável que as condutas incriminadas refiram-se a *causa judicial*, independentemente de sua natureza, civil, criminal, trabalhista etc., e mesmo que sejam praticadas fora do processo, desde que à causa judicial se refira, como, por exemplo, fazendo acordo, transigindo, negociando etc. em prejuízo de seu cliente. A atuação *extrajudicial*, com efeito, não vinculada a causa judicial, não basta para a configuração do presente delito, uma vez que a elementar típica, como já destacamos, exige que a infidelidade esteja vinculada a *patrocínio confiado em juízo*.

O *abandono*, pelo advogado, de processo criminal, no entanto, não

caracteriza o crime do art. 355 do CP, sujeitando-o, tão somente, à multa prevista no art. 265 do CPP, além da responsabilidade ética perante seu órgão de classe (OAB). *Vide* a Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e o art. 133 da CF. Mas haverá patrocínio infiel, por exemplo, na conduta de quem não recorre de decisão contrária, quando deveria fazê-lo, não evita a decadência ou prescrição, podendo fazê-lo em benefício do constituinte, perde o prazo recursal por negligência ou incompetência profissional etc.

4.4 Consequência do consentimento do interessado

Por fim, o consentimento do interessado, em tese, exclui não apenas a antijuridicidade do fato, mas também a própria tipicidade, quando se tratar, evidentemente, de interesse disponível. É desnecessária a existência de mandato formal, sendo suficiente que o profissional habilitado postule em juízo, em nome do cliente, presumindo-se que patrocínio lhe tenha sido confiado pelo cliente e aceito por este. É igualmente irrelevante que o patrocínio seja remunerado ou gratuito, contratado pela parte ou nomeado pelo juiz, ou mesmo que se trate de defensor público.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de agir de forma infiel no patrocínio da causa judicial, ou de patrocinar defesas antagônicas no mesmo processo judicial. Todos os elementos constitutivos do tipo devem, necessariamente, ser abrangidos pelo dolo do sujeito ativo, inclusive com a consciência de causar prejuízo ao cliente.

A proveniência de dano decorrente de *culpa do profissional*, por negligência, imperícia ou imprudência, desde que não constitua erro ou omissão grosseiros, não tipifica o crime, ante a ausência de previsão de modalidade culposa. Não afasta, contudo, a possibilidade de caracterizar infração ético-disciplinar.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de patrocínio infiel, com o prejuízo oriundo da traição, mesmo que não seja definitivo. É necessária uma relação de causa e efeito entre a conduta do sujeito ativo e o prejuízo causado ao cliente, sujeito passivo da infração penal; o crime de *patrocínio simultâneo ou*

tergiversação, por sua vez, consuma-se com a realização de ato processual destinado a beneficiar a parte contrária. A tentativa é admissível na modalidade comissiva do patrocínio infiel e no patrocínio simultâneo, mas é praticamente incabível na tergiversação.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de seis meses a três anos, e multa. Admite-se a suspensão do processo em razão de a pena mínima — abstratamente cominada — não ser superior a um ano (art. 89 da Lei n. 9.099/95). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Comete o crime de patrocínio infiel o agente que requer a desistência e arquivamento de ação, julgada procedente, prejudicando interesse de seu constituinte" (TJRS, Apelação 70021834205, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 6-12-2007).

"Para a caracterização do delito previsto no art. 355, § 1º, do Código Penal, faz-se necessário o dolo de executar o patrocínio infiel, inocorrendo crime se não houver provas da intenção deliberada do procurador em prejudicar o interesse do cliente" (TJRS, HC 70019138502, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 3-5-2007).

"Patrocínio infiel (descaracterização). Na espécie, não há justa causa para a ação penal, fundada que está no parágrafo único do art. 355 do Código Penal. A tempo e a hora, os advogados, a par de não terem praticado atos de ordem processual, renunciaram aos poderes a eles conferidos por procuração, tendo-o feito um dia após a outorga do mandato e um dia antes da data do fato supostamente delituoso" (STJ, HC 60.266/RS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 17-8-2006).

"Para a caracterização do delito previsto no art. 355 do Código Penal faz-se necessária a traição do dever profissional. De outro lado, o prejuízo causado deve ser efetivo, não bastando simples potencialidade de dano" (TJRS, Apelação 70012890315, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 20-10-2005).

Sonegação de papel ou objeto de valor probatório

Art. 356. Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

O nosso primeiro Código Penal republicano, de 1890, já se preocupava em criminalizar advogado ou procurador que extraviasse ou subtraísse documentos que lhe fossem confiados e não devidamente restituídos. A Consolidação das Leis Penais criminalizava a conduta de advogado ou procurador judicial que subtraísse ou extraviasse, dolosamente, documentos de qualquer espécie, que lhe tivessem sido confiados, e deixasse de restituir autos que houvesse recebido com vista ou em confiança (art. 209, n. 4º). O Projeto Alcântara Machado, por sua vez, previa que: "danificar ou não restituir autos, documentos ou objetos de valor probatório que lhe tenham vindo ao poder, em razão do ofício" (art. 186, III). O atual Código Penal, cuja parte especial remonta aos idos de 1940, seguiu, em linhas gerais, a previsão legal anterior, como veremos a seguir.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido continua sendo a Administração da Justiça, e especialmente, segundo Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 434), "a sua atuação normal e regular, que não pode coexistir com a ação molesta e nociva do advogado que incide sobre elementos probatórios". Esse objeto jurídico encontra-se reforçado a partir da vigência da atual Constituição Federal (1988), que passou a considerar o advogado "indispensável à administração da justiça" (art. 133). Incrimina-se outra modalidade de infração ao dever profissional de advogado ou procurador judicial.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo é, a exemplo do artigo anterior, o advogado ou procurador judicial que, nessa condição, recebe o objeto material da infração penal (autos, documento ou objeto de valor probatório), tratando-se, por conseguinte, de crime próprio.

Sujeitos passivos são o Estado e a pessoa eventualmente prejudicada pela inutilização ou sonegação do objeto material descrito no tipo penal.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas, alternativamente, são *inutilizar* e *deixar de restituir* autos, documento ou objeto de valor probatório: a) *inutilizar*, total

ou parcialmente, é tornar inútil ou imprestável o objeto material ao fim a que se destina. A *inutilização* pode ser, segundo o texto legal, *total* (completa, abrangente) ou *parcial* (basta que parcela do todo seja inutilizada para satisfazer a vontade do legislador, pois será suficiente para neutralizar ou dificultar a finalidade do objeto material, ainda que seja parcialmente inutilizado). *Inutilizar*, ademais, total ou parcialmente, equivale a equiparar a consumação da ação com sua tentativa, pelo menos aquela conhecida como *tentativa perfeita*; b) *deixar de restituir*, por sua vez, é não devolver, sonegar ou reter os mesmos objetos, na hipótese do presente artigo, recebidos na condição ou qualidade de advogado ou procurador.

Subtração, inutilização ou mesmo sonegação de documentos são figuras usadas diversas vezes pelo legislador brasileiro na Parte Especial do Código. Os dois verbos nucleares deste dispositivo — *inutilizar* e *deixar de restituir* — indicam mais uma vez o *mau uso* de tais objetos, apenas, no caso em exame, realizado pelos profissionais mencionados, lesando interesse da Administração da Justiça.

4.1 Objeto material: autos, documento ou objeto de valor probatório

O objeto material é representado pelos *autos*, *documento* ou *objeto de valor probatório*, que devem ser entregues ao advogado ou procurador, exatamente em razão dessa qualidade. Segundo a doutrina, por "autos se diz conjunto de peças (petições, instrumentos de mandato, articulados, termos, elementos instrutivos, arrazoados, sentença etc.) que integram um processo, seja cível, seja penal. *Documento* é o papel escrito especial ou eventualmente destinado à prova de fato juridicamente relevante. *Objeto de valor probatório* é todo aquele que serve ou se pretende que possa servir de elemento de convicção acerca dos fatos em que qualquer das partes, no processo, funda sua pretensão". No entanto, em se tratando de *autos processuais* retirados em carga por advogado (art. 7º, XVI, da Lei n. 8.906/94) devidamente habilitado, devem ser observadas as disposições do Estatuto da OAB.

Deve-se, preliminarmente, notificar, validamente, o profissional para que devolva referidos autos no prazo fixado. Não sendo observada ou atendida essa notificação, a partir daí estará configurada a infração penal. Aliás, nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, v. 1, p.

556) há mais de trinta anos já destacava que “os tribunais têm entendido que, no caso de não devolução de autos de processo por advogados, é indispensável a intimação prévia pelo juiz, para que se configure a falta de restituição”. Antes dessa providência, a não devolução dos autos constitui a infração disciplinar prevista no art. 34, XXII, do diploma legal referido, cuja competência para conhecê-la e julgá-la é da entidade de classe.

4.2 Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314)

Distingue-se do delito previsto no art. 314 do CP (extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento), porque, neste, o agente é *funcionário público* que tem guarda do objeto material (livro oficial ou documento) em razão do cargo. Nesta figura do art. 356, no entanto, o sujeito ativo é *advogado* ou procurador, que age nessa condição e com essa qualidade, observadas as demais *essentialia deliti*, e, ainda, nesta infração do art. 356, o objeto material do crime tem uma *finalidade especial*, que no art. 314 não há, qual seja, a “finalidade probatória”, a exemplo da exigência do art. 255 do Código Penal argentino.

Esse dispositivo do Código Penal argentino é sempre citado pela doutrina nacional como similar ao art. 314 do nosso Código Penal; no entanto, referido dispositivo também guarda muita *semelhança* com o disposto no art. 356, especialmente se observarmos *a finalidade probatória* exigida pelo Código Penal argentino, bem como *os possíveis sujeitos ativo*s (dessa infração penal), destoando da previsão do art. 314 do diploma legal pátrio.

4.3 Supressão de documento (art. 305)

A sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356) diferencia-se também da “*sonegação de papel ou objeto de valor probatório*” do crime do art. 305 do CP (supressão de documento), porque neste o objeto material é o *documento público ou particular* destinado à prova de uma relação jurídica, atuando o sujeito ativo em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio. Há, enfim, uma relação de *especialidade* entre os crimes descritos nos arts. 356, 305 e 314, todos do CP: se a inutilização ou não restituição for de autos, documento ou objeto de valor probatório realizada por advogado, que recebe nessa condição, a infração será a do art. 356.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, praticar qualquer das condutas descritas no tipo penal. Tratando-se de um tipo especial, cuja consumação tem um marco antecipado (24 horas após a intimação para devolver os autos a cartório, no caso de advogado ou procurador — art. 196 do CPC), caracteriza-se o dolo; quando esgotado o prazo judicialmente concedido via mandado de intimação, deixa o sujeito ativo, deliberadamente, de devolver o processo ou documento no prazo determinado.

São irrelevantes os eventuais motivos que levam à prática do crime, não sendo exigido qualquer elemento subjetivo especial do tipo penal. Não há tampouco previsão de modalidade culposa. Eventual culpa, se ocorrer, poderá, no máximo, configurar a falta administrativa inserta no art. 34, XXII, da Lei n. 8.906/94 (EOAB).

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva inutilização do objeto material e consequente perda de seu valor probatório, ou, na modalidade de sonegação, com a recusa do agente em restituir os autos na forma da legislação processual vigente ou com a não devolução do documento ou objeto de valor probatório após o decurso de período juridicamente relevante, no caso, em 24 horas, consoante determinação do Código de Processo Civil (art. 196). Aliás, nesse sentido já se manifestaram nossos dois Tribunais Superiores, nos termos seguintes: “Em tese, a infração do art. 356 do CP de 1940 considera-se configurada, na modalidade de retenção dos autos, a partir do decurso do prazo de 24 horas após a intimação do retentor, consoante dispõe o art. 196 do CPC” (STF, *RT*, *605*:409-10); “O delito previsto no art. 356 do CP somente se consuma pelo não atendimento da intimação do juiz para restituir os autos” (STJ, *RT*, *616*:402).

Apenas a *inutilização* admite a ocorrência de tentativa. A não restituição constitui conduta *omissiva própria* e, como tal, não se pode afirmar, *a priori*, a possibilidade de configurar-se a figura tentada.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de seis meses a três anos, e multa. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — não superior a um ano (*vide* art. 89 da Lei n. 9.099/95 — Lei dos Juizados Especiais). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Sonegação de papel ou objeto de valor probatório. Em que pese a justificativa do acusado, consubstanciada na alteração de local de escritório profissional, a retenção de autos de inventário por quase quatro anos configura a típica conduta descrita no art. 356, do Código Penal, mormente se o advogado restou inerte às provocações judiciais durante todo período. Dolo caracterizado. Condenação" (TJRS, Apelação 70021336680, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 19-12-2007).

"Sonegação de papel ou objeto de valor probatório. Pratica o crime contemplado no art. 356 do CP o advogado que deixa de restituir documento, sendo necessária expedição de mandado de busca e apreensão para tanto" (TJRS, Apelação 70017464728, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 23-11-2006).

"Não se vislumbra nenhuma ofensa ao princípio da especialidade, a corroborar a tese de desclassificação do crime previsto no art. 337 para o estatuído no art. 356, ambos do Código Penal, na medida em que o simples fato de o agente do delito ser advogado não tem o condão de afastar a incidência do disposto no art. 337 do Código Penal. Além disso, o art. 356 do Código Penal pressupõe que o agente receba os autos na qualidade de advogado, o que não ocorreu no caso" (STJ, HC 34.863/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19-5-2005).

Exploração de prestígio

Art. 357. Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um terço, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

Nosso Código Penal de 1940 disciplinou a *exploração de prestígio* em duas oportunidades: na primeira, entre os crimes contra a administração pública em geral — quando é praticado contra qualquer funcionário público (art. 332); na outra, entre os crimes contra a Administração da Justiça, quando se relacionar a funcionários a ela vinculados (art. 357). O legislador brasileiro seguiu a legislação italiana, como destaca Nilo Batista (*Parecer sobre a equivocada capitulação de "exploração de prestígio"* (inédito) afirmando: "decidiu o legislador italiano criar, entre os delitos contra a Administração Pública (que ocupam o título II da Parte Especial de seu código), mais precisamente entre os crimes dos particulares contra a Administração Pública (que constitui o capítulo II desse título II), uma figura geral do crime que, na rubrica, batizou de *Millantato credito* (que caberia traduzir por *prestígio ostentado*). Ao mesmo tempo, decidiu também criar, entre os delitos contra a Administração da Justiça que ocupam o título III da Parte Especial de seu código, uma figura especial, voltada para o ambiente judiciário... Daí provieram os artigos 346 e 382 do Código Rocco...)".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, como em todos os demais crimes que integram o Título XI do Código Penal, mas neste dispositivo tutela-se diretamente a Administração da Justiça, no particular aspecto de prestígio, confiança e respeito perante a coletividade, que é exposta ao descrédito pela ação fraudadora do sujeito ativo. Gabando-se de gozar de prestígio, vangloriando-se de desfrutar de influência perante a Administração da Justiça (juiz, órgão do Ministério Público, jurado, perito etc.), lesa o bom nome, o conceito e o prestígio que esta deve ter junto à comunidade, difundindo a ideia de que tudo se resolve segundo a importância de quem desfruta de influência perante o poder. O bem jurídico tutelado é o *interesse da administração da justiça*, prejudicada, em sua dignidade e prestígio, pela corrupção de seus servidores, inculcada pelo delinquente, seja invocando ascendência criminosa junto a eles, seja proclamando sua venalidade.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, desde que não esteja no exercício de suas funções normais, não o configurando, por exemplo, a *influência* exercida por superior hierárquico, afora o fato de que sua influência sobre o subalterno não é "pretextada", é real, ela existe.

No polo ativo, contudo, não pode deixar de ser considerada a *participação* decisiva de uma terceira pessoa, qual seja a *beneficiária* da "venda do prestígio", que é parte diretamente interessada no resultado da ação, e, no mínimo, "concorre de qualquer modo para a sua prática" (art. 29 do CP), a exemplo do que sustentamos quando examinamos o art. 332 (tráfico de influência).

Sujeito passivo é o Estado, mais especificamente a Administração da Justiça. O próprio funcionário público iludido ou ludibriado, que arcará, no mínimo, com o dano moral decorrente de sua infidelidade funcional, também é, secundariamente, sujeito passivo dessa infração penal.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas típicas, alternativamente incriminadas, são representadas pelos verbos nucleares *solicitar* (pedir, rogar, procurar) ou *receber* (aceitar em pagamento, obter, conseguir) *dinheiro ou qualquer outra utilidade* (de cunho moral ou material), a *pretexto de influir* em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha (enumeração taxativa). *Solicitar* indica a iniciativa do agente; este propõe a "traficância", sendo desnecessária a sua aceitação por parte do "beneficiário" ou presumível comprador; *receber* é um estágio mais avançado do "processo", já pressupondo acordo de vontade entre comprador e vendedor do "prestígio", pois há um pagamento.

Trata-se, na realidade, de uma *fraude*, de um engodo; aqui, a exemplo do que ocorre com a previsão do art. 332, a lei incrimina a gabolice, a jactância de *influir* nas pessoas que servem à justiça (juiz, jurado, Ministério Público etc.), quando tal prestígio não existe. Age o *vendedor de ilusões*, como "corretor de pseudocorrupção", *fraudando*, de um lado, o adquirente-beneficiário, pelo menos teoricamente, que nada recebe em troca do pagamento, e, de outro, *deprecia* a Administração da Justiça, que *é* exposta ao descrédito e, ainda, *desmoraliza* o suposto funcionário venal.

4.1 Tráfico de influência e exploração de prestígio

Ao contrário do que ocorre com o crime de *tráfico de influência* (art. 332), o tipo penal de *exploração de prestígio* (art. 357) não criminaliza a conduta de obter, *para si ou para outrem*, vantagem ou promessa de vantagem, mas tão somente *solicitar ou receber* dinheiro ou qualquer outra utilidade, embora *com finalidade semelhante*, qual seja, "a pretexto de influir" — lá, "em ato de funcionário público...", qualquer funcionário — enquanto aqui (especialização), "em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça..." etc., e é exatamente essa finalidade distinta que assegura igualmente a diferença de bem jurídico; naquele é a Administração Pública *lato sensu*, e neste, a Administração da Justiça.

Ademais, o *nomen juris* "tráfico de influência" é, sem dúvida, mais abrangente que "exploração de prestígio", pois o *prestígio* consiste na superioridade pessoal baseada no bom êxito ou no valor individual apregoado pelo falsário. Nesse caso, faz-se necessário, com efeito, que o agente *exerça* (pretensamente) *sua influência* sobre juiz, jurado ou funcionário da justiça, e não apenas sobre o *animus* destes, como sugere a redação do texto legal. A *exploração de prestígio*, como também o *tráfico de influência* (art. 332), que são, para usar uma linguagem figurada, *irmãos siameses*, em qualquer de suas modalidades, absorve o crime de estelionato.

4.2 Modalidade "sui generis" de estelionato

O *crime* deste art. 357 (exploração de prestígio) não deixa de ser, ao menos em tese, uma modalidade *sui generis* de estelionato, pois o sujeito ativo ilude e *frauda* o "pretendente" à influência perante as autoridades mencionadas no dispositivo legal, alegando um prestígio que não possui e assegurando-lhe um êxito que não está a seu alcance. Na realidade, estão presentes a *fraude*, a *vantagem pessoal* e o *correspondente prejuízo alheio*. Nesse sentido, adverte Damásio de Jesus (*Direito Penal*, v. 2, p. 364): "a solicitação ou o recebimento de dinheiro ou qualquer outra utilidade deve ter por fundamento a desculpa fantasiosa de que o sujeito vai influenciar as pessoas mencionadas na figura típica".

Trata-se, na verdade, de uma fraude, de uma mentira. Se, efetivamente, a utilidade ou o dinheiro se destina às pessoas enumeradas, há crime de corrupção ativa ou passiva (CP, arts. 317 e 333). Com efeito, há um *ato* fraudulento, sendo que, "a pretexto de influir" nas autoridades que o texto legal menciona, vem a ser o *artifício* utilizado para a obtenção do "dinheiro ou qualquer outra utilidade". É, no entanto, imprescindível que o agente

arrogue-se prestígio junto a tais funcionários, pois, caso contrário, o fato não ofende a Administração da Justiça, e poderá constituir apenas estelionato, ou, dependendo das circunstâncias, outro crime. Nesse sentido era também a conclusão de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 437): "na verdade, o delito é fraude ou estelionato, porque o *comprador* é iludido; entretanto, justificadamente a lei deu prevalência aos interesses da justiça, relegando a plano secundário os daquele, cujo comportamento pouco recomenda".

4.3 Dinheiro ou outra utilidade solicitados "a pretexto de influir"

O "dinheiro ou qualquer outra utilidade" é solicitado ou recebido "a pretexto de influir" em juiz, jurado etc. Realmente, o crime de "exploração de prestígio" *pressupõe* que o dinheiro ou utilidade de que se cogita seja postulado a *pretexto de influir;* esse — pode-se afirmar — é o móvel do crime. De um modo geral, haverá, como no estelionato, o emprego de ardis ou artifícios, embora seja suficiente a simples mentira, a afirmação do sujeito ativo de que pode *influir*. Na verdade, o objeto material do crime é o *dinheiro ou qualquer outra utilidade* (de cunho material ou moral, isto é, ainda que não patrimonial). Assim, pune-se *a exploração de prestígio*, ou seja, o comércio de *influência* (poder, ascendência ou predomínio que alguém exerce sobre autoridade, ou, mais precisamente, no caso, *alardeia* que exerce), capaz de estender-se em cadeia.

É indiferente, por outro lado, que o objeto da mediação seja *justo* ou *injusto*, legal ou ilegal. A forma de sua obtenção, o *meio* utilizado, é fraudulento, e nisso — *no pretexto de influir* — reside a sua essência caracterizadora da ilicitude comportamental. Ademais, a majorante (parágrafo único), com a locução se o agente "alega ou insinua", deixa claro que o fato não é do conhecimento do funcionário.

4.4 Exploração de prestígio ou corrupção

Na hipótese de existir ou ocorrer *acordo* entre o sujeito ativo e o funcionário da justiça (juiz, jurado, órgão do Ministério Público etc.), verifica-se o *crime de corrupção* (arts. 333 e 317 do CP). Na hipótese de o dinheiro ou utilidade destinar-se de fato às pessoas referidas, verifica-se corrupção passiva e ativa (arts. 333 e 317 do CP).

Ademais, se eventualmente faltarem algumas das elementares do *crime especial* ora em exame, pode subsistir o crime de estelionato. No entanto, se

resultar, ao final, configurado o crime de corrupção, este absorverá o *exploração de prestígio*. Nessa hipótese, dependendo das demais elementares, o funcionário responderá por corrupção passiva.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, pretextando ter influência perante servidor da justiça (juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha). É indispensável, a nosso juízo, o *elemento subjetivo especial do tipo*, representado pela finalidade especial de influir nos funcionários mencionados na descrição típica.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a solicitação ou recebimento: na modalidade de *solicitar*, o crime consuma-se no momento e no lugar em que é efetuado o pedido do dinheiro ou de qualquer outra utilidade pelo sujeito ativo, independentemente de a vítima aceitar tal pedido; na modalidade de *receber*, como crime material, consuma-se o crime somente com o efetivo recebimento do dinheiro ou qualquer outra utilidade, mencionada no texto legal.

A tentativa depende do meio de execução selecionado pelo agente: na modalidade de *solicitar* é impossível a tentativa, ressalvada a hipótese de solicitação feita por escrito; na de *receber*, tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se o fracionamento em sua fase executória.

7 Figura majorada

Configura-se causa de aumento, nos termos do parágrafo único, se o sujeito ativo *alega* ou *insinua* que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas no *caput*. A razão da incidência da majorante reside no maior *desvalor da ação* do agente, que alega ou insinua ser corrupto um funcionário da justiça. Qualquer das duas condutas também amplia o *desvalor do resultado*, ante a grave consequência com a depreciação e o desprestígio de funcionários da justiça, agravando a reprovabilidade social do injusto, justificando-se a considerável elevação da

sanção penal. É desnecessário que o interessado acredite na alegação ou insinuação feita pelo sujeito ativo.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de seis meses a três anos, e multa. Considerando-se que a pena cominada, em seu mínimo legal, não é superior a um ano, é admissível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Exploração de prestígio majorada. O delito do art. 357 do Código Penal é de mera atividade ou simples conduta, bastando que o agente solicite o dinheiro para que se consume" (TJRS, Revisão Criminal 70005824248, Rel. Antônio Carlos Netto de Mangabeira, j. 5-8-2005).

"Exploração de prestígio. Evidenciada a inexistência de materialidade da conduta, uma vez que a única prova do suposto fato constitui a palavra da vítima, por ela mesma infirmada, cabível o trancamento da ação penal, por falta de justa causa" (STJ, HC 30.966/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 27-4-2004).

"O crime de exploração de prestígio exige, à sua configuração, apenas a obtenção de vantagem, ou promessa desta, junto a funcionário público no exercício da função. Dispensável a identificação expressa do servidor" (STJ, REsp 76.211/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 30-6-1999).

Violência ou fraude em arrematação judicial

Art. 358. Impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

As condutas incriminadas no art. 358 assemelham-se àquelas contidas no

art. 335, ambos os artigos do Código Penal (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), com a diferença de que neste se tutela o patrimônio da Administração Pública (federal, estadual ou municipal), ao passo que naquele protege-se o interesse da Administração da Justiça, em arrematação judicial promovida pelo particular. O art. 335, no entanto, foi parcialmente revogado pelos arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666/93, permanecendo em vigor somente a conduta relativa à hasta pública.

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é, mais uma vez, a Administração da Justiça; protege-se, mais especificamente, a probidade da função judicial, sua respeitabilidade. Tutela-se o interesse de que a justiça não seja desvirtuada, por qualquer fator estranho ao seu desenvolvimento válido e regular, assegurando a lisura de suas decisões, especialmente em sua fase terminal, executória, como é a arrematação judicial. Esta figura penal assemelha-se àquela descrita no art. 335, com a diferença de que nesse dispositivo tutela-se o patrimônio da Administração Pública, ao passo que no art. 358 protege-se a Administração da Justiça e o patrimônio do particular que se encontra sujeito à arrematação judicial.

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime de violência ou fraude em arrematação judicial pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse pessoal no processo ou na arrematação, não sendo exigida qualidade ou condição especial; pode ser qualquer pessoa, seja ou não arrematante, isto é, qualquer terceiro, interessado ou não no processo; pode, inclusive, ser funcionário público e o próprio procurador da parte, se efetivamente concorrer para a violência ou fraude. No entanto, não praticará o crime o advogado que não participar da fraude ou violência cometida pelo cliente, e eventual simples conivência somente o exporá a medidas disciplinares.

Sujeito passivo é, prioritariamente, qualquer pessoa que seja prejudicada pela conduta violenta ou fraudulenta do sujeito ativo em relação à arrematação judicial; secundariamente, o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido *Administração Pública "lato sensu"*, mais especificamente, na hipótese, a Administração da Justiça.

4 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas descritas neste artigo são semelhantes às do crime previsto no art. 335 do CP (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência); protege-se aqui, no entanto, a *arrematação judicial* — hasta pública — determinada pelo juiz mas promovida por particular, e não a concorrência ou venda em hasta pública, que se refere ao patrimônio público. O tipo penal divide-se em duas partes distintas: na primeira, enumera as *condutas* e os *meios* que buscam inviabilizar arrematação judicial ou, pelo menos, perturbar a sua realização; na segunda, o objetivo é afastar os pretendentes à própria *arrematação judicial*.

4.1 Impedimento da arrematação judicial

As condutas descritas na primeira parte são: a) *impedir* (obstar, obstruir ou impossibilitar), *perturbar* (embaraçar, confundir, atrapalhar) ou *fraudar* (usar de artifício, ardil ou qualquer meio enganoso idôneo para induzir ou manter alguém em erro) *arrematação judicial*, que é o objeto material visado tutelado. Essas condutas, ao contrário daquelas previstas no art. 335, limitam-se à *arrematação judicial*, por isso o tipo penal está inserto no capítulo que trata dos crimes contra a Administração da Justiça.

4.2 Afastamento do concorrente ou licitante

As condutas criminalizadas, na segunda parte do dispositivo, objetivam, por sua vez, *afastar* os concorrentes à arrematação judicial, mediante as condutas que enumera: *afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante*, por meio de *violência* (física), *grave ameaça* (prenúncio de causar mal sério), *fraude* (artifício ou ardil para induzir ou manter alguém em erro) ou *oferecimento de vantagem* (de natureza material ou moral). Saliente-se que afastar o concorrente ou licitante (arrematante) não é apenas ocasionar o seu distanciamento ou ausência para não concorrer ou licitar, mas também conseguir sua abstenção de formular proposta, ou a retirada desta, ou a desistência de fazer lanço, embora presente no local onde se realiza a competição. Em outros termos, afastar, aqui, não significa deslocar o pretendente no espaço, mas sim alijá-lo da arrematação judicial, levando-o a abster-se ou desistir de participar do pleito.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no dispositivo em exame, ou seja, de impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial, ou de afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem. Não se exige qualquer elemento subjetivo especial do tipo e não é prevista a modalidade culposa. É admissível, no entanto, o dolo eventual.

6 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de violência ou fraude em arrematação judicial, na primeira modalidade, com o efetivo impedimento, perturbação ou fraude. Na segunda modalidade, a consumação ocorre com o emprego do meio executório (violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem, mesmo não aceita) tendente a afastar concorrente ou licitante. A violência exigida pelo tipo penal é aquela dirigida ao arrematante ou seu familiar, estando excluída, por conseguinte, a violência à coisa. A tentativa é admissível, a nosso juízo, em qualquer de suas modalidades, ao menos teoricamente.

7 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de dois meses a um ano, ou multa, além da pena correspondente à violência, quando constituir, em si mesma, crime. Aplica-se aqui a mesma crítica endereçada à punição cumulativa da elementar violência, desenvolvida ao examinar o crime contido no art. 352 (evasão mediante violência contra a pessoa). A ação penal é pública incondicionada.

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito

Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

D O U T R I N A

1 Considerações introdutórias

No passado, os diplomas legais italianos — Código Zanardelli (1889) e Código Penal Rocco (1930) — disciplinavam nos arts. 234 e 389, respectivamente, o crime previsto no art. 359 do nosso Código Penal de 1940. A legislação brasileira pretérita — Código Criminal do Império (1830) e Código Penal de 1890 — não recepcionaram essa figura típica, que tampouco constou da Consolidação das Leis Penais. O Projeto Alcântara Machado, no entanto, apresentou o seguinte texto: "Exercer direito, função, cargo, profissão ou atividade econômica, de que tiver sido suspenso, durante o tempo em que vigorar a suspensão, ou de que tiver sido privado, em consequência de decisão judicial".

2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido, a exemplo dos dispositivos anteriores, é a Administração da Justiça, objetivando assegurar o efetivo cumprimento das decisões jurisdicionais, particularmente aquelas proferidas na seara criminal. Convém destacar, no entanto, que a tipificação constante do dispositivo em exame objetivava, originariamente, coibir a desobediência de decisão judicial que impunha as denominadas *penas acessórias*, as quais foram excluídas pela Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84).

3 Sujeitos do crime

Sujeito ativo somente pode ser aquele que foi *suspenso* ou *privado*, por decisão judicial, de exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus (público ou privado), ressalvada, evidentemente, a hipótese da participação, que é alcançada mediante a ampliação da adequação típica, na forma do concurso eventual de pessoas.

Sujeito passivo é o Estado, sempre titular do bem jurídico ofendido *Administração Pública* "*lato sensu*", mais especificamente, na hipótese, a *Administração da Justiça*. O Estado, na concepção clássica, é sempre sujeito passivo de qualquer crime, como temos reiteradamente insistido.

4 Objeto da proteção legal: penas acessórias ou efeitos da condenação

A velha doutrina clássica professava que o art. 359, com a redação que é

mantida até hoje, incriminava o descumprimento das *penas acessórias*, que nosso Código Penal de 1940, em sua versão original, consagrava em sua Parte Geral (art. 67, I e II). Era exatamente esse o magistério de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 531), o qual pedimos vênia para transcrever na íntegra: "Vê-se, para logo, que se trata de assegurar penalmente o cumprimento das penas acessórias previstas no art. 67, incs. I e II, quer quando aplicadas definitivamente (art. 70), quer quando provisoriamente (art. 71). Sôbre (*sic*) quais sejam a *função*, a *atividade* (*genus* de que são *species* a *profissão*, o *ofício* e o *ministério*), o *direito*, a *autoridade* ou *múnus* a que se refere o dispositivo em exame, consultem-se os artigos 67, I e 69, incs. I a V. Conforme expressamente declara o texto legal, é preciso que a privação ou suspensão de que se cuida decorra de decisão *judicial*". Não era outro o magistério de Magalhães Noronha (*Direito Penal*, v. 2, p. 439), que sentenciava: "Cogita-se aqui especificamente da observância de decisão judicial, referente a pena acessória, como ocorre no Código da Itália, dizendo MANZINI que se tem em vista que os particulares se sujeitem às limitações da capacidade jurídica, que são inerentes às penas acessórias de interdição de função pública e da interdição ou suspensão do exercício de uma profissão ou de uma arte, ou que são próprias da suspensão provisória do exercício de funções públicas ou de uma profissão ou arte".

Na mesma linha de seus contemporâneos, Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, p. 613, também reconhece que a finalidade do dispositivo era assegurar o cumprimento das *penas acessórias*, sustentando, no entanto, que, como tais penas não foram acolhidas pela Reforma Penal de 1984, poderia ter aplicação para garantir o cumprimento dos *efeitos extrapenais* (art. 92) da condenação, com os seguintes argumentos: "O legislador de 84 não formulou, nesse caso, nenhum tipo especial de sanção punitiva para o exercício de função, atividade ou direito de que o agente ficou permanentemente privado, como consequência da condenação que lhe foi imposta. Nessa hipótese, não há dúvida de que a conduta do condenado se ajusta perfeitamente ao modelo do art. 359 que, sob este prisma, não foi derrogado pela Lei 7.209/84".

Postas essas considerações, é inevitável a seguinte interrogação: afinal, o art. 359 continua em vigor, ou foi tacitamente revogado pela Reforma Penal de 1984, que não recepcionou as *penas acessórias*?

4.1 Dispositivo revogado pela Reforma Penal (Lei n. 7.209/84)

Ora, acabamos de constatar que a Reforma Penal de 1984 excluiu do cenário jurídico nacional as então denominadas penas acessórias; comprovamos igualmente que era unânime o entendimento da doutrina clássica de que ditas penas constituíam o objeto da proteção da norma proibitiva insculpida no referido art. 359; é natural, portanto, que a perda de seu objeto material, suprimido por diploma legal posterior (Lei n. 7.209/84), produza sua revogação tácita. Nessa linha argumentativa, temos dificuldade em aceitar que, via interpretação, se possa determinar a substituição do objeto material da tutela penal, especialmente se tivermos em conta que as *penas acessórias* não se confundem com as modernas penas restritivas de direito ou mesmo com os efeitos extrapenais, que são reflexos, mediatos e não automáticos da condenação penal. Vejamos sucintamente cada uma dessas duas hipóteses.

4.2 Inaplicabilidade nas penas restritivas de direitos

O descumprimento das penas restritivas de direito, previstas no art. 47 do CP, não configura o delito em tese, visto que a rebeldia injustificada acarreta a conversão da interdição temporária de direitos em pena privativa de liberdade, ou seja, essa "desobediência" à decisão judicial tem expressamente prevista a sua própria consequência direta e imediata. Nesse sentido, a previsão legal é de uma clareza meridiana: "A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta" (art. 44, § 4º, 1ª parte, com redação determinada pela Lei n. 9.714, de 25-11-1998).

Admitir, portanto, o descumprimento de pena criminal (consequência direta e imediata de condenação penal) como configurador de conduta descrita no art. 359 do CP significa admitir a possibilidade de *dupla punição* para uma mesma infringência legal. Assim, o disposto neste artigo é afastado pelo princípio da especialidade, em prol da conversão prevista no art. 44, § 4º, ora mencionado, que, ademais, é consequência muito mais grave do que a submissão ao aqui prescrito, que pode ser resolvido via transação penal.

4.3 Discutível aplicabilidade nos efeitos específicos da condenação penal

A situação, segundo entendimento majoritário da doutrina atual, é completamente distinta quando se está diante do *descumprimento dos efeitos "extrapenais"*, contidos no art. 92 do CP, para os quais não há cominação específica de sanção — penal ou administrativa — que, ademais, são secundários e reflexos da decisão condenatória. Nesses casos, a conduta de condenado que venha a *exercer*, sem autorização, qualquer dos direitos referidos no art. 92 do Código Penal, dos quais foi "suspenso ou privado", amolda-se à descrição contida no art. 359 (Regis Prado, *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 801; Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 613). Essa interpretação não nos parece a mais sustentável na medida em que viola os princípios da reserva legal e da tipicidade estrita.

Os *efeitos específicos* (ou extrapenais) da condenação (art. 92 do CP) não se confundem com as penas de *interdição temporária de direitos*, subespécies das restritivas de direitos (art. 47). A diferença substancial consiste em que estas são sanções penais, consequências diretas do crime, e substituem a pena privativa de liberdade, pelo mesmo tempo de sua duração (art. 55); aqueles são consequências reflexas, de natureza extrapenal, e são permanentes. Esses *efeitos da condenação*, dependentes de motivação na sentença, em síntese, são os seguintes:

4.3.1 Efeitos extrapenais da condenação

a) *Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo*

Essa previsão não se destina exclusivamente aos chamados *crimes funcionais* (arts. 312 a 347 do CP), mas a qualquer crime que um funcionário público cometer com *violação de deveres* que a sua condição de funcionário impõe, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano, ou, então, a qualquer crime praticado por funcionário público, cuja pena aplicada seja superior a quatro anos de prisão.

A *perda de mandato eletivo* também poderá constituir efeito específico da condenação, e não se confunde com a *proibição do exercício de mandato*, que constitui pena restritiva de direitos (art. 47, I). Reabilitado, o condenado poderá vir a exercer novo mandato, porém, não aquele que perdeu. A *reabilitação*, no entanto, não permite a reintegração na situação anterior. Poderá, na verdade, habilitar-se novamente a exercer atividade pública, mas outra, não a anterior, da qual foi eliminado definitivamente.

b) *Incapacidade para o exercício de pátrio poder, tutela ou curatela*

Qualquer *crime doloso* praticado contra filho, tutelado ou curatelado,

sujeito à reclusão, poderá acarretar a *incapacidade*, uma vez que a lei não a condiciona "ao abuso do exercício" ou "à incompatibilidade" do condenado com o exercício desse *munus*. Basta que o crime doloso praticado tenha *cominada* pena de reclusão, ainda que, afinal, a pena *aplicada* venha a ser de outra natureza.

Na verdade, o Código Penal *presume*, "*iuris et iure*", *manifesta incompatibilidade* quando o agente é condenado por crime doloso ao qual seja cominada pena de reclusão. Exige os seguintes requisitos: (a) prática de crime doloso sujeito à reclusão, contra filho, tutelado ou curatelado, e (b) incapacidade devidamente motivada na sentença. A incapacidade ora examinada não exige como requisito o *abuso do pátrio poder, tutela ou curatela*, presumindo, simplesmente, a incompatibilidade para o seu exercício. No entanto, a exigência da prática de crimes dolosos puníveis com reclusão torna a referida *incapacidade* inaplicável aos crimes *contra a assistência familiar* (arts. 244 a 247), puníveis com detenção, com exceção dos previstos no art. 245, §§ 1º e 2º, do CP.

c) *Inabilitação para dirigir veículo, utilizado em crime doloso*

A *inabilitação* para dirigir veículos não se confunde com a *proibição temporária* — pena restritiva — aplicável aos autores de crimes culposos no trânsito (art. 47, III, do CP). Nos *crimes culposos*, o veículo é usado como meio para fins lícitos — deslocar-se de um lugar para outro —, sobrevindo o crime, não desejado. Nos *crimes dolosos*, ao contrário, é usado para fins ilícitos, isto é, como meio para realizar o crime, justificando-se a sua inabilitação, como efeito, que é permanente.

Os efeitos específicos da condenação, finalmente, objetivam afastar o condenado da *situação criminógena*, impedindo que se oportunizem as condições que, provavelmente, poderiam levá-lo à reincidência: reforça a proteção dos bens jurídicos violados e previne a reiteração da conduta delituosa. No entanto, como já destacamos, não se confundem com penas — principais ou acessórias — e, como reconhecia a velha doutrina, o Código Penal não cominou qualquer sanção para seu eventual descumprimento.

5 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta tipificada é *exercer*, que significa desempenhar, executar, praticar qualquer das atividades contidas no tipo penal. *Exercer* tem o

significado tradicional de *habitualidade*. No entanto, a habitualidade é, na hipótese do dispositivo em exame, afastada pelo fato de que a prática de um único ato já caracteriza a violação da proibição imposta.

É *pressuposto do crime* que o agente exerça função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que já foi suspenso ou privado por *decisão judicial transitada em julgado*, entendida esta como exclusivamente a de natureza penal; isto é, o sujeito ativo volta a desempenhar função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que estava "suspenso ou privado", tais como, segundo a doutrina majoritária, as hipóteses expressamente elencadas no art. 92 do CP. Evidentemente que a decisão judicial referida no tipo penal em exame é somente a sentença de natureza criminal, e não a civil, que tem outros efeitos, outra natureza, e seu descumprimento produz outras consequências, reparáveis no mesmo âmbito do direito privado.

Deixamos registrados esses comentários apenas a título informativo, pois, repetindo, na nossa concepção, o art. 359 foi tacitamente revogado pela Reforma Penal de 1984.

6 Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, que é representado pela *vontade consciente* de desobedecer ordem judicial. Desnecessário enfatizar que o sujeito ativo deve ter pleno conhecimento de todos os elementos constitutivos do tipo, especialmente da existência de decisão judicial a que, com sua conduta, contraria.

Não é necessário que o sujeito ativo seja movido pela finalidade específica de descumprir a decisão judicial, isto é, dispensa a presença do *especial fim de agir*, que configuraria elemento subjetivo especial do tipo penal.

7 Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no lugar e no momento em que o sujeito ativo desobedecer a proibição imposta com o exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que foi suspenso por decisão judicial, isto é, praticando qualquer ação que constitua efetivo exercício da atividade a que está obrigado a abster-se. A tentativa é, teoricamente, admissível.

8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são de detenção, de três meses a dois anos, ou multa. É perfeitamente possível, e até recomendável, a *transação penal*, considerando-se que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, com pena não superior a dois anos. A ação penal é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Desobediência a decisão judicial sobre suspensão de direito. Lesões corporais. Comete os delitos previstos no art. 359 e art. 129 do CP o agente que desobedece a ordem judicial de afastamento do lar conjugal e ofende a integridade corporal da ex-esposa. Condenação mantida" (TJRS, Apelação 70022223234, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24-1-2008).

"Incêndio. Autoria e materialidade. Prova suficiente. Desobediência a ordem judicial. Absorção. Dano. Desclassificação. Descabimento. Constatada a existência de potencialidade lesiva para a vida, a integridade ou ao patrimônio de outrem, a condenação pelo delito de incêndio é medida imperativa. Por via de consequência, improspera o pleito de desclassificação para o delito de dano. Fica absorvido pelo incêndio o crime de desobediência a ordem judicial, pois, no caso, imprescindível para a consumação daquele" (TJRS, Apelação 70021108972, Rel. José Eugênio Tedesco, j. 8-11-2007).

Capítulo IV - Dos Crimes contra as Finanças Públicas

— Capítulo IV acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

1 Pressuposto dos crimes contra as finanças

O art. 37 da CF estabelece que: "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência". Enfim, a *improbidade administrativa* disciplinada pela Lei n. 8.429/92, ampliada e reforçada pela LC n. 101 (responsabilidade fiscal), constitui *pressuposto* dos crimes contra as finanças públicas.

2 Fundamentos constitucionais

Além do citado art. 37 da CF, os seguintes: art. 165, dispõe que leis estabelecerão o *plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual*; art. 167, que fixa as vedações e proibições referentes à *gestão pública das receitas e despesas*; a LC n. 101, de 4 de maio de 2000, complementa o arcabouço constitucional disciplinando a responsabilidade fiscal.

3 Criminalização de infrações administrativas

Harmonizando e complementando o sistema jurídico, a Lei n. 10.028/2000 acrescentou ao Código Penal um novo capítulo ao último Título da Parte Especial, com os arts. 359-A a 359-H, criando novos tipos penais, objetivando proteger a Administração Pública, particularmente em relação às suas finanças (ver Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2001).

4 Bem jurídico e injusto penal

O bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais; no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um *sentido social próprio*, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das *causas de justificação* na hipótese de conflito de valorações.

A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o crime das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro lado, dos fatos materiais não lesivos de bem algum.

No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o *conteúdo material do injusto.* O tipo tem a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador.

Se uma *concepção liberal* concede ao Direito Penal uma *função protetora de bens e interesses*, uma *concepção social*, em sentido amplo, pode, por sua vez, adotar uma *concepção predominantemente imperialista* e, portanto, reguladora de vontades e atitudes internas, como ocorreu, por exemplo, com o *nacional-socialismo* alemão. A primeira concepção destaca

a importância do bem jurídico; a segunda apoia-se na *infração de dever,* na desobediência, na rebeldia da vontade individual contra a vontade coletiva. Agora, se um *Estado Social* pretende ser também um *Estado de Direito,* terá de outorgar proteção penal à ordem de valores constitucionalmente assegurados, rechaçando os *postulados funcionalistas* protetores de determinado *status quo.*

5 Responsabilidade fiscal e improbidade administrativa: crimes

A partir da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000) e complementada pela Lei n. 10.028/2000, que criou novos tipos penais — crimes contra as finanças públicas —, tornam-se efetivos os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da CF). Princípios constitucionais, disciplinados em lei ordinária e lei complementar, acabam sendo tipificados como crimes (ver Rui Stoco, Improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade fiscal, *Bol. IBCCrim*, n. 99, fev. 2001, p. 2-5).

6 Sanções decorrentes de improbidade administrativa

A legislação específica prevê sanções de *natureza política* (suspensão de direitos políticos — art. 37, § 4º, da CF e art. 12, I, da Lei n. 8.429/92), *administrativa* (perda de cargo e função pública, proibição de contratar com poder público etc. — art. 12, I, da Lei n. 8.429/92), *civil* (ressarcimento de dano e multa civil — art. 12, I, da Lei n. 8.429/92), *pecuniária* (multa aplicável por Tribunal de Contas a chefes de Poderes e ocupantes de cargos de direção — art. 5º da Lei n. 10.028/2000) e *penal* (prisão, multa e penas restritivas de direitos — Lei n. 10.028/2000, que criou o último capítulo do CP e deu nova redação à Lei n. 1.079/50 e ao Dec.-lei n. 201/67). Por tudo isso, eventual sentença penal condenatória por crimes da Lei n. 10.028/2000, embora constitua título executivo no cível (art. 63 do CPP), não abrange as demais sanções aqui referidas.

7 Cumulação de sanções e “bis in idem”: inconstitucionalidade

Todas as sanções supramencionadas, penal, civil, administrativa e política, em tese, podem ser aplicadas cumulativamente pela prática do mesmo fato, na medida em que são independentes e não se excluem (ver Rui Stoco, Improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade fiscal, Boletim cit., p. 2-5). A princípio, essa soma de penas, pelo mesmo fato, reveste-se da pecha de inconstitucional.

8 Abrangência do disposto no art. 63 do CPP

A previsão do art. 63 do CPP não autoriza a imposição da perda de cargo público, suspensão do seu exercício, perda dos direitos políticos, imposição de pena pecuniária etc. Apenas, segundo referido artigo, a condenação *tornará certa a obrigação de indenizar* os danos produzidos pelo crime. Demais sanções dependerão de ação própria no juízo cível.

9 Penas alternativas na Lei n. 10.028/2000

Sempre que estiverem satisfeitos os requisitos exigidos pelo art. 44 do CP, devem ser aplicadas as penas restritivas de direitos previstas no CP (Lei n. 9.714/98), em caráter substitutivo, independentemente da previsão da Lei de Improbidade Administrativa.

10 Pena de multa

Pelas mesmas razões, quando a pena aplicada não for superior a um ano, será possível substituí-la por pena de multa somente (art. 44, § 2º, do CP), desde que os requisitos objetivos e subjetivos se façam presentes.

11 Efeitos da condenação (art. 92, I, “a”, do CP)

Somente quando o crime for praticado com *abuso de poder ou com violação de dever para com a Administração Pública* o agente poderá perder cargo, função pública ou mandato eletivo, independentemente de ação civil de improbidade administrativa.

12 Efeitos da condenação (art. 92, I, “b”, do CP)

Esses efeitos serão inaplicáveis a condenações por crimes contra as finanças públicas, pois nenhuma das novas infrações tem pena superior a

quatro anos. Nessa hipótese, para condenação superior a quatro anos, seria irrelevante o abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

13 Coisa julgada: extensão

A condenação criminal, afora a obrigação de indenizar (arts. 91, I, do CP e 63 do CPP), não faz coisa julgada extrapenal para abranger as demais sanções civil, administrativa ou política. Para as consequências administrativa, civil e política a legislação estabeleceu mecanismos especiais para apurar a improbidade administrativa (ver Rui Stoco, Improbidade administrativa, *Boletim* cit., p. 4).

14 Efeitos extrapenais da condenação

Sanções *política, administrativa, civil* e até pecuniária (Lei n. 8.429/92): somente com ação própria, no juízo cível, poder-se-á apurar a responsabilidade do agente público; a multa, também, de 30% dos vencimentos anuais do agente público, somente pode ser aplicada pelo Tribunal de Contas respectivo. Exigem ações próprias, nas quais a sentença penal condenatória não tem aplicação automática.

15 Excessiva punição dos agentes públicos

Pelo mesmo fato, o agente público poderá, em condenação criminal, sofrer pena de prisão, ou multa, perder cargo, função, atividade ou mandato eletivo (lei criminal); poderá ser punido com perda de bens ou valores acrescidos a seu patrimônio, ressarcimento de dano, perda de função pública, suspensão de direitos políticos, multa civil (até três vezes ao acréscimo patrimonial), proibição de contratar com o Poder Público.

16 Ausência de modalidade culposa

As infrações disciplinadas na Lei n. 10.028/2000, que acrescentou novo capítulo ao CP, não preveem a punição de nenhuma modalidade culposa. Assim, somente poderão ser punidas quando praticadas dolosamente, ou seja, quando praticadas com vontade e consciência de descumprir as normas que disciplinam a gestão fiscal e as finanças públicas. Desnecessário repetir que o Direito Penal da culpabilidade não admite

responsabilidade objetiva.

17 Leis penais em branco

Leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal. Na linguagem figurada de Binding, "a lei penal em branco é um corpo errante em busca de sua alma". Como conclui Luiz Regis Prado, "portanto, na lei penal em branco, o comportamento proibido vem apenas enunciado ou indicado, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade".

Nos novos crimes incluídos no CP, quais sejam, *contra as finanças públicas*, o legislador abusou do expediente de utilizar-se da *norma penal em branco*, que, embora admitida dentro de certos limites, vulnera o princípio da taxatividade da tipicidade; assim ocorre nos arts. 359-A, 359-B, 359-D, 359-E, 359-F, 359-G e 359-H. Teoricamente, apenas o art. 359-C evitou o recurso da norma penal em branco.

18 "Novatio legis" criminalizadora: irretroatividade

Novatio legis incriminadora, ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado, sendo, portanto, irretroativa, não podendo ser aplicada a fatos praticados antes da sua vigência (20-10-2000), segundo o velho aforisma *nullum crimen sine praevia lege*, hoje erigido a dogma constitucional (art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP). Nessas circunstâncias, o autor do fato não praticou crime algum, uma vez que, no momento da execução, sua conduta era indiferente para o Direito Penal.

Ora, como aqui se trata de *criminalização* de novas condutas, à evidência, não retroage para atingir fatos praticados antes de 20 de outubro de 2000, ainda que referidos fatos já constituíssem ilícitos administrativos (LC n. 101/2000).

19 Suspensão condicional do processo

Todas as novas figuras incluídas no capítulo "Dos crimes contra as finanças públicas" (Lei n. 10.028/2000) admitem, em tese, a suspensão condicional do processo, desde que satisfeitos os demais requisitos, na medida em que nenhuma de suas penas ultrapassa, em seu limite mínimo,

um ano de privação de liberdade (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

Contratação de operação de crédito

Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I — com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;

II — quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedentes legislativos: arts. 29, III, e 32 a 39, todos da LC n. 101/2000.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a *probidade administrativa*, relativamente às operações realizadas no âmbito das finanças públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Protege-se o princípio da legalidade administrativa, punindo-se criminalmente condutas praticadas sem a observância legal.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo somente poderá ser um agente público (funcionário público *lato sensu*). No entanto, somente poderá cometer esse tipo penal quem possui atribuição legal para ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo. Se o *funcionário* que emitir o ato administrativo (ordem, autorização ou ele próprio realizar a operação) não tiver atribuição

legal para tanto, referido ato será passível de anulação pelo próprio Poder Público. Essa falta de atribuição legal torna a conduta praticada atípica.

Deve-se destacar que pode ser sujeito ativo tanto o *agente público* que *emite o ato administrativo*, isto é, que *ordena* ou *autoriza* a operação de crédito, como aquele funcionário (subordinado) que a realiza. Tratando-se do Presidente da República, ver art. 10 da Lei n. 1.079/50, e, quando referir-se ao Prefeito Municipal, ver art. 1º, XX, do Dec.-lei n. 201/67, ambos alterados pela Lei n. 10.028/2000 (ver Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed.).

2.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos serão União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, relativamente ao erário público, isto é, à Receita Pública, nas respectivas searas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *ordenar, autorizar* e *realizar* operação de crédito, constituindo crime de conteúdo variado. *Ordenar* significa mandar, determinar a realização de operação de crédito, sem a existência de autorização legislativa; nessa hipótese, a manifestação do agente público é imperativa, e a autoridade pública (agente público) tem legitimidade, isto é, atribuição legal para a prática da conduta, ou, como afirma Damásio, a "iniciativa é do mandante"(*Código Penal anotado*, 11. ed.); *autorizar* é permitir, aprovar, conceder autorização para a prática do ato; ao contrário da conduta "ordenar", na modalidade de autorizar, a iniciativa da celebração da operação de crédito pode ter partido de outrem, embora não necessariamente. Para Damásio, nessa hipótese, o agente não tem a iniciativa da ação (*Código Penal anotado*, 11. ed.); *realizar* é efetivar, concretizar, executar ou celebrar *operação de crédito*. Em regra, quem realiza a operação de crédito não é aquele agente que tem atribuição para ordená-la ou autorizá-la. No entanto, é irrelevante que aquele que *ordena* ou *autoriza* tal operação também a *realize*, pois se trata de crime de ação múltipla.

3.1 Sem prévia autorização legislativa

Em termos genéricos, a operação de crédito deve ser, em tese, lícita;

concretamente, contudo, é realizada sem a existência específica de autorização legislativa. Esse elemento normativo — autorização legislativa anterior — constitui uma espécie de condição do procedimento administrativo do agente público, sem o qual sua conduta não pode ser realizada, sob pena de cometer crime. Em outros termos, a existência de autorização legislativa torna o fato atípico.

3.2 Autorização legislativa e autorização legal

Autorização legislativa não se confunde com *autorização legal*. Alguns órgãos públicos não têm seus atos condicionados à autorização legislativa, como autarquias, empresas públicas ou o Poder Judiciário, o Ministério Público etc. Essas instituições, órgãos ou entidades públicas, em regra, têm suas atividades, atos e ações disciplinados em lei e não apenas em *autorização legislativa*.

3.3 Operação de crédito

Segundo definição da Lei Complementar n. 101/2000, *operação de crédito* é o "compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros" (art. 29, III). Trata-se, como se percebe, de norma penal em branco.

3.4 Interno ou externo: elementar típica

É irrelevante, para a tipificação do crime, que a operação creditícia seja celebrada com organismo nacional ou internacional. Ademais, as condutas tipificadas não se limitam aos *entes federativos*, abrangendo outros órgãos, entidades ou instituições alheios aos Poderes instituídos.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela *vontade consciente* de *ordenar, autorizar* ou *realizar* operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização. É indispensável que o sujeito ativo tenha *conhecimento* da inexistência de autorização legislativa. O *dolo* deve abranger a ação, o fim proposto, os meios escolhidos e o fim pretendido. A *previsão*, elemento

cognitivo do dolo, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos, normativos ou subjetivos. Enfim, o *dolo* deve abranger também o *conhecimento* dos chamados "elementos negativos do tipo" (ex.: sem prévia autorização legislativa). Não existe dolo restrito. Não há previsão de qualquer *fim especial.*

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime, em qualquer de suas modalidades, com a ordem, autorização ou mesmo realização de operação de crédito sem prévia autorização legislativa. As modalidades de *ordenar* e *autorizar* constituem crimes formais, na medida em que é desnecessária a produção do resultado — realização da operação de crédito — para consumarem-se. Damásio classifica-as como "crimes de mera conduta". A modalidade de *realizar* configura crime material, pois somente se consuma com a efetiva celebração da mencionada operação de crédito.

5.2 Tentativa

Nas duas primeiras figuras — *ordenar* e *autorizar* —, acreditamos, com Damásio de Jesus, que efetivamente *é inadmissível a tentativa,* pois a ação de autorizar ou de ordenar não admite fracionamentos, tratando-se de crimes unissubsistentes. Antes da ação ordenatória ou autorizatória, quaisquer outros atos assumem a natureza de meros atos preparatórios, que são impuníveis. Na figura de realizar, como crime material, que admite fracionamento, a tentativa é perfeitamente possível.

6 Operação de crédito além do limite

O *caput* pune a operação de crédito realizada *sem prévia autorização legal*. O parágrafo único, por sua vez, pune a operação de crédito que ultrapassa o limite permitido. Na verdade, as condutas tipificadas são as mesmas: *ordenar*, *autorizar* e *realizar*. Nestas hipóteses, o sujeito ativo está autorizado a proceder à operação de crédito; apenas se excede, ultrapassando o limite permitido.

6.1 Inobservância do limite, condição ou montante

Neste caso, o sujeito ativo está devidamente autorizado, por lei ou Resolução do Senado Federal, para celebrar a operação de crédito. Contudo, exorbita os limites legais, inobservando limite, condição ou montante estabelecido. A previsão regulamentar existe (Lei ou Resolução), mas os parâmetros fixados são ultrapassados, tipificando-se a conduta delituosa.

6.2 Inobservância do limite da dívida consolidada

O inciso II do parágrafo único refere-se à *dívida consolidada*, cujo limite é autorizado por lei (na hipótese do inciso I, contrariamente, limite, condição ou montante são fixados tanto por lei quanto por Resolução do Senado Federal). Tipifica-se qualquer das condutas descritas no *caput*, quando o *montante da dívida consolidada* ultrapassar o limite fixado em lei. Esta infração somente pode ser praticada por administradores do plano estadual, em razão da definição de dívida consolidada (*ente da Federação*).

6.3 Definição legal de "dívida consolidada"

Dívida consolidada é o "montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operação de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses" (art. 29, I, da LC n. 101/2000).

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedente legislativo: o art. 42 da LC n. 101/2000, atendendo ao disposto no art. 37 da CF, proíbe o administrador público de assumir

obrigações financeiras sem a existência de correspondentes recursos para honrá-las. Essa previsão objetiva impedir que se perpetuem os débitos públicos, repassando-se às gestões futuras, dificultando a boa administração dos novos mandatários.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a *probidade administrativa* e a estrita regularidade da Administração Pública, particularmente em relação às operações realizadas no âmbito das finanças públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Como se trata de crime próprio, *sujeito ativo* só poderá ser um agente público (funcionário público *lato sensu*). No entanto, somente poderá cometer esse tipo penal quem possuir *atribuição legal* para praticar as condutas incriminadas, quais sejam, *ordenar* ou *autorizar* inscrição em restos a pagar irregularmente, ou seja, *sem estar devidamente empenhados ou exceder os limites legalmente autorizados.* Somente pode ser sujeito ativo o titular de Poder ou órgão referido no art. 20 da LC n. 101/2000 (art. 42). Se o *funcionário* que praticar qualquer das condutas incriminadas não tiver atribuição legal, o comportamento será atípico.

2.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos serão a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, segundo as respectivas searas lesadas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *ordenar* e *autorizar*, que constituem crime de ação múltipla. *Ordenar* significa mandar, determinar a *inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda* imperativo, definitivo, incontestável, ação própria de quem faz prevalecer sua vontade; na hipótese, o sujeito passivo tem legitimidade, isto é, atribuição legal para ordenar a prática administrativa; *autorizar* tem o

sentido de permitir, aprovar, conceder autorização para a prática do ato; ao contrário da conduta "ordenar", na modalidade de autorizar, a iniciativa da inscrição pode ter partido de outrem, embora não necessariamente. Significa que o executor da inscrição em restos a pagar não tem autoridade para decidir, e, assim, a autorização é condição indispensável para que a inscrição seja feita. Há duas formas de realizar as condutas: a) *despesa não empenhada previamente;* b) *despesa que exceda o limite estabelecido em lei.*

3.1 Despesa não empenhada previamente

Trata-se de um princípio administrativo-financeiro cuja infringência foi elevada à condição de crime: *nenhuma despesa pública pode ser paga sem o prévio empenho*; pelo mesmo fundamento, a *inscrição em restos a pagar* necessita do prévio empenho. Não se trata da existência ou inexistência de recursos para honrar a obrigação no ano seguinte (que também é uma exigência da LC n. 101/2000), mas tão somente da necessidade da formalidade de proceder ao empenho respectivo. Ademais, não tem qualquer relação com o mandado do autor, pois, mesmo que continue no exercício seguinte, é indispensável o empenho prévio para poder inscrever despesas em restos a pagar.

3.2 Que exceda limite estabelecido em lei

Esta hipótese ocorre quando *há o empenho prévio*, ao contrário da anterior, mas *a inscrição da despesa em restos a pagar* "excede o limite estabelecido em lei". A formalidade do empenho foi satisfeita, mas é inscrita despesa além do permitido, configurando o crime, em sua segunda modalidade. Essa proibição fundamenta-se na necessidade de assegurar a regularidade do exercício fiscal do Estado, devendo-se respeitar os limites das despesas "roladas" para o exercício seguinte. Constata-se, enfim, que é lícito inscrever despesas em restos a pagar, desde que observados esses dois elementos normativos.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de *ordenar* ou *autorizar* a inscrição em restos a pagar de despesa que não foi previamente empenhada ou que exceder o limite legalmente estabelecido. É

necessário que o sujeito ativo tenha *conhecimento* de que a despesa não foi prévia e devidamente empenhada, ou que a despesa, a despeito de empenhada, ultrapassa o limite estabelecido em lei. Desconhecendo qualquer dessas circunstâncias, a conduta será atípica. Não se pode esquecer que o *dolo* deve abranger correta e completamente todos os elementos constitutivos do tipo, sejam descritivos, normativos ou subjetivos. Não há previsão de qualquer *fim* especial do agir.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime quando a *ordem* ou *autorização* é executada, ou seja, quando se opera efetivamente a *inscrição de despesa em restos a pagar*. Enquanto não for atendida a ordem ou autorização, não se produz qualquer efeito. É uma questão de tipicidade estrita. A existência do empenho ou mesmo a definição do limite autorizado, muitas vezes, depende de exame prévio, e a ordem ou autorização pode ser genérica, abrangente, encerrando-se quando atingir o limite estabelecido em lei ou devendo ser executada após a realização do devido empenho.

5.2 Tentativa

Pela nossa definição de consumação, fica clara a possibilidade de tentativa, embora de difícil comprovação. Parece-nos perfeitamente possível o fracionamento da ação tipificada, tratando-se de crime plurissubsistente. Damásio de Jesus não admite, nesse caso, a tentativa (*Código Penal anotado*, 11. ed.).

6 Distinção do crime anterior

Os verbos nucleares *ordenar* e *autorizar* são os mesmos do tipo anterior; contudo, a *impossibilidade da tentativa naquela infração* fundamenta-se na existência do elemento normativo: *sem prévia autorização legislativa*. Trata-se de *tipo anormal*, cujo elemento normativo compõe-se de atividades complexas, que, necessariamente, passam pelo âmbito decisório do sujeito ativo, ao passo que, neste dispositivo, quem realiza os empenhos ou controla concretamente os limites estabelecidos em lei não é, necessariamente, o sujeito ativo.

6.1 Interpretação garantista

Admitir a *consumação* do crime com a simples *ordem* ou *autorização* da inscrição de restos a pagar, na forma descrita no tipo, implica a punição da simples *infringência de dever*, pura abstração normativa, com *dolo presumido* (não se pode esquecer que a modalidade culposa é impunível), enquanto admitir a consumação somente quando se opera efetivamente *a inscrição de despesa em restos a pagar* configura uma interpretação garantista, constitucional, no marco do Direito Penal da culpabilidade.

7 Desistência voluntária

Se depois de ordenada ou autorizada a inscrição de despesas em restos a pagar, nas condições descritas no tipo, o sujeito ativo revoga ou anula o ato anterior, antes que se tenha operado a efetiva inscrição, configura-se a desistência voluntária, nos termos do art. 15 do CP, que, em nosso entendimento, exclui a tipicidade.

8 Conflito aparente de normas

O sujeito ativo que ordenar ou autorizar a "inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar" (art. 359-B) poderá ser o mesmo que não ordene ou não autorize o "cancelamento de restos a pagar" (art. 359-F). À evidência que não poderá responder "por fazer" e "por não fazer" a mesma coisa, ferindo o *ne bis in idem*. A duplicidade da proibição tem um fundamento: objetivam destinatários diferentes. Quem praticou a conduta comissiva (art. 359-B) responderá apenas por ela.

8.1 Exceção à teoria monística

Sucessão de mandatários, por exemplo: quem deixa o cargo pode responder pela "inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar" (art. 359-B); quem assume pode responder por não ter determinado o "cancelamento do montante de restos a pagar" (art. 359-F), inscrito em valor superior ao permitido legalmente. Esses dois dispositivos assemelham-se à corrupção ativa e passiva (oferecer-receber); neste caso, "fazer e não desfazer". Ou seja, não há *concurso de pessoas* entre os dois sujeitos ativos, a menos que haja o vínculo subjetivo entre ambos, quando, então, responderão pelos dois crimes (hipótese de conluio).

9 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de seis meses a dois anos. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Prefeito municipal. Crime contra as finanças públicas. Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. O art. 359-C do CP, que entrou em vigor no dia 19 de outubro de 2000, não se aplica aos fatos ocorridos naquele ano, pois é indispensável para a total tipificação do delito que os dois últimos quadrimestres do ano façam parte do contexto. Ação julgada improcedente" (TJRS, Processo Crime 70007340383, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6-4-2006).

"A denúncia que imputa crime tipificado no art. 359-B ou C do Código Penal, não especificando qual a obrigação que o prefeito ordenou ou autorizou assumir, data e circunstâncias da assunção, simples existência de restos a pagar, sem indicar a despesa não empenhada, não deve ser recebida por vício formal e por deficiência na descrição dos fatos puníveis. Denúncia não recebida, por maioria. Insuficiência dos requisitos do art. 41 do CPP" (TJRS, Processo Crime 70005295365, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 19-12-2002).

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos 2 (dois) últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedentes legislativos: *arts. 42 e 20 da LC n. 101/2000.*

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido, como gênero, é a Administração Pública. Especificamente, no entanto, protege-se o *equilíbrio das contas públicas*, especialmente em relação à sucessão dos mandatários titulares dos Poderes

Públicos (nesse sentido ver: Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed.; Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *Crimes de responsabilidade fiscal* — Lei 10.028/00).

Este dispositivo, ao contrário do anterior, procura precaver a Administração Pública contra os excessos tradicionais de final de mandato, que impedem as novas administrações de colocarem em prática imediatamente seu plano de governo. O artigo anterior refere-se ao fim do exercício fiscal, independentemente de tratar-se de fim de mandato ou não.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo é a autoridade titular de mandato. Como todos os demais crimes deste novo capítulo do CP, trata-se de *crime próprio*, mas este é especialíssimo, na medida em que *não basta ser funcionário público*, mas deve ser titular de mandato (eletivo ou não), com poderes decisórios em nome da Instituição ou Poder Público que representa. Assim, sujeitos ativos são o Presidente (da República, do Senado, da Câmara, de Assembleias Legislativas, de Câmaras de Vereadores, de Tribunais etc.), o Governador do Estado, os Procuradores-Gerais de Justiça, da República, dos Estados, Advogado-Geral da União, Defensor-Geral da União, Defensor-Geral do Estado, do Município etc. (arts. 42 e 20, § 2º, da Lei n. 101/2000). Tratando-se de mandatos, sujeito ativo pode ser o eventual substituto legal.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo imediato, por sua vez, é a Administração Pública, que pode ser representada pela União, pelo Estado, Distrito Federal ou Município. Pode ser, ademais, outros órgãos ou instituições públicas, tais como Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, cujos representantes máximos são detentores de mandatos e gozam de poderes decisórios quanto a orçamentos, despesas e finanças públicas e seus respectivos âmbitos. Nada impede que, mediatamente, sejam atingidos terceiros, que também seriam sujeitos passivos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *ordenar* e *autorizar,* que constituem crime de

ação múltipla, representado pelos mesmos verbos do tipo anterior. *Ordenar*, aqui como lá, significa mandar, determinar *a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei*; o verbo *ordenar* traz em seu bojo um cunho imperativo, definitivo, incontestável, ação própria de quem faz prevalecer sua vontade; na hipótese, o sujeito passivo tem poder para *ordenar* a assunção de obrigação.

Autorizar, igualmente, significa permitir, aprovar, conceder permissão para assumir obrigação; ao contrário da conduta "ordenar", na modalidade de "autorizar", a iniciativa de assumir obrigação pode ter partido de outrem (funcionário encarregado), embora não necessariamente. Significa, nesta modalidade, que o executor da assunção da obrigação não tem autoridade para decidir, para assumir esse compromisso, e, assim, a *autorização* de quem tem poder é *condição* indispensável para que a obrigação seja assumida. Há duas hipóteses, em que essa obrigação não pode ser assumida, nos últimos oito meses de mandato: a) *quando a despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro*; b) *quando, havendo restos a pagar, não haja previsão de disponibilidade de caixa suficiente para o exercício seguinte*.

Na determinação da *disponibilidade de caixa*, por determinação legal, o administrador deve considerar os encargos e as despesas comprometidas a serem resgatados até o final do exercício (art. 42, parágrafo único, da Lei n. 101/2000). Na verdade, a criminalização da assunção de obrigação em final de mandato complementa o disposto no art. 42 da LC n. 101/2000.

3.1 Despesa não paga no mesmo exercício financeiro

O dispositivo criminaliza a *criação de despesa para ser resgatada pela próxima administração*. Objetiva-se moralizar as administrações públicas que, ao longo do tempo, têm-se mostrado perdulárias, especialmente quando os encargos são empurrados para os sucessores.

Todo administrador probo deve assumir, em tese, obrigação que possa honrar durante o lapso temporal de seu mandato. Aqueles projetos, no entanto, que demandem maior diluição no tempo não podem ser elaborados ou implementados praticamente no final do mandado ou legislatura do sujeito ativo (nos dois últimos quadrimestres do último ano). Objetiva-se impedir que o administrador, por quaisquer razões, acabe inviabilizando ou pelo menos dificultando a próxima administração em razão do

endividamento precedente. Era essa “política orçamentária” irresponsável que criava débitos impagáveis para a Administração Pública.

3.2 Indisponibilidade de caixa para o exercício seguinte

Na realidade, pelo texto legal, não há uma proibição absoluta de assumir obrigação em fim de mandato que não possa ser restada no mesmo exercício. Com efeito, a lei admite, ainda que implicitamente, a assunção de obrigação, mesmo nos últimos dois quadrimestres, cujo adimplemento não se complete no mesmo exercício, isto é, permite que parcelas dessa obrigação possam ficar para serem resgatadas no próximo mandato, sob uma condição: desde que “tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa”. Assim, *não será a simples assunção de obrigação* cujo resgate parcial venha a operar-se no exercício seguinte que tipificará a conduta incriminada, mas sim a ausência de “contrapartida suficiente de disponibilidade em caixa”.

Enfim, como destaca Damásio de Jesus, “tutela-se a regularidade e o equilíbrio das contas públicas em relação à sucessão de administradores de mandato” (Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed.).

3.3 Contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa

Afinal, qual é o verdadeiro sentido e a real extensão dessa elementar contida no final do artigo em exame? Para impedir a tipificação do crime, será suficiente que no vencimento da obrigação, no novo exercício, haja dinheiro em caixa, produto de receita corrente? Ou será necessário que essa disponibilidade em caixa tenha origem mais remota, isto é, seja produto de previsão orçamentária anterior?

Não se pode perder de vista a finalidade desta lei (moralizar a Administração Pública e assegurar o equilíbrio das contas públicas), por isso o vocábulo “contrapartida suficiente” tem um sentido especial: não basta que no dia do vencimento da obrigação haja numerário em caixa; a receita corrente, provavelmente, tem destinação orçamentária prevista, cujo comprometimento não pode ser desviado. Assim, a *contrapartida* exigida pela lei não se refere evidentemente a disponibilidade de caixa do novo orçamento, sendo necessário que, juntamente com a inscrição em restos a pagar, desde que devidamente empenhado, seja prevista a fonte de custeio.

4 Assunção de obrigação antes dos dois últimos quadrimestres

A contrario sensu, a *assunção de obrigação* em período anterior aos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, mesmo que não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou que reste parcela para o exercício seguinte, sem suficiente disponibilidade de caixa, não constituirá o presente crime. Poderá haver outras consequências, mas não configurarão este tipo penal, a despeito da presença das duas elementares antes referidas, pois lhe falta a elementar temporal (os últimos quatro meses de mandato ou legislatura).

A alternativa para o administrador, quando for necessário o investimento, deverá priorizar o pagamento de todas as obrigações assumidas nos dois últimos quadrimestres do fim do mandato, deixando, se for o caso, inadimplidas obrigações assumidas antes do período mencionado. A ausência do requisito temporal — dois últimos quadrimestres — tornará a assunção dessa obrigação uma conduta penalmente atípica.

4.1 Mandato ou legislatura

Como o texto legal fala em "mandato ou legislatura", inclusive no *nomen iuris*, limita o contingente de destinatários da proibição legal, que, necessariamente, precisam ostentar a *condição especial* de quem exerce mandato ou cumpre legislatura. Assim, qualquer outra autoridade pública ou funcionário somente poderá responder por este crime se for alcançado pelo instituto do *concurso de pessoas*, nos termos do art. 29 do CP.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela *vontade consciente* de assumir obrigação geradora de despesa, que necessite ser cumprida, total ou parcialmente, no próximo mandato ou legislatura. O *dolo* deve abranger correta e completamente todos os elementos constitutivos do tipo, sejam descritivos, normativos ou subjetivos.

É necessário que o sujeito ativo tenha *conhecimento*, em primeiro lugar, de que já se encontra no *período depurador das finanças públicas* (últimos oito meses de mandato); em segundo lugar, deve ter *consciência* de que a obrigação a assumir não pode ser resgatada no mesmo exercício ou que eventual saldo a ser honrado no exercício seguinte não tem "contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa". Não há previsão de qualquer *fim*

especial de agir.

5.1 Erro de tipo: irrelevância da evitabilidade

O desconhecimento de qualquer dessas circunstâncias caracterizará *erro de tipo*. Esse tipo de *erro*, como determina a Parte Geral do CP, exclui o dolo e, por extensão, a tipicidade (art. 20, *caput*). No entanto, para estes crimes contra as finanças públicas, a *evitabilidade ou inevitabilidade* do erro é irrelevante, na medida em que não há previsão da modalidade culposa. Assim, independentemente da natureza do erro, haverá exclusão da tipicidade.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime quando a *ordem* ou *autorização* é efetivamente executada, ou seja, quando a obrigação é realmente assumida dentro do período proibido. Enquanto não for cumprida a ordem ou autorização não se produz qualquer efeito, isto é, não há qualquer lesividade ao patrimônio público, e sem lesividade não se pode falar em crime; a ausência de lesividade impede a caracterização da tipicidade material ou tipicidade estrita.

Ademais, deve-se ter presente que a lei está criminalizando um comportamento complexo, isto é, uma ação — ordenar ou autorizar — que encerra em seu bojo uma prognose: a previsão de que durante o exercício haverá suficiente disponibilidade financeira para honrar a obrigação autorizada. E se houver erro de avaliação, ou seja, se a prognose, embora provável, não se confirmar por fatores aleatórios, poder-se-á considerar tipificado o comportamento? Tais fatores constituirão excludentes de tipicidade ou apenas afastarão a culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta? Ou, quem sabe, justificarão a conduta, excluindo sua antijuridicidade? Enfim, são múltiplos aspectos que demandarão muita reflexão e, certamente, criarão insegurança jurídica e poderão dar causa a muitas injustiças: esse condicionamento futuro para tipificar criminalmente um comportamento afronta as garantias dogmáticas penais, que não podem ser ignoradas.

6.2 Tentativa

Pela nossa definição de consumação, deixamos claro que admitimos a possibilidade de tentativa, embora de difícil comprovação. Parece-nos perfeitamente possível o fracionamento da ação tipificada, tratando-se de crime plurissubsistente, que admite não apenas o fracionamento da ação, mas que depende de acontecimentos futuros para configurar-se, como é a comprovação da existência ou inexistência da possibilidade de pagamento ou de que, no próximo exercício, haverá a contrapartida necessária para honrá-lo. Damásio de Jesus não admite, nesse caso, a tentativa (*Código Penal anotado*, 11. ed.).

7 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é reclusão, de um a quatro anos. Pelos requisitos objetivos é, teoricamente, admissível a substituição por pena restritiva de direitos; igualmente, é admissível a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95. A ação penal, como os demais crimes contra as finanças, é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Prefeito municipal. Crime contra as finanças públicas. Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. O art. 359-C do CP, que entrou em vigor no dia 19 de outubro de 2000, não se aplica aos fatos ocorridos naquele ano, pois é indispensável para a total tipificação do delito que os dois últimos quadrimestres do ano façam parte do contexto. Ação julgada improcedente" (TJRS, Processo Crime 70007340383, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6-4-2006).

"A denúncia que imputa crime tipificado no art. 359-B ou C do Código Penal, não especificando qual a obrigação que o prefeito ordenou ou autorizou assumir, data e circunstâncias da assunção, simples existência de restos a pagar, sem indicar a despesa não empenhada não deve ser recebida por vício formal e por deficiência na descrição dos fatos puníveis. Denúncia não recebida, por maioria. Insuficiência dos requisitos do art. 41 do CPP" (TJRS, Processo Crime 70005295365, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 19-12-2002).

Ordenação de despesa não autorizada

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedentes legislativos: os arts. 15, 16 e 17, todos da LC n. 101/2000, constantes do Capítulo IV, relacionam as despesas que referida lei considera não autorizadas.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido, como gênero, é a Administração Pública. Especificamente, no entanto, protege-se o orçamento público sob a ótica do princípio da legalidade dos encargos e despesas públicas, que o moderno direito administrativo-constitucional tem procurado vincular.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo, tratando-se de crime próprio, deve ser funcionário público, com poder e atribuição para "ordenar despesas". Somente poderá cometer este crime quem possui atribuição legal para "ordenar despesa", o denominado tradicionalmente "ordenador de despesas". Não abrange, ao contrário do previsto no art. 359-A, quem apenas *realiza*, isto é, quem cumpre ou executa a ordem expedida pelo sujeito ativo próprio, o "ordenador de despesas". Nesse caso, à evidência, o funcionário que executa a ordem deverá ter sua conduta examinada à luz do art. 22, segunda parte, do CP, ou seja, à luz do princípio da *obediência hierárquica* (veja nosso *Manual de Direito Penal*, v. 1, Parte Geral).

Neste artigo, a limitação do sujeito ativo não é tão restrita como ocorre nos dois dispositivos anteriores: na hipótese do art. 359-B, "somente pode ser sujeito ativo o titular de Poder ou órgão referido no art. 20 da LC n. 101/2000 (art. 42)", ao passo que no caso do art. 359-C o sujeito ativo "deve ser titular de mandato (eletivo ou não), com poderes decisórios em nome da Instituição ou Poder Público que representa" (ver anotações, sob a mesma rubrica, nos dois dispositivos citados).

2.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos serão União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, relativamente ao erário público, isto é, a Receita Pública, nas respectivas

searas.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta nuclear do tipo está representada pelo verbo “ordenar”, que, para não ser repetitivo, tem o mesmo sentido empregado nos três dispositivos anteriores (arts. 359-A, B e C).

Para a configuração do crime, no entanto, é necessária a existência de lei disciplinando a *gestão financeira* e, principalmente, estabelecendo as vedações. Em verdade essa *lei* já existe, ou seja, há a LC n. 101/2000, que em seus arts. 15, 16 e 17, constantes no Capítulo IV, relacionam as despesas que a lei considera não autorizadas; os arts. 18 a 24 do mesmo capítulo complementam as vedações. Nada impede, evidentemente, que as *leis orçamentárias* próprias (lei orçamentária anual, plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias) estabeleçam novas proibições. A LC n. 101/2000, quando disciplina a geração de despesa, estabelece que, segundo Damásio de Jesus, “a ação governamental que resulte no aumento de despesa deve ser acompanhada de declaração de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a *lei orçamentária anual* e compatibilidade com o plano plurianual e com a *lei de diretrizes orçamentárias*” (Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed.).

É absolutamente irrelevante que o autor do crime se beneficie ou não com a “ordenação de despesa não autorizada por lei”.

3.1 Despesa não autorizada por lei

Trata-se de *elemento normativo* que estabelece exatamente a ilicitude da operação. A *falta de autorização legal* não constitui mera irregularidade administrativa, como sustentam alguns, mas representa um *elemento constitutivo do tipo* cuja ausência, ou seja, a existência de autorização legal, afasta a *tipicidade* da conduta. Na verdade, deve-se destacar que os *elementos normativos do tipo* não se confundem com os *elementos jurídico-normativos da ilicitude*. Enquanto *aqueles* são elementos constitutivos do tipo penal, *estes*, embora integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do fato típico (v. g., alheia, honesta etc.), na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude. Esses *elementos normativos especiais da ilicitude*, normalmente, são representados por expressões como

“indevidamente”, “injustamente”, “sem justa causa”, “sem licença da autoridade”, “sem autorização legal” ou mesmo “não autorizada por lei” etc.

Em síntese, como o dolo deve abranger todos os elementos que compõem a figura típica, e se as *características especiais do dever jurídico* forem um elemento determinante da tipicidade concreta, a nosso juízo, o *erro* sobre elas deve ser tratado como *erro de tipo* e aí, logicamente, excluindo a tipicidade.

Por fim, com o vocábulo “despesa não autorizada por lei” deve-se entender “despesa legalmente proibida”, sob pena de inverter-se o princípio elementar de qualquer *Estado Democrático de Direito*, segundo o qual tudo o que não está proibido é permitido.

3.2 Despesa “justificada” (embora não autorizada por lei)

Não se pode perder de vista que a probidade e a moralidade administrativa exigem, presentemente, respeito absoluto à legalidade administrativa; aliás, esse é o fundamento desse emaranhado de leis “embretadoras” dos administradores públicos. No entanto, esta, como qualquer outra conduta criminosa, pode beneficiar-se de uma excludente de criminalidade, particularmente do *estado de necessidade*, desde que seus requisitos estejam presentes.

Discordamos, nesse particular, da orientação adotada por Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, quando afirmam que “a inexistência de autorização constitui, tão somente, indício de irregularidade, havendo necessidade, para se criminalizar a conduta, que se verifique, diretamente, a existência de uma lesão não justificada ao bem jurídico” (Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *Crimes de responsabilidade fiscal*, cit.). Com efeito, uma “lesão justificada” a qualquer bem jurídico penalmente tutelado constitui *excludente de criminalidade*, deslegitimando-se, como afirmam, a possibilidade de se punir criminalmente referida conduta. Na realidade, ante o atual ordenamento jurídico, com o advento da CF de 1988 e das Leis n. 8.666/93, 101/2000 e 10.028/2000, “a inexistência de autorização legal” constitui “indício de antijuridicidade”, que pode, à evidência, ser afastada por uma *causa de justificação* (art. 23 do CP).

Por outro lado, eventuais dificuldades administrativo-orçamentárias podem socorrer ao administrador probo e honesto, mesmo que não se revistam da condição de *causas de justificação*, penalmente falando, mas,

circunstancialmente, tornando *inexigível comportamento diverso*, eliminando, nesse caso, a *reprovabilidade* da ação, configurando causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de *ordenar despesa não autorizada por lei*. Já que não existe dolo restrito, este deve abranger correta e completamente todos os elementos constitutivos do tipo, e especialmente ter consciência de que a despesa que ordena não é autorizada por lei.

O eventual *desconhecimento* da inexistência de autorização legal caracteriza *erro de tipo*, que exclui o dolo e, por extensão, a tipicidade (art. 20, *caput*). No entanto, como já afirmamos, para estes crimes contra as finanças públicas, a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do erro é irrelevante, na medida em que não há previsão da modalidade culposa. Assim, independentemente da natureza do erro de tipo, haverá exclusão da tipicidade.

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime, que para nós é *formal*, quando a *ordem* é efetivamente executada, ou seja, quando a "despesa ordenada" é realmente assumida pelo Poder Público, *contrariando previsão legal*. Enquanto não for cumprida a ordem não se produz qualquer efeito, isto é, não há qualquer lesividade ao patrimônio público, e sem lesividade não se pode falar em crime; a ausência desta impede a caracterização da tipicidade material ou tipicidade estrita.

5.2 Tentativa

Em nossa concepção, trata-se de crime formal. Assim, coerente com nossa definição de consumação, *admitimos a possibilidade de tentativa*, embora de difícil comprovação. Parece-nos perfeitamente possível o fracionamento da ação tipificada, tratando-se de crime plurissubsistente, que admite o fracionamento da ação. Damásio de Jesus não admite, nesse caso, a tentativa, por considerá-lo crime de mera conduta e unissubsistente

(*Código Penal anotado*, 11. ed.). Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, por outro lado, admitem, como nós, a tentativa quando, exemplificam, "o agente público ordena a despesa não autorizada e por circunstâncias alheias a sua vontade a ordem não é cumprida, responde pelo crime na forma tentada" (Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *Crimes de responsabilidade fiscal*, cit.).

6 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é reclusão, de um a quatro anos. Pelos requisitos objetivos é, teoricamente, admissível a substituição por pena restritiva de direitos; igualmente, é admissível a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95. A ação penal, como nos demais crimes contra as finanças, é pública incondicionada.

J U R I S P R U D Ê N C I A S E L E C I O N A D A

"Ação penal originária. Ordenação de despesa não autorizada por lei. Princípio da irretroatividade (aplicação). Art. 359-D do Cód. Penal (norma penal em branco). Norma integradora (falta). Crime (não ocorrência). Denúncia (rejeição). A lei penal incriminadora não tem efeito retroativo. Assim, porque, à data da prática dos atos por um dos acusados, não existia lei que tipificasse sua conduta como crime, nem deveria ter sido oferecida denúncia em relação a ele. O art. 359-D, segundo o qual é crime 'ordenar despesa não autorizada por lei', consiste em norma penal em branco, uma vez que o rol das despesas permitidas e das não autorizadas haverá de constar de outros textos legais, entre os quais, por exemplo, o da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000). Se, na peça acusatória, inexiste referência à norma integradora, falha é a denúncia. Ademais, quando devidamente explicável a despesa, deslegitima-se a possibilidade de punição da conduta ao menos no âmbito penal. A inexistência de autorização de despesa em lei constitui, tão somente, indício de irregularidade. Para se criminalizar a conduta, é necessária a existência de lesão não justificada ao bem jurídico, isto é, às finanças públicas, o que, no caso, não ocorreu. O fato narrado evidentemente não constitui crime" (STJ, Apn 389/ES, Rel. Min. Nilson Naves, j. 15-3-2006).

Prestação de garantia graciosa

Art. 359-E. Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedentes legislativos: arts. 29, IV, 40 e seus parágrafos, ambos da LC n. 101/2000.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a segurança das operações de crédito celebradas pelo Poder Público, que, para garanti-la, exige contragarantia de eventual garantia exigida. A validade da garantia é condicionada à existência de contragarantia em valor igual ou superior. Para imprimir caráter coercitivo à necessidade de contragarantia e impedir ações graciosas dos gestores públicos em operações de crédito, criminalizou-se a prestação de garantia sem a correspondente contragarantia em valor igual ou superior.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo é somente autoridade pública com poderes decisórios em nome do ente federativo, União, Distrito Federal, Estados e Municípios e respectivos órgãos, empresas ou autarquias, que celebrem operações de crédito, interna ou externa.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo, por sua vez, é a Administração Pública, que pode ser representada pela União, pelo Estado, Distrito Federal ou Município, ou seus órgãos de administração direta e indireta.

3 Tipo objetivo: adequação típica

A conduta nuclear está representada pelo verbo *prestar*, que tem o sentido de oferecer, conceder, dar em. A concessão de garantia em operações de crédito é legalmente permitida (art. 40, *caput*, da LC n. 101/2000). O sujeito ativo que conceder garantia incorre no crime se o fizer sem prevenir-se de possíveis riscos que a operação de crédito pode trazer, ou seja, nos termos da lei, sem exigir contragarantia de adimplência da obrigação (nesse sentido, Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed.).

Assim, somente haverá tipicidade se o sujeito passivo prestar garantia sem exigir contragarantia em valor não inferior à concedida. A norma objetiva impedir garantias graciosas ou de favor, sem assegurar o patrimônio público.

A simples ausência de contragarantia, quando foi prestada garantia exigida em operação de crédito, é suficiente para caracterizar o crime, desde que o administrador saiba dessa exigência e, conscientemente, a omita, na medida em que a ausência de contragarantia coloca em risco o patrimônio público que a lei complementar e este tipo penal pretendem proteger (em sentido contrário: Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *Crimes de responsabilidade fiscal*, cit.). Para Damásio de Jesus, "mesmo provando que a contragarantia era dispensável na operarão de crédito, o fato permanece típico" (Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 11. ed.).

3.1 Concessão de garantia de operação de crédito

Garantia é o compromisso de adimplir obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada (art. 29, IV, da LC n. 101/2000). A concessão dessa garantia, em operação de crédito, interno ou externo, é autorizada pelo art. 40, *caput*, da lei complementar referida. No entanto, referida *garantia* estará condicionada à oferta de *contragarantia*, em valor igual ou superior, e à adimplência da entidade que pleiteá-la (art. 40, § 1º).

3.2 Contragarantia de operação de crédito

Operação de crédito é, no mínimo, celebrada entre duas partes. Se uma delas exige da outra determinada garantia, ora, para manter-se o equilíbrio relacional, nada mais justo que admitir a exigência de contragarantia. É uma espécie de seguro e contrasseguro.

3.3 De valor igual ou superior

A precaução do legislador, visando proteger as operações de crédito celebradas pelos organismos públicos, e particularmente o patrimônio público dado em garantia, chega à minúcia de estabelecer o valor da contragarantia, que não pode ser inferior à garantia prestada.

3.4 Na forma da lei

Que lei? Afinal, que lei dá a forma e as condições em que "a contragarantia deve ser exigida"? A LC n. 101/2000 disciplina a contragarantia no art. 40, §§ 1º, I e II, e 2º. Enfim, o art. 40 e seus oito parágrafos (dois foram vetados) estabelecem condições, situações, vedações, exceções à obtenção de garantias.

3.5 Contragarantia exigida por ente federativo superior

A contragarantia exigida pela União dos Estados ou Municípios, ou pelos Estados dos Municípios, pode consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais. Essas receitas tributárias vinculadas podem ser retidas e utilizadas para liquidar a dívida vencida (art. 40, § 1º, II, da LC n. 101/2000).

3.6 Ausência de garantia dispensa contragarantia

É criminalizada a prestação de garantia em operação de crédito sem contragarantia. Contudo, se não houver prestação de garantia, será desnecessária, criminalmente falando, a exigência de contragarantia, ainda que haja risco de inadimplência do contratante. Aliás, a própria lei complementar não a exige. Nessas circunstâncias, o administrador que arriscar a celebração de operação de crédito praticará uma conduta atípica.

4 Garantia sem condicionar à adimplência: atipicidade

É tipificada a *prestação de garantia* sem constituir *contragarantia* em valor igual ou superior. Contudo, pela Lei Complementar n. 101/2000 a prestação de garantia também é condicionada "à adimplência da entidade que a pleitear" (art. 40, § 1º, 2ª parte). Esta segunda exigência, no entanto, não foi incluída como elementar do tipo penal em exame. Assim, a eventual prestação de garantia *sem condicioná-la* "à adimplência da entidade que pleiteá-la", embora inválida, por inobservância legal, será atípica, pois o tipo penal a ela não se refere.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela *vontade consciente* de *prestar garantia* em operação de crédito, sem constituir contragarantia em valor não inferior ao da garantia prestada. É necessário que o sujeito ativo saiba das condições determinadas pela lei complementar e conheça os

valores da garantia, para poder exigir contragarantia em valor não inferior.

Não há exigência de elemento subjetivo especial do injusto.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime quando o sujeito ativo presta efetivamente a garantia em operação de crédito, sem exigir a contragarantia exigida por lei. É desnecessário que a contragarantia seja pré-constituída, isto é, prestada antes. É, como afirma Damásio, "comum a circunstância de a contragarantia, em contrato administrativo, ser constituída no mesmo momento da garantia".

6.2 Tentativa

Admitimos a possibilidade de tentativa, que ocorre, por exemplo, quando o sujeito ativo determina a prestação de garantia sem exigir contragarantia, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, sua determinação não é cumprida. Nesse sentido, concordam Luiz Flávio e Alice Bianchini (*Crimes de responsabilidade fiscal*, cit.); Damásio de Jesus não admite a tentativa (*Código Penal anotado*, 11. ed.).

7 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de três meses a um ano. A natureza da ação penal é pública incondicionada.

Não cancelamento de restos a pagar

Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedente legislativo: art. 1º, § 1º, da Lei Complementar n. 101/2000.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a *gestão fiscal responsável*, representada pela estrita regularidade da Administração Pública, particularmente em relação às operações realizadas no âmbito das finanças públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Como se trata de crime próprio, *sujeito ativo* só poderá ser um agente público (funcionário público *lato sensu*), que deve possuir *atribuição legal* para praticar as condutas incriminadas, quais sejam, deixar de *ordenar, de autorizar* ou *de promover* o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei. Se o *funcionário* que deixar de praticar qualquer das condutas incriminadas não tiver atribuição legal, o comportamento será atípico.

Desnecessário afirmar que o sujeito ativo do crime tipificado no art. 359-B (*ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar*...) não pode ser sujeito ativo de qualquer das ações descritas neste dispositivo (art. 359-F), para evitar-se o *bis in idem*. Para aquele que *ordena* ou *autoriza* a inscrição em restos a pagar, nos termos descritos naquele dispositivo, o "não cancelamento de restos a pagar", tipificado neste artigo, constitui *post factum* impunível. Enfim, a obrigação de cancelamento de inscrição irregular deve, necessariamente, recair em pessoa diversa daquela que ordenou ou autorizou a inscrição indevida.

2.2 Sujeito passivo

Sujeitos passivos serão a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, segundo as respectivas searas lesadas, incluindo-se os Poderes, Instituições ou órgãos respectivos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas são *deixar de ordenar, de autorizar* e *de promover* o cancelamento de restos a pagar inscritos além do limite legalmente permitido. "Ordenar" e "autorizar" têm o mesmo significado já

examinado nos dispositivos anteriores; o diferencial, contudo, neste artigo, reside justamente no seu caráter negativo, ou, melhor dito, na forma omissiva em que os verbos nucleares são empregados, ou seja, “deixar de...” fazê-lo. Por seu turno, *promover* tem o sentido de executar, realizar ou operacionalizar a atividade ordenada ou autorizada, no caso em exame, o cancelamento da inscrição de restos a pagar; o comportamento criminalizado, porém, é *omissivo próprio,* isto é, “deixar de...” ordenar, autorizar ou promover o cancelamento referido.

Com efeito, as condutas criminalizadas podem apresentar-se sob três modalidades: *deixar de ordenar, deixar de autorizar e deixar de promover.*

3.1 Deixar de ordenar

O sujeito ativo tem poder ou atribuição para determinar o cancelamento, mas não o faz, omite-se, descumprindo *dever funcional*, aqui elevado agora à condição de *crime omissivo próprio*. A *ordem omitida* evitaria a lesão ao erário público, anulando o montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao legalmente permitido (nesse sentido, Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, 2001). Nessa hipótese, o administrador deve determinar que um subordinado efetue o cancelamento, mas nada impede que ele próprio o promova.

3.2 Deixar de autorizar

Funcionário subordinado ao administrador pode necessitar de autorização para promover o cancelamento da inscrição indevida de restos a pagar, pois, embora tenha atribuição para realizar o cancelamento, não tem competência decisória para tanto, dependendo de autorização de outrem. Nessa hipótese, segundo Damásio, “já há iniciativa de corrigir o desvio por parte de terceira pessoa...” (*Código Penal anotado,* 11. ed.). Quer-nos parecer, contudo, que não necessariamente deva *já existir iniciativa de outrem*, pois nada impede que, embora inexista tal iniciativa, ainda assim o sujeito ativo não autorize tal cancelamento quando a decisão se apresente necessária. Enfim, configura-se o tipo quando a situação fática exista e o administrador competente omita a autorização quando podia e devia dá-la.

3.3 Deixar de promover

Ao contrário das condutas de “não ordenar” e “não autorizar”, na

modalidade de “não promover” a decisão de *não efetuar o cancelamento dos restos a pagar*, nos termos definidos, pode ter partido de outrem, isto é, *de quem tem poder ou atribuição* para ordenar ou autorizar o cancelamento, embora não necessariamente. Nesse caso, o encarregado de executar a ordem ou autorização se submete aos princípios que regem a *obediência hierárquica,* definida no art. 22, segunda parte, do CP, e, se não for *manifestamente ilegal,* somente quem deu a ordem ou autorização responderá pelo crime.

Significa, ademais, que o encarregado de *executar* o ato de cancelar, ou melhor, de não cancelar (não promove) não tem autoridade para decidir, e, assim, a “ordem” ou “autorização” é condição indispensável para que o cancelamento se proceda. Contudo, responderá pelo crime, isoladamente, quando, a despeito da ordem ou autorização emanada de autoridade competente, não efetuar o cancelamento, por sua omissão, pois, nesse caso, “deixa de promover” o cancelamento, como refere o texto legal.

Concluindo, na modalidade de “não promover” pode ser sujeito ativo tanto quem tem atribuição para ordenar ou autorizar o cancelamento dos restos a pagar como quem tem apenas atribuição para promovê-lo, isto é, para cumprir a determinação.

4 Inscrição não superior ao limite permitido: atipicidade

O “não cancelamento de restos a pagar”, cujo limite não ultrapasse “ao permitido em lei”, mesmo “que não tenha sido previamente empenhada” não tipificará este crime, pois a *omissão* somente é criminalizada quando a inscrição for superior ao legalmente permitido. Nesse particular, há uma lacuna na lei, que é, aliás, exageradamente minuciosa e detalhista. Poderá constituir infração administrativa, fiscal, contábil, mas não constituirá crime. Enfim, qualquer outra irregularidade que não seja exceder o valor permitido em lei não tipificará este crime.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo,* representado pela vontade consciente de se abster da conduta devida, isto é, de não ordenar, não autorizar ou não promover o cancelamento de restos a pagar inscritos em valor superior ao legalmente permitido. É indispensável que o sujeito ativo tenha conhecimento da existência da inscrição irregular de restos a pagar, nos

termos deste artigo. Eventual desconhecimento desse fato torna a omissão atípica. É irrelevante para a configuração típica a existência de algum fim especial. Não há, por outro lado, previsão de modalidade culposa.

5.1 Erro de tipo e erro de proibição

Ninguém ignora que se trata de uma proibição nova e fundamentada em um emaranhado de leis novas e complexas, que tornam difícil sua interpretação inclusive pelos operadores do direito. *O administrador público* pode não determinar o cancelamento da inscrição de restos a pagar acima do limite legal, por *desconhecer que tem o dever* de tomar essa providência. Nesse caso, incorre em *erro de proibição.* Mas pode, igualmente, ter conhecimento desse dever legal, pode ter consciência da inscrição de restos a pagar, mas pode ignorar que essa inscrição ultrapassa o limite legalmente permitido. Nessa hipótese, ignorar que a inscrição de restos a pagar ultrapassa o limite permitido em lei *configura erro de tipo.*

6 Consumação e tentativa

A consumação deste crime, que é omissivo próprio, constitui verdadeira *vexata questio*, pois é simplificar demais afirmar, simplistamente, que este crime consuma-se "com a simples conduta negativa". Sabido é que o crime omissivo próprio consuma-se no lugar e no momento em que a ação devida não se realiza. A questão fundamental é, afinal, em que momento tal crime se consuma, ou seja, quando o sujeito ativo passa a ter o *dever de agir*: quando assume o cargo ou função ou quando toma conhecimento da existência da situação fático-jurídica (da existência de montante de restos a pagar inscrito em limite superior ao permitido por lei)?

À evidência que a *responsabilidade penal* não pode ser presumida, e, ademais, não se responde por algo que não se conhece; consequentemente, essa responsabilidade não pode ser automática, decorrente da simples assunção do cargo ou função, pois configuraria autêntica responsabilidade objetiva, que foi proscrita do *direito penal da culpabilidade*. Esse momento consumativo, por evidente, está completamente afastado, por ser dogmaticamente insustentável.

Resta a segunda alternativa, ou seja, o administrador *tem o dever jurídico de agir*, a partir do momento em que toma conhecimento da existência de restos a pagar inscritos em valor superior ao legalmente permitido. Mas

essa constatação ainda não resolve de todo a questão de quando ocorre o momento consumativo, que, tratando de crime omissivo, ocorre quando deve agir, e voluntariamente, isto é, podendo e devendo, deixa de fazê-lo. A questão reside na dificuldade de identificar, afinal, em que momento da administração o sujeito ativo toma conhecimento dos fatos, que pode ocorrer no primeiro dia, no primeiro mês, quem sabe, no final do primeiro ano etc. A solução dessa dificuldade será encontrada na prova, que, segundo os penalistas, passa a ser um problema de processo penal. Com a devida vênia, em termos de crime omissivo é problema de direito material, pois define não só o momento consumativo do crime como a sua própria configuração. Enfim, o problema está posto, a dúvida levantada e a cautela recomendada.

A tentativa, tratando-se de crime omissivo próprio, pela simples definição de sua consumação, exsurge como inadmissível. Se o agente deixa passar o momento em que devia agir, consuma-se o crime; se ainda pode agir, não se pode falar em crime. Até o momento em que a atividade do agente ainda é eficaz, a ausência desta não constitui crime. Se nesse momento a atividade devida não se realiza, consuma-se o crime. Enfim, como dissemos, o crime omissivo próprio consuma-se no lugar e no momento em que a atividade devida tinha de ser realizada.

7 Conflito aparente de normas

O sujeito ativo que não ordene ou não autorize o “cancelamento de restos a pagar” (art. 359-F) poderá ser o mesmo que ordena ou autoriza a “inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar” (art. 359-B). À evidência que não poderá responder “por fazer” e “por não fazer” a mesma coisa, ferindo o *ne bis in idem.* A duplicidade da proibição tem um fundamento: objetivam destinatários diferentes. Quem praticou a conduta comissiva (art. 359-B) responderá apenas por ela; somente poderá responder pela conduta omissiva (art. 359-F) quem não tiver sido autor da primeira.

7.1 Exceção à teoria monística

Sucessão de mandatários, por exemplo: quem deixa o cargo pode responder pela “inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar” (art. 359-B); quem assume pode responder por não ter determinado o

“cancelamento do montante de restos a pagar” (art. 359-F), inscrito em valor superior ao legalmente permitido. Esses dois dispositivos assemelham-se à corrupção ativa e passiva (oferecer-receber); neste caso, “fazer e não desfazer”, que não deixam de configurar as duas faces de uma mesma moeda. Pela teoria adotada pelo Código Penal — monística ou unitária —, deveriam responder pelo mesmo crime, mas, como o legislador preferiu discipliná-los em crimes distintos, configura mais uma exceção à mencionada teoria; ou seja, não há *concurso de pessoas* entre os dois sujeitos ativos, a menos que haja o vínculo subjetivo entre ambos, quando, então, responderão pelos dois crimes (hipótese de conluio).

8 Pena e ação penal

A pena, isoladamente cominada, é detenção, de seis meses a dois anos. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedentes legislativos: arts. 18, 19, 21 e 42 da Lei Complementar n. 101/2000.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a moralidade, regularidade e equilíbrio das contas públicas, nos âmbitos federal, estadual e municipal. Procura-se impedir que o administrador público, em final de mandato, conceda “benesses” aos servidores públicos com fins eleitoreiros, criando e atribuindo o ônus de seu cumprimento ao sucessor.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo é somente autoridade com mandato. Trata-se de *crime próprio,* que exige especial condição pessoal, na medida em que *não basta ser funcionário público*, mas deve ser titular de mandato (eletivo ou não), com poderes decisórios em nome da Instituição ou Poder Público que representa. Assim, sujeito ativo é o Presidente (da República, do Senado, da Câmara, de Assembleias Legislativas, de Câmaras de Vereadores, de Tribunais etc.), o Governador do Estado, os Procuradores-Gerais de Justiça, da República, dos Estados, Advogado-Geral da União, Defensor-Geral da União, Defensor-Geral do Estado, do Município etc. (arts. 42 e 20, § 2º, da Lei n. 101/2000). Tratando-se de mandatos, sujeito ativo pode ser o eventual substituto legal.

Neste tipo penal, sujeito ativo pode ser outra espécie de funcionário público que não o detentor de mandato, quando a figura típica for a modalidade de "executar". Nessa hipótese, normalmente, o executor será um subordinado, em regra o chamado "ordenador de despesas", que põe em prática a determinação superior, revestida de ordem ou de autorização. Contudo, nada impede que o executor seja o próprio administrador, isto é, aquele que tem poder ou atribuição para ordenar ou autorizar a prática de ato que acarrete aumento de despesa com pessoal.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo, por sua vez, é a Administração Pública, que pode ser representada pela União, pelo Estado, Distrito Federal ou Município. Pode ser, ademais, outros órgãos ou instituições públicas, tais como Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público etc., cujos representantes máximos são *detentores de mandatos* e gozam de poderes decisórios quanto a orçamentos, despesas e finanças públicas, em seus respectivos âmbitos.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas tipificadas estão representadas pelos verbos nucleares *ordenar*, *autorizar* e *executar*. Os dois primeiros já tiveram seus sentidos e significados examinados em dispositivos anteriores, para onde remetemos o leitor, a fim de evitarmos a repetição enfadonha. *Executar* significa realizar,

pôr em prática, cumprir ordem ou autorização de superior promovendo ato que importe em aumento de despesa com pessoal nos últimos seis meses de mandato ou legislatura. Quem ordena e autoriza, em regra, é a mesma autoridade, ao passo que quem executa normalmente é outro funcionário, embora possa ser realizada por quem tem poder ou atribuição para ordenar ou autorizar.

Procuramos evitar o termo "mandante" quando nos referimos ao sujeito ativo que *ordena* ou *autoriza*, em razão de seu sentido técnicojurídico específico, no campo do *concurso de pessoas*, particularmente disciplinado pelas teorias do *domínio do fato* e da *autoria mediata* (*vide* a respeito nosso *Manual de Direito Penal*, Parte Geral).

3.1 Despesa total com pessoal

Despesa total com pessoal é o *somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência* (art. 18 da LC n. 101/2000).

3.2 Elementar temporal

A vedação criminal do acréscimo de despesa total com pessoal circunscreve-se aos últimos seis meses de mandato ou de legislatura. Esse aspecto não oferece nenhuma dificuldade. Uma coisa é ordenar ou autorizar o aumento de despesa, e outra é concretizar esse aumento de despesa, isto é, disponibilizar os recursos para honrar esse ônus. O *período* — seis meses —, a nosso juízo, refere-se ao dispêndio efetivo, ou seja, desencaixe que o Tesouro faz para cumprir o ato administrativo anterior. Assim, está vedada a velha prática de alguns demagogos administradores que concediam aumentos e vantagens a servidores para vigorar, no futuro, a partir de determinada data, particularmente em mandatos ou legislaturas futuras. Mesmo que o ato concessivo tenha sido praticado antes do *período depurador*, ainda assim tipificará conduta proibida neste dispositivo.

O eventual aumento de despesa total com pessoal, fora do período

proibido, mesmo que infrinja outras normas administrativas ou fiscais, não tipifica este crime.

3.3 Executar: obediência hierárquica

O cumprimento de ordem legal não apresenta nenhuma conotação de ilicitude, mesmo que configure alguma conduta típica; ao contrário, constitui causa de sua exclusão. Quando a *ordem for ilegal*, mas não *manifestamente*, o subordinado que a cumpre não agirá com culpabilidade, por ter *avaliado incorretamente* a ordem recebida, incorrendo numa espécie de *erro de proibição*. Agora, se cumprir *ordem manifestamente ilegal*, tanto o superior hierárquico quanto o subordinado são puníveis. O subordinado não tem a obrigação de cumprir ordens ilegais. Tem obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a *oportunidade* ou *conveniência* de uma ordem. Mas a *ilegalidade*, mais que o *direito,* tem o *dever* de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem *manifestamente* ilegal.

4 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de aumentar a despesa total com pessoal, nos últimos seis meses de mandato ou legislatura. Como não se admite dolo restrito, parcial ou limitado, este deve abranger completamente todos os elementos constitutivos do tipo, e especialmente ter consciência de que aumenta a despesa nos últimos seis meses de mandato ou legislatura.

4.1 Erro de tipo

O eventual *desconhecimento* de que do ato que pratica acarretará aumento de despesa total com pessoal ou de que esse aumento se produzirá nos últimos seis meses do mandato ou legislatura, ou de que já se encontra nesse período, configura *erro de tipo*, que exclui o *dolo* e, por extensão, a tipicidade (art. 20, *caput*, do CP).

5 Consumação e tentativa

5.1 Consumação

Consuma-se o crime quando o *ato ordenado* ou *autorizado* é

efetivamente executado, no período proibido de seis meses de final de mandato. Enquanto não for cumprida a ordem ou autorização não se produz qualquer efeito, isto é, não há qualquer lesividade ao patrimônio público, e sem lesividade não se pode falar em crime. A simples *violação de dever*, norma puramente abstrata, não pode constituir crime, pois não há tipicidade material. A modalidade de *executar* é crime material, e somente se consuma com a efetiva realização do ato ordenado por quem tem atribuição para tal.

Trata-se de crime *formal*, nas figuras de *ordenar ou autorizar*, cujo resultado não integra o tipo penal, como ocorre nos crimes materiais, o que não quer dizer que não exista, pois o reflexo do aumento no orçamento público configura esse resultado.

5.2 Tentativa

Em nossa concepção, é perfeitamente admissível a tentativa, embora seja de difícil comprovação. Parece-nos possível o fracionamento da ação tipificada, tratando-se de crime plurissubsistente; assim, por exemplo, quando a ordem ou autorização *não é executada por circunstâncias alheias à vontade do agente*, configura-se a forma tentada. Quanto à figura de *executar* não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de tentativa, uma vez que se trata de crime material, cuja ação pode facilmente ser dividida em vários atos.

Damásio de Jesus não admite, nesse caso, a tentativa nas modalidades de "ordenar" e "autorizar", pois as considera crimes de mera conduta (*Código Penal anotado*, 11. ed.), admitindo-a, contudo, na modalidade de "executar".

6 Semelhanças e diferenças com o disposto no art. 359-C

O art. 359-C criminaliza a conduta de ordenar ou autorizar assunção de obrigação nos dois últimos quadrimestres (oito meses) do mandato ou legislatura, enquanto este dispositivo criminaliza o aumento de despesa com pessoal, nos últimos seis meses do mandato ou legislatura. Naquele dispositivo, proíbe-se a assunção de obrigação cuja despesa não possa ser liquidada no mesmo exercício financeiro ou eventual resto a pagar no exercício seguinte não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa, ao passo que, neste artigo, pune-se o aumento de pessoal, independentemente de poder ser resgatado no mesmo exercício (no mesmo

sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *Crimes de responsabilidade fiscal*, cit.). Com efeito, aumento de despesa com pessoal não se limita ao exercício, na medida em que é constitucionalmente proibido reduzir vencimentos de servidores. Assim, os aumentos com servidores perpetuam-se para o futuro, onerando, inevitavelmente, os próximos exercícios financeiros.

Por outro lado, a proibição constante do art. 359-C é abrangente, genérica, englobando toda e qualquer despesa, enquanto a criminalização deste artigo 359-G é restrita, específica, limitando-se à despesa com pessoal. Por fim, o prazo depurador do primeiro dispositivo é de oito meses (dois quadrimestres), enquanto o do segundo é seis meses (cento e oitenta dias). Significa dizer que, embora já esteja proibida a assunção de obrigação a ser resgatada no ano seguinte, a partir do oitavo último mês, será possível efetuar gastos com pessoal, antes de ingressar no sexto mês. E não há nisso nenhum paradoxo, na medida em que a especificidade dos encargos acaba autorizando essa *praxis*.

7 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é reclusão, de um a quatro anos. A natureza da ação penal é pública incondicionada.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado

Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

— Artigo acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.

D O U T R I N A

Antecedentes legislativos: arts. 29, II, 30 e parágrafos, e toda a Seção IV do Capítulo VII da LC n. 101/2000.

1 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a lisura da dívida pública mobiliária, nas respectivas áreas federal, estadual e municipal. Criminaliza-se a movimentação ilegal de títulos da dívida pública, quer por não existirem legalmente (não foram criados por lei), quer por não estarem devidamente registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia.

2 Sujeitos do crime

2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo é somente autoridade pública com poderes decisórios em nome do ente federativo. Neste tipo penal, sujeito ativo pode ser outra espécie de funcionário público, quando a figura típica for a modalidade de "promover", que, em tese, é subordinado com a função de executar a ordem ou autorização do sujeito ativo das outras figuras delitivas.

2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo imediato, por sua vez, é a Administração Pública, que pode ser representada pela União, pelo Estado, Distrito Federal ou Município. Pode ser, ademais, sujeito passivo mediato qualquer terceiro prejudicado com a compra de títulos irregulares, que, certamente, causarão prejuízos consideráveis.

3 Tipo objetivo: adequação típica

As condutas criminalizadas estão representadas pelos verbos *ordenar*, *autorizar* e *promover*. Os dois primeiros já foram exaustivamente examinados e definidos, sendo desnecessário repetir. *Promover*, no entanto, significa realizar, executar, levar a efeito, isto é, cumprir a ordem ou autorização do superior. Quem ordena e autoriza, em regra, é a mesma autoridade, ao passo que quem *promove* ou executa normalmente é outro funcionário, embora possa ser o mesmo sujeito ativo que tem poder ou atribuição para ordenar ou autorizar.

O sujeito ativo pode praticar o crime, realizando qualquer das três condutas tipificadas, por meio de oferta pública ou colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública que não tenham sido criados por lei ou que não tenham sido registrados no sistema centralizado de liquidação e custódia.

Para nós, o sujeito ativo que *ordena* é o mesmo que *autoriza*, isto é, um mesmo agente pode praticar qualquer das duas condutas, que, dependendo das circunstâncias, pode assumir a natureza de *ordem* ou de *autorização*; a diversidade de formas de condutas procura ampliar a abrangência das ações que possivelmente podem ser realizadas, sem qualquer conotação com a espécie ou natureza do sujeito ativo, que, nessas modalidades, será sempre quem tiver poder ou atribuição para decidir a comercialização dos títulos mobiliários da dívida pública, em sua área de atuação, federal, estadual ou municipal.

4 Controle jurídico ou legislativo

O controle, a nosso juízo, não é legislativo, mas jurídico, na medida em que a comercialização de títulos da dívida pública, por este dispositivo, está condicionada a sua criação por lei. Com efeito, o controle do comércio e títulos da dívida pública, pelo menos na seara criminal, não está condicionado a resoluções legislativas quer da esfera federal, quer estadual ou mesmo municipal. Portanto, o controle é jurídico e não legislativo.

5 Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de comercializar títulos da dívida pública, legalmente inexistentes ou sem o devido registro no sistema centralizado de liquidação e custódia. Como não existe dolo presumido, é indispensável que o sujeito ativo saiba que o título que comercializa não foi criado por lei ou que, a despeito de legalmente existente, não foi registrado no sistema centralizado de liquidação e de custódia.

O eventual *desconhecimento* de que os títulos não foram legalmente criados ou de que não se encontram devidamente registrados no órgão próprio torna a conduta atípica, já que tais elementares típicas não foram abrangidas pelo dolo.

É irrelevante, para a tipificação deste crime, a existência eventual de algum fim especial, na medida em que o tipo não exige nenhum elemento subjetivo especial do injusto. Não há previsão de modalidade culposa.

5.1 Erro de tipo

Se o sujeito ativo pratica qualquer das figuras tipificadas, neste

dispositivo, imaginando que os títulos estão em situação regular, isto é, que foram legalmente criados e que estão regularmente inscritos no órgão próprio, quando, concretamente, nenhuma dessas circunstâncias existe, incorre em erro de tipo, pois seu dolo não abrangeu essas ausências, que imaginava existentes.

5.2 Erro de proibição

Se o sujeito ativo pratica qualquer das condutas ignorando que eles deveriam ser criados por lei ou desconhecendo que não basta ser legalmente criados, mas que ainda necessitam ser devidamente inscritos no órgão próprio, desconhecendo, enfim essa exigência legal, incorre em erro de proibição, que pode ser evitável ou inevitável.

6 Consumação e tentativa

6.1 Consumação

Consuma-se o crime quando o *ato ordenado* ou *autorizado é* efetivamente executado, isto é, quando se operacionaliza a oferta pública ou colocação no mercado financeiro dos títulos da dívida pública inexistentes legalmente ou não regularmente inscritos no órgão próprio. Enquanto não for cumprida a ordem ou autorização não se produz qualquer efeito, isto é, não há qualquer lesão ao patrimônio público, e sem lesão não se pode falar em crime. A simples *inobservância de dever,* norma puramente abstrata, não pode constituir crime, pois não há tipicidade material.

A modalidade de “promover” constitui crime material, e somente se consuma com a efetiva colocação dos títulos no mercado financeiro.

As figuras de *ordenar* ou *autorizar* constituem crimes formais; o resultado não integra o tipo penal, ao contrário do que ocorre com os crimes materiais, o que não quer dizer que não exista.

6.2 Tentativa

Em nossa concepção, nas figuras de *ordenar* e *autorizar é admissível a tentativa,* embora seja de difícil comprovação. É possível o fracionamento dessas ações tipificadas, tratando-se de crime plurissubsistente; assim, por exemplo, quando a ordem ou autorização não é cumprida, *por circunstâncias alheias à vontade do agente*, configura-se a forma tentada.

Quanto à figura de promover não há qualquer dificuldade sobre a possibilidade de tentativa, uma vez que se trata de crime material, cuja ação pode facilmente ser dividida em vários atos.

Damásio de Jesus não admite, nesse caso, a tentativa nas modalidades de "ordenar" e "autorizar" (*Código Penal anotado*, 11. ed.), admitindo-a, contudo, na modalidade de "promover".

7 Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é reclusão, de um a quatro anos. A natureza da ação penal, aliás, como de resto, de todos os crimes contra as finanças públicas, é pública incondicionada.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 360. Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.

Art. 361. Este Código entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República.

Getúlio Vargas

Francisco Campos

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1 É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.

18 Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

145 Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

147 A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.

245 A imunidade parlamentar não se estende ao corréu sem essa prerrogativa.

246 Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

298 O legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

310 Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.

362 A condição de ter o clube sede própria para a prática de jogo lícito não o obriga a ser proprietário do imóvel em que tem sede.

420 Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova de trânsito em julgado.

421 Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

422 A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando

couber, ainda que importe privação da liberdade.

496 São válidos, porque salvaguardados pelas disposições constitucionais transitórias da Constituição Federal de 1967, os Decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967.

497 Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

498 Compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.

499 Não obsta à concessão do *sursis* condenação anterior à pena de multa.

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.

522 Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando então a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.

525 A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido.

554 O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

592 Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal.

594 Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

601 Os arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar n. 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público) não revogaram a legislação anterior que atribui a iniciativa para a ação penal pública, no processo sumário, ao juiz ou à autoridade policial, mediante portaria ou auto de prisão em flagrante.

604 A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade.

605 Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

608 No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

609 É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

610 Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não

realize o agente a subtração de bens da vítima.

611 Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

640 É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

654 A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.

655 A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.

673 O art. 125, § 4º, da Constituição, não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo.

690 Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais.

691 Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

692 Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.

693 Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

694 Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.

695 Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.

696 Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

697 A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes

hediondos não veda o relaxamento de prisão processual por excesso de prazo.

698 Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

699 O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei n. 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei n. 8.950/94 ao Código de Processo Civil.

700 É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.

701 No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

702 A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

703 A extinção do mandato do Prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do Decreto-lei n. 201/67.

704 Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

705 A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.

706 É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.

707 Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.

708 É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

709 Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.

710 No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da

juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.

711 A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

712 É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do Júri sem audiência da defesa.

713 O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

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.

715 A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

716 Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

717 Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

718 A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

719 A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

720 O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres.

721 A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.

722 São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

723 Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

SÚMULAS VINCULANTES

1 Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001.

2 É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

3 Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

4 Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

5 A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

6 Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

7 A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

8 São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

9 O disposto no art. 127 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58.

10 Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta

sua incidência, no todo ou em parte.

11 Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

12 A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

13 A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

14 É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

15 O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.

16 Os arts. 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC n. 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

17 Durante o período previsto no parágrafo 1º do art. 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

18 A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal.

19 A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da Constituição Federal.

20 A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa — GDATA, instituída pela Lei n. 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco)

pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da Medida Provisória n. 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

21 É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

22 A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04.

23 A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

24 Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

25 É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

26 Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

27 Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente.

28 É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

29 É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

31 É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer

Natureza — ISS sobre operações de locação de bens móveis.

32 O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9 A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

17 Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

18 A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

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.

38 Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades.

40 Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

48 Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

51 A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do “apostador” ou do “banqueiro”.

73 A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.

74 Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

90 Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum, pela prática do crime comum simultâneo àquele.

96 O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

104 Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento

particular de ensino.

107 Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal.

108 A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz.

122 Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal.

140 Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

147 Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

151 A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.

164 O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

165 Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista.

171 Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

172 Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

186 Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.

191 A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

192 Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

200 O Juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime

de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou.

203 Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

208 Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

209 Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

220 A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

231 A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

234 A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

241 A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

243 O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

244 Compete ao foro local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

265 É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa.

267 A interposição do recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

269 É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

329 O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

330 É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.

337 É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

338 A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.

341 A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

342 No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.

347 O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.