COORDENADOR
PEDRO LENZA

DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO

VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES

PARTE ESPECIAL

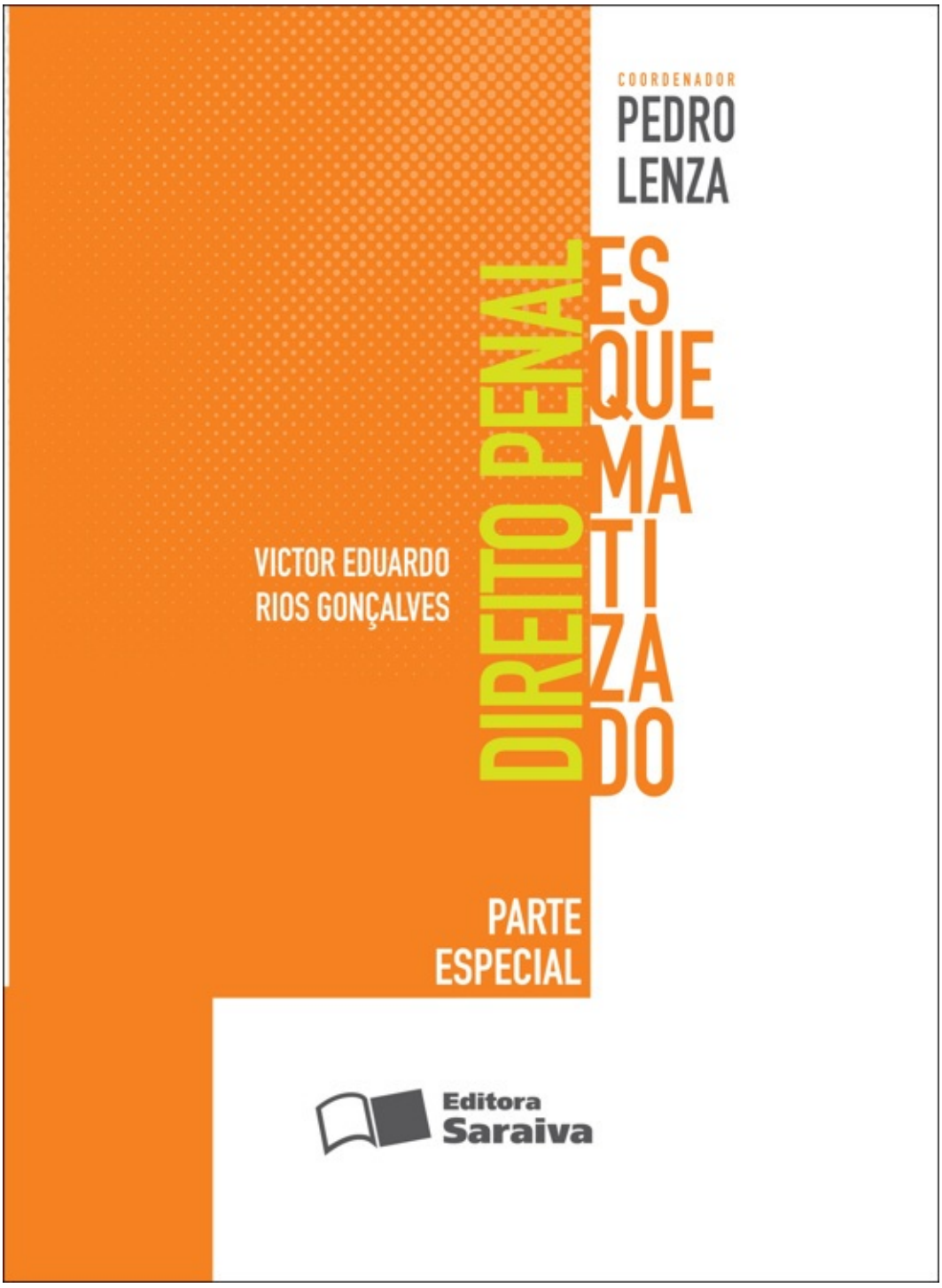
Editora Saraiva

Copyright

Esta obra foi postada pela equipe iOS Books em parceria com o grupo LegiLibro para proporcionar, de maneira totalmente gratuita, o benefício de sua leitura àqueles que não podem comprá-la. Dessa forma, a venda desse eBook ou até mesmo a sua troca por qualquer contraprestação **é totalmente condenável** em qualquer circunstância. A generosidade e a humildade é a marca da distribuição, portanto distribua este livro livremente. Após sua leitura considere seriamente a possibilidade de adquirir o original, pois assim você estará incentivando o autor e à publicação de novas obras. Se gostou do nosso trabalho e quer encontrar outros títulos visite nossos sites:

iOS Books

LegiLibro


COORDENADOR
PEDRO LENZA
DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO
VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES
PARTE ESPECIAL
Editora Saraiva



DIREITO PENAL

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 1

11/4/2011 17:16:17

Histórico da Obra

1.a edição: fev./2011; 2.ª tir., maio/2011

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 2

25/4/2011 17:32:41

C O O R D E N A D O R

PEDRO

LENZA

VICTOR EDUARDO

RIOS GONÇALVES

DIREITO PENAL

PARTE

ESPECIAL

2011

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 3

11/4/2011 17:16:18

ISBN 978-85-02-11982-6

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CEP 05413-909

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

Gonçalves, Victor Eduardo Rios

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

Direito penal esquematizado : parte especial / Victor

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Eduardo Rios Gonçalves. – São Paulo : Saraiva, 2011.

Acesse: www.saraivajur.com.br

Bibliografia.

Filiais

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro

10-03590

CDU-343(81)

Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Índice para catálogo sistemático:

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas

1. Brasil : Direito penal

343(81)

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

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Gerente de produção editorial Ligia Alves

Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

Editor Jônatas Junqueira de Mello

GOIÁS/TOCANTINS

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto

Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know-how Editorial Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

Serviços editoriais Carla Cristina Marques

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Elaine Cristina da Silva

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro

Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

Capa Aero Comunicação

MINAS GERAIS

Produção gráfica Marli Rampim

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha

Impressão

Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

Acabamento

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

Data de fechamento da edição: 19-11-2010

Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Dúvidas?

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel

Acesse www.saraivajur.com.br

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

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida

Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da

Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na

125.390.001.002

Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 4

11/4/2011 17:16:18

Às minhas amadas filhas, Isabella e Valentina,

e à minha esposa, Gabriela.

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 5

11/4/2011 17:16:18

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 6

11/4/2011 17:16:19

AgrAdecimentos

Ao amigo Pedro Lenza, pelo convite para a produção deste livro, pelas valiosas orientações durante sua elaboração e, ainda, por todo o apoio prestado.

Ao Professor Damásio de Jesus, pelos conhecimentos transmitidos e pela honra de integrar, há quase duas décadas, o quadro de professores de seu reconhecido Complexo Jurídico.

À minha querida família, que soube dar o suporte necessário com muito carinho e dedicação.

Aos meus grandes amigos Olheno, Salmo, Luiz Kok, Cebrian, Ciro Dias e André.

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 7

11/4/2011 17:16:19

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 8

25/4/2011 17:32:41

ApresentAção

Durante o ano de 1999, pensando, naquele primeiro momento, nos alunos que prestariam o exame da OAB, resolvemos criar um estudo que tivesse linguagem "fá-

cil" e, ao mesmo tempo, conteúdo suficiente para as provas e concursos.

Depois de muita dedicação, "batizamos" o trabalho de ***Direito constitucional esquematizado***, na medida em que, em nosso sentir, surgia uma verdadeira e pioneira **metodologia**, idealizada com base em nossa experiência dos vários anos de magistério, buscando sempre otimizar a preparação dos alunos, bem como atender às suas necessidades.

A metodologia estava materializada nos seguintes "pilares":

esquematizado: verdadeiro método de ensino, em que a parte teórica é apresentada de forma direta, em parágrafos curtos e em vários itens e subitens. Por sua estrutura revolucionária, rapidamente ganhou a preferência nacional, tornando-se indispensável "arma" para os "concursos da vida";

superatualizado: com base na jurisprudência do STF, Tribunais Superiores e na linha dos concursos públicos de todo o País, o texto encontra-se em consonância com as principais decisões e as grandes tendências da atualidade; **linguagem clara:** a exposição fácil e direta traz a sensação de que o autor está

"conversando" com o leitor;

palavras-chave (*keywords*): a utilização do azul possibilita uma leitura panorâ-

mica da página, facilitando a recordação e a fixação do assunto. Normalmente, o destaque recai sobre o termo que o leitor grifaria com o seu marca-texto; **formato:** leitura mais dinâmica e estimulante;

recursos gráficos: auxiliam o estudo e a memorização dos principais temas; **provas e concursos:** ao final de cada capítulo, o assunto é ilustrado com a apresentação de questões de provas e concursos ou por nós elaboradas, facilitando a percepção das matérias mais cobradas, bem como a fixação do assunto e a checagem do aprendizado.

Inicialmente publicado pela LTr, à época, em termos de metodologia, inovou o mercado editorial. A partir da 12ª edição, passou a ser editado pela **Saraiva**, quando, então, se tornou líder de vendas.

Realmente, depois de tantos anos de **aprimoramento**, com a nova "cara" dada pela Editora Saraiva, não só em relação à **moderna diagramação** mas também em razão do **uso da cor azul**, o trabalho passou a atingir tanto os candidatos ao Exame de Ordem quanto todos aqueles que enfrentam os concursos em geral, sejam da área 01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 9

11/4/2011 17:16:19

jurídica ou mesmo aqueles de nível superior e médio (área fiscal), assim como os alunos de graduação e demais profissionais do direito.

Aliás, parece que a professora **Ada Pelegrini Grinover** anteviu, naquele tempo, essa evolução do *Esquematizado*. Em suas palavras, ditas em 1999, "escrita

numa linguagem clara e direta, a obra destina-se, declaradamente, aos candidatos às provas de concursos públicos e aos alunos de graduação, e, por isso mesmo, após cada capítulo, o autor insere questões para aplicação da parte teórica. Mas será útil também aos operadores do direito mais experientes, como fonte de consulta rápida e imediata, por oferecer grande número de informações buscadas em diversos autores, apontando as posições predominantes na doutrina, sem eximir-se de criticar algumas delas e de trazer sua própria contribuição. Da leitura amena surge um livro

'fácil', sem ser reducionista, mas que revela, ao contrário, um grande poder de sín-tese, difícil de encontrar mesmo em obras de autores mais maduros, sobretudo no campo do direito".

Atendendo ao apelo de vários "concurseiros" do Brasil, resolvemos, com o apoio incondicional da Editora Saraiva, convidar professores e autores das principais matérias dos concursos públicos, tanto da área jurídica como da área fiscal, para lançar a **Coleção Esquematizado**.

Metodologia pioneira, vitoriosa, consagrada, testada e aprovada. **Professores** com larga experiência na área dos concursos públicos. Estrutura, apoio, profissiona-lismo e *know-how* da **Editora Saraiva:** sem dúvida, ingredientes suficientes para o sucesso da empreitada, especialmente na busca de novos elementos e ferramentas para ajudar os nossos ilustres concurseiros!

Para a **parte especial do direito penal**, tivemos a honra de contar com o trabalho de **Victor Eduardo Rios Gonçalves**, que soube, com maestria, aplicar a **metodologia "esquematizado"** à sua vasta e reconhecida experiência profissional como professor, promotor de justiça e autor de consagradas obras.

Victor formou-se, em 1990, na prestigiosa Faculdade de Direito do Largo São Francisco, ingressando, logo no ano seguinte, no Ministério Público de São Paulo.

Desde 1994 tem lecionado direito penal e processual penal no *Complexo Jurídi-co Damásio de Jesus*, o que, por esse motivo, lhe credencia para ser um dos maiores e mais respeitados professores da área.

O professor Victor foi assessor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça durante quatro anos e é autor, entre outros trabalhos, dos livros de direito penal, processo penal e direito de empresas da vitoriosa Coleção Sinopses Jurídicas da Editora

Saraiva.

Assim, não temos dúvida de que o presente trabalho contribuirá para “encurtar” o caminho do meu ilustre e “guerreiro” concurseiro na busca do “sonho dourado”!

Sucesso a todos! Esperamos que a **Coleção Esquematizado** cumpra o seu papel. Novamente, em constante parceria, estamos juntos e aguardamos qualquer crí-

tica ou sugestão.

Pedro Lenza

(pedrolenza@terra.com.br)

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 10

11/4/2011 17:16:19

sumário

I

INTRODUÇÃO
..... 59

I.1. Espécies de normas penais
..... 59

I.1.1. Normas penais incriminadoras
..... 59

I.1.2. Normas penais permissivas
..... 60

I.1.3. Normas penais explicativas (ou complementares)
..... 60

I.2. Divisão dos tipos penais de acordo com o bem jurídico atingido
..... 61

I.3. Temas necessariamente abordados no estudo dos delitos em espécie 61

I.3.1. A conduta e suas classificações 61

I.3.2. Objetividade jurídica e suas classificações 63

I.3.3. Sujeito ativo e suas classificações 63

I.3.4. Sujeito passivo 65

I.3.5. Objeto material 65

I.3.6. Consumação e classificações 66

I.3.7. Tentativa 67

I.3.8. Crimes dolosos, culposos e preterdolosos 67

I.3.9. Outras classificações 67

TÍTULO I

1. DOS CRIMES CONTRA A PESSOA..... 69

Capítulo I

1.1. Dos crimes contra a vida 71

1.1.1. Homicídio
..... 71

1.1.1.1. Homicídio doloso .....
71

1.1.1.1.1. Homicídio simples 72

1.1.1.1.1.1. Conceito 72

1.1.1.1.1.2. Objetividade jurídica 72

1.1.1.1.1.3. Meios de execução 72

1.1.1.1.1.4. Sujeito ativo 74

1.1.1.1.1.5. Sujeito passivo 75

1.1.1.1.1.6. Consumação 76

1.1.1.1.1.7. Tentativa 78

1.1.1.1.1.8. Desistência voluntária 80

1.1.1.1.1.9. Arrependimento eficaz 81

1.1.1.1.1.10. Elemento subjetivo 82

1.1.1.1.1.11. Classificação doutrinária 83

1.1.1.1.1.12. Ação penal e competência 84

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 11

11/4/2011 17:16:19

1.1.1.1.2. Homicídio privilegiado 85

1.1.1.1.3. Homicídio qualificado 89

1.1.1.1.3.1. Qualificadoras quanto aos motivos 91

1.1.1.1.3.2. Qualificadoras quanto ao meio de execução 97

1.1.1.1.3.3. Qualificadoras quanto ao modo de execução 107

1.1.1.1.3.4. Qualificadoras decorrentes da conexão do homicídio com outro crime 113

1.1.1.1.3.5. Questões diversas quanto ao homicídio qualificado 116

1.1.1.1.3.6. Causas de aumento de pena 121

1.1.1.2. Homicídio culposo 122

1.1.1.2.1. Sujeito ativo 125

1.1.1.2.2. Sujeito passivo 125

1.1.1.2.3. Consumação e tentativa 125

1.1.1.2.4. Causas de aumento de pena 125

1.1.1.2.5. Perdão judicial 128

1.1.1.2.6. Ação penal 129

1.1.1.2.7. Homicídio culposo no Código de Trânsito Brasileiro 130

1.1.2. Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio 132

1.1.2.1. Introdução 132

1.1.2.2. Objetividade jurídica 133

1.1.2.3. Tipo objetivo .....
133

1.1.2.4. Sujeito ativo .....
138

1.1.2.5. Sujeito passivo .....
138

1.1.2.6. Consumação e tentativa .....
138

1.1.2.7. Elemento subjetivo .....
140

1.1.2.8. Classificação doutrinária .....
142

1.1.2.9. Causas de aumento de pena .....
142

1.1.2.10. Ação penal .....
144

1.1.3. Infanticídio
..... 144

1.1.3.1. Objetividade jurídica .....
144

1.1.3.2. Estado puerperal .....
144

1.1.3.3. Elemento temporal .....
146

1.1.3.4. Meios de execução .....
146

1.1.3.5. Sujeito ativo .....

146

1.1.3.6. Sujeito passivo .....
148

1.1.3.7. Consumação .....
149

1.1.3.8. Tentativa .....
149

1.1.3.9. Elemento subjetivo .....
149

1.1.3.10. Classificação doutrinária .....
150

1.1.3.11. Ação penal .....
150

1.1.4. Aborto
..... 150

1.1.4.1. Aborto criminoso .....
151

1.1.4.1.1. Autoaborto 151

1.1.4.1.1.1. Sujeito ativo 152

1.1.4.1.1.2. Sujeito passivo 152

1.1.4.1.2. Consentimento para o aborto 153

1.1.4.1.2.1. Sujeito ativo 153

1.1.4.1.2.2. Sujeito passivo 154

sumário

13

1.1.4.1.3. Provocação de aborto com o consentimento da gestante 154

1.1.4.1.3.1. Sujeito ativo 155

1.1.4.1.3.2. Sujeito passivo 156

1.1.4.1.4. Provocação de aborto sem o consentimento da gestante 156

1.1.4.1.4.1. Sujeito ativo 158

1.1.4.1.4.2. Sujeito passivo 158

1.1.4.1.5. Temas comuns a todas as modalidades de aborto 158

1.1.4.1.5.1. Objetividade jurídica 158

1.1.4.1.5.2. Consumação 158

1.1.4.1.5.3. Tentativa 158

1.1.4.1.5.4. Meios de execução 159

1.1.4.1.5.5. Elemento subjetivo 160

1.1.4.1.5.6. Aborto de gêmeos 160

1.1.4.1.5.7. Ação penal 161

1.1.4.1.5.8. Pena restritiva de direitos 161

1.1.4.1.5.9. Classificação doutrinária 161

1.1.4.1.6. Causas de aumento de pena 161

1.1.4.1.7. Aborto legal .....
163

1.1.4.1.7.1. Aborto necessário ou terapêutico 163

1.1.4.1.7.2. Aborto sentimental ou humanitário 163

1.1.4.1.7.3. Aborto eugenésico 165

1.1.4.1.7.4. Ação penal 165

1.1.5. Questões
..... 165

Capítulo II

1.2. Das lesões corporais
..... 172

1.2.1. Lesões corporais dolosas
..... 172

1.2.1.1. Lesões leves .....
172

1.2.1.1.1. Objetividade jurídica 172

1.2.1.1.2. Tipo objetivo 172

1.2.1.1.3. Sujeito ativo 174

1.2.1.1.4. Sujeito passivo 174

1.2.1.1.5. Meios de execução 175

1.2.1.1.6. Consumação 175

1.2.1.1.7. Tentativa 175

1.2.1.1.8. Elemento subjetivo 176

1.2.1.1.9. Classificação doutrinária 176

1.2.1.1.10. Absorção das lesões leves .....

176

1.2.1.1.11. Ação penal .....
177

1.2.1.1.12. Observações .....
177

1.2.1.2. Lesões corporais graves.....
179

1.2.1.3. Lesões corporais gravíssimas .....
185

1.2.1.4. Lesões corporais seguidas de morte .....
191

1.2.1.5. Lesão corporal privilegiada .....
192

1.2.1.6. Substituição da pena da lesão leve .....
193

1.2.1.7. Causas de aumento de pena .....
194

1.2.2. Lesão corporal culposa
..... 194

1.2.2.1. Causas de aumento de pena .....
195

1.2.2.2. Perdão judicial .....
195

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 13

11/4/2011 17:16:19

Victor eduardo rios gonçalves

1.2.3. Violência doméstica
..... 195

1.2.4. Questões
..... 199

Capítulo III

1.3. Da periclitação da vida e da saúde
..... 201

1.3.1. Perigo de contágio venéreo
..... 202

1.3.1.1. Objetividade jurídica .....
202

1.3.1.2. Tipo objetivo .....
202

1.3.1.3. Sujeito ativo .....
202

1.3.1.4. Sujeito passivo .....
203

1.3.1.5. Elemento subjetivo .....
203

1.3.1.6. Consumação .....
203

1.3.1.7. Tentativa .....
204

1.3.1.8. Classificação doutrinária .....
204

1.3.1.9. Ação penal 204

1.3.2. Perigo de contágio de moléstia grave 204

1.3.2.1. Objetividade jurídica 204

1.3.2.2. Tipo objetivo 204

1.3.2.3. Sujeito ativo 205

1.3.2.4. Sujeito passivo 205

1.3.2.5. Consumação 205

1.3.2.6. Tentativa 205

1.3.2.7. Elemento subjetivo 205

1.3.2.8. Classificação doutrinária 205

1.3.2.9. Ação penal 205

1.3.3. Perigo para a vida ou saúde de outrem 206

1.3.3.1. Objetividade jurídica 206

1.3.3.2. Tipo objetivo .....

206

1.3.3.3. Sujeito ativo 206

1.3.3.4. Sujeito passivo 206

1.3.3.5. Consumação 207

1.3.3.6. Tentativa 207

1.3.3.7. Elemento subjetivo 207

1.3.3.8. Caráter subsidiário 207

1.3.3.9. Classificação doutrinária 208

1.3.3.10. Causa de aumento de pena 209

1.3.3.11. Ação penal 209

1.3.4. Abandono de incapaz 209

1.3.4.1. Objetividade jurídica 209

1.3.4.2. Tipo objetivo 209

1.3.4.3. Sujeito ativo 210

1.3.4.4. Sujeito passivo 211

1.3.4.5. Consumação 211

1.3.4.6. Tentativa 211

1.3.4.7. Elemento subjetivo 211

1.3.4.8. Distinção 211

1.3.4.9. Classificação doutrinária 211

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 14

11/4/2011 17:16:19

1.3.4.10. Formas qualificadas 211

1.3.4.11. Causas de aumento de pena 212

1.3.4.12. Ação penal 212

1.3.5. Exposição ou abandono de recém-nascido 212

1.3.5.1. Objetividade jurídica 212

1.3.5.2. Tipo objetivo 212

1.3.5.3. Sujeito ativo 213

1.3.5.4. Sujeito passivo 214

1.3.5.5. Consumação 214

1.3.5.6. Tentativa 214

1.3.5.7. Elemento subjetivo 214

1.3.5.8. Classificação doutrinária 214

1.3.5.9. Formas qualificadas 215

1.3.5.10. Ação penal 215

1.3.6. Omissão de socorro 215

1.3.6.1. Objetividade jurídica 215

1.3.6.2. Tipo objetivo 215

1.3.6.3. Sujeito ativo 216

1.3.6.4. Sujeito passivo .....

217

1.3.6.5. Consumação .....
218

1.3.6.6. Tentativa .....
218

1.3.6.7. Elemento subjetivo .....
219

1.3.6.8. Distinção .....
219

1.3.6.9. Classificação doutrinária .....
219

1.3.6.10. Causas de aumento de pena .....
219

1.3.6.11. Ação penal .....
220

1.3.7. Maus-tratos
..... 220

1.3.7.1. Objetividade jurídica .....
220

1.3.7.2. Elemento objetivo.....
220

1.3.7.3. Sujeitos do delito .....
222

1.3.7.4. Consumação .....
223

1.3.7.5. Tentativa .....
223

1.3.7.6. Elemento subjetivo .....
223

1.3.7.7. Distinção .....
223

1.3.7.8. Classificação doutrinária .....
224

1.3.7.9. Figuras qualificadas .....
224

1.3.7.10. Causas de aumento de pena .....
225

1.3.7.11. Ação penal .....
225

Capítulo IV

1.4. Da
rixa.....
226

1.4.1.
Rixa.....
226

1.4.1.1. Objetividade jurídica .....
227

1.4.1.2. Tipo objetivo .....
227

1.4.1.3. Sujeitos do delito .....
228

1.4.1.4. Consumação .....
228

1.4.1.5. Tentativa .....
229

1.4.1.6. Elemento subjetivo .....
229

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 15

11/4/2011 17:16:19

1.4.1.7. Classificação doutrinária .....
229

1.4.1.8. Rixa qualificada .....
229

1.4.1.9. Ação penal .....
231

1.4.2. Quadros comparativos
..... 231

1.4.3. Questões
..... 231

Capítulo V

1.5. Dos crimes contra a honra
..... 233

1.5.1. Calúnia
..... 234

1.5.1.1. Objetividade jurídica .....
234

1.5.1.2. Tipo objetivo .....

234

1.5.1.3. Elemento subjetivo .....
235

1.5.1.4. Meios de execução .....
236

1.5.1.5. Formas de calúnia .....
237

1.5.1.6. Consumação .....
237

1.5.1.7. Tentativa .....
238

1.5.1.8. Sujeito ativo .....
238

1.5.1.9. Sujeito passivo .....
238

1.5.1.10. Subtipo da calúnia .....
239

1.5.1.11. Exceção da verdade .....
239

1.5.1.12. Classificação doutrinária .....
243

1.5.2.
Difamação.....
243

1.5.2.1. Objetividade jurídica .....
243

1.5.2.2. Tipo objetivo .....

243

1.5.2.3. Exceção da verdade .....
244

1.5.2.4. Diferenças entre calúnia e difamação .....
244

1.5.2.5. Elemento subjetivo .....
245

1.5.2.6. Meios de execução .....
245

1.5.2.7. Sujeito ativo .....
245

1.5.2.8. Sujeito passivo .....
246

1.5.2.9. Consumação .....
248

1.5.2.10. Tentativa .....
248

1.5.2.11. Classificação doutrinária .....
248

1.5.3. Injúria
..... 248

1.5.3.1. Objetividade jurídica .....
248

1.5.3.2. Tipo objetivo .....
248

1.5.3.3. Elemento subjetivo .....
249

1.5.3.4. Consumação .....
249

1.5.3.5. Tentativa .....
249

1.5.3.6. Meios de execução .....
250

1.5.3.7. Formas de ofender .....
250

1.5.3.8. Sujeito ativo .....
250

1.5.3.9. Sujeito passivo .....
250

1.5.3.10. Exceção da verdade .....
251

1.5.3.11. Classificação doutrinária .....
252

1.5.3.12. Concurso de crimes .....
252

1.5.3.13. Perdão judicial .....
252

1.5.3.14. Diferenças entre injúria e calúnia/difamação .....
253

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 16

11/4/2011 17:16:20

1.5.3.15. Injúria real 253

1.5.3.16. Injúria racial ou preconceituosa 254

1.5.4. Disposições comuns 255

1.5.4.1. Causas de aumento de pena 255

1.5.4.2. Excludentes de ilicitude..... 257

1.5.4.3. Retratação 259

1.5.4.4. Pedido de explicações em juízo..... 260

1.5.4.5. Ação penal 261

1.5.5. Questões 262

Capítulo VI

1.6. Dos crimes contra a liberdade individual 265

SEÇÃO I

..... 266

1.6.1. Dos crimes contra a liberdade pessoal 266

1.6.1.1. Constrangimento ilegal.....

266

1.6.1.1.1. Objetividade jurídica 266

1.6.1.1.2. Tipo objetivo e meios de execução 266

1.6.1.1.3. Sujeito ativo 268

1.6.1.1.4. Sujeito passivo 268

1.6.1.1.5. Caráter subsidiário e distinção 269

1.6.1.1.6. Elemento subjetivo 271

1.6.1.1.7. Consumação 271

1.6.1.1.8. Tentativa 272

1.6.1.1.9. Classificação doutrinária 272

1.6.1.1.10. Causas de aumento de pena .....
272

1.6.1.1.11. Autonomia do crime de lesões corporais .....
273

1.6.1.1.12. Excludentes de tipicidade .....
274

1.6.1.1.13. Ação penal .....
274

1.6.1.2. Ameaça .....
275

1.6.1.2.1. Objetividade jurídica 275

1.6.1.2.2. Tipo objetivo 275

1.6.1.2.3. Sujeito ativo 277

1.6.1.2.4. Sujeito passivo 277

1.6.1.2.5. Elemento subjetivo 278

1.6.1.2.6. Consumação 279

1.6.1.2.7. Tentativa 279

1.6.1.2.8. Classificação doutrinária 280

1.6.1.2.9. Ação penal .....
280

1.6.1.3. Sequestro ou cárcere privado .....
280

1.6.1.3.1. Objetividade jurídica 281

1.6.1.3.2. Tipo objetivo 281

1.6.1.3.3. Elemento subjetivo 281

1.6.1.3.4. Sujeito ativo 282

1.6.1.3.5. Sujeito passivo 282

1.6.1.3.6. Consumação 282

1.6.1.3.7. Tentativa 282

1.6.1.3.8. Classificação doutrinária 283

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 17

11/4/2011 17:16:20

1.6.1.3.9. Ação penal .....

283

1.6.1.3.10. Figuras qualificadas 283

1.6.1.4. Redução a condição análoga à de escravo 285

1.6.1.4.1. Objetividade jurídica 285

1.6.1.4.2. Tipo objetivo 285

1.6.1.4.3. Sujeito ativo 286

1.6.1.4.4. Sujeito passivo 286

1.6.1.4.5. Elemento subjetivo 286

1.6.1.4.6. Consumação 286

1.6.1.4.7. Tentativa 287

1.6.1.4.8. Classificação doutrinária 287

1.6.1.4.9. Ação penal 287

SEÇÃO II

..... 287

1.6.2. Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio 287

1.6.2.1. Violação de domicílio 287

1.6.2.1.1. Objetividade jurídica 287

1.6.2.1.2. Tipo objetivo 287

1.6.2.1.3. Sujeito ativo 290

1.6.2.1.4. Sujeito passivo 290

1.6.2.1.5. Elemento subjetivo 290

1.6.2.1.6. Consumação 291

1.6.2.1.7. Tentativa 291

1.6.2.1.8. Figuras qualificadas .....
291

1.6.2.1.9. Causas de aumento de pena 292

1.6.2.1.10. Excludentes de ilicitude .....
293

1.6.2.1.11. Classificação doutrinária .....
294

SEÇÃO III

.....
294

1.6.3. Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência
..... 294

1.6.3.1. Violação de correspondência .....
294

1.6.3.1.1. Objetividade jurídica 294

1.6.3.1.2. Tipo objetivo 294

1.6.3.1.3. Sujeito ativo 296

1.6.3.1.4. Sujeito passivo 296

1.6.3.1.5. Elemento subjetivo 296

1.6.3.1.6. Consumação 296

1.6.3.1.7. Tentativa 296

1.6.3.1.8. Causa de aumento de pena 296

1.6.3.1.9. Classificação doutrinária 296

1.6.3.1.10. Ação penal 297

1.6.3.2. Sonegação ou destruição de correspondência 297

1.6.3.2.1. Objetividade jurídica 297

1.6.3.2.2. Tipo objetivo 297

1.6.3.2.3. Sujeito ativo 297

1.6.3.2.4. Sujeito passivo 297

1.6.3.2.5. Elemento subjetivo 297

1.6.3.2.6. Consumação 298

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 18

11/4/2011 17:16:20

1.6.3.2.7. Tentativa 298

1.6.3.2.8. Causa de aumento de pena 298

1.6.3.2.9. Classificação doutrinária 298

1.6.3.2.10. Ação penal .....

298

1.6.3.3. Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica 298

1.6.3.3.1. Objetividade jurídica 298

1.6.3.3.2. Sujeito ativo 298

1.6.3.3.3. Sujeito passivo 298

1.6.3.3.4. Tipo objetivo 299

1.6.3.3.5. Consumação 299

1.6.3.3.6. Tentativa 299

1.6.3.3.7. Ação penal e pena 299

1.6.3.4. Impedimento de comunicação ou conversação 299

1.6.3.5. Correspondência comercial 300

1.6.3.5.1. Objetividade jurídica 300

1.6.3.5.2. Tipo objetivo 300

1.6.3.5.3. Sujeito ativo 301

1.6.3.5.4. Sujeito passivo 301

1.6.3.5.5. Elemento subjetivo 301

1.6.3.5.6. Consumação 301

1.6.3.5.7. Tentativa 301

1.6.3.5.8. Classificação doutrinária 301

1.6.3.5.9. Ação penal 301

SEÇÃO IV

..... 301

1.6.4. Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos 301

1.6.4.1. Divulgação de segredo 301

1.6.4.1.1. Objetividade jurídica 302

1.6.4.1.2. Tipo objetivo 302

1.6.4.1.3. Sujeito ativo 302

1.6.4.1.4. Sujeito passivo 302

1.6.4.1.5. Consumação 303

1.6.4.1.6. Tentativa 303

1.6.4.1.7. Elemento subjetivo 303

1.6.4.1.8. Classificação doutrinária 303

1.6.4.1.9. Forma qualificada 303

1.6.4.1.10. Ação penal 303

1.6.4.2. Violação de segredo profissional 304

1.6.4.2.1. Objetividade jurídica 304

1.6.4.2.2. Tipo objetivo 304

1.6.4.2.3. Sujeito ativo 304

1.6.4.2.4. Sujeito passivo 305

1.6.4.2.5. Consumação 305

1.6.4.2.6. Tentativa 305

1.6.4.2.7. Elemento subjetivo 305

1.6.4.2.8. Classificação doutrinária 305

1.6.4.2.9. Ação penal .....
305

1.6.5. Questões
..... 306

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 19

11/4/2011 17:16:20

TÍTULO II

2. DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO
..... 307

Capítulo I

2.1. Do furto
.....
309

2.1.1. Furto simples
..... 309

2.1.1.1. Objetividade jurídica .....

309

2.1.1.2. Tipo objetivo 309

2.1.1.3. Subtração 309

2.1.1.4. Coisa móvel 311

2.1.1.5. Coisa alheia 314

2.1.1.6. Fim de assenhoreamento definitivo (elemento subjetivo) 317

2.1.1.7. Sujeito ativo 319

2.1.1.8. Sujeito passivo 320

2.1.1.9. Consumação 320

2.1.1.10. Tentativa 322

2.1.1.11. Absorção 325

2.1.1.12. Furto famélico 326

2.1.1.13. Classificação doutrinária 326

2.1.1.14. Pena e ação penal 326

2.1.2. Furto noturno
..... 326

2.1.3. Furto privilegiado
..... 328

2.1.4. Princípio da insignificância
..... 331

2.1.5. Furto qualificado
..... 333

2.1.5.1. Rompimento ou destruição de obstáculo.....
333

2.1.5.2. Abuso de confiança .....
335

2.1.5.3. Emprego de fraude .....
337

2.1.5.4. Escalada .....
339

2.1.5.5. Destreza .....
340

2.1.5.6. Emprego de chave falsa .....
342

2.1.5.7. Concurso de agentes .....
343

2.1.5.8. Transporte de veículo para outro estado ou país .....
346

2.1.6. Furto de coisa comum
..... 347

2.1.7. Questões

..... 348

Capítulo II

2.2. Do roubo e da extorsão
..... 350

2.2.1. Do roubo
..... 350

2.2.1.1. Roubo próprio.....
350

2.2.1.1.1. Objetividade jurídica 350

2.2.1.1.2. Tipo objetivo 350

2.2.1.1.3. Sujeito ativo 353

2.2.1.1.4. Sujeito passivo 353

2.2.1.1.5. Concurso de crimes 354

2.2.1.1.6. Consumação 355

2.2.1.1.7. Tentativa 355

2.2.1.1.8. Roubo de uso 355

2.2.1.1.9. Roubo privilegiado 356

2.2.1.1.10. Roubo e princípio da insignificância .....
356

2.2.1.1.11. Classificação doutrinária 356

2.2.1.1.12. Ação penal 356

2.2.1.2. Roubo impróprio 357

2.2.1.2.1. Distinção 357

2.2.1.2.2. Tipo objetivo 358

2.2.1.2.3. Consumação 359

2.2.1.2.4. Tentativa 359

2.2.1.3. Causas de aumento de pena 361

2.2.1.3.1. Emprego de arma 361

2.2.1.3.2. Concurso de agentes 365

2.2.1.3.3. Vítima em serviço de transporte de valores 365

2.2.1.3.4. Transporte de veículo roubado para outro estado ou país 366

2.2.1.3.5. Restrição da liberdade da vítima 366

2.2.1.4. Roubo qualificado..... 367

2.2.1.4.1. Lesão grave 367

2.2.1.4.2. Morte (latrocínio) 367

2.2.2. Extorsão 374

2.2.2.1. Extorsão simples..... 374

2.2.2.1.1. Objetividade jurídica 374

2.2.2.1.2. Tipo objetivo 374

2.2.2.1.3. Elemento subjetivo e normativo 374

2.2.2.1.4. Sujeito ativo 375

2.2.2.1.5. Sujeito passivo 375

2.2.2.1.6. Consumação 375

2.2.2.1.7. Tentativa 375

2.2.2.1.8. Distinção 376

2.2.2.1.9. Classificação doutrinária 377

2.2.2.1.10. Ação penal 377

2.2.2.2. Causas de aumento de pena 377

2.2.2.3. Extorsão qualificada pela lesão grave ou morte 378

2.2.2.4. Extorsão qualificada pela restrição da liberdade (sequestro relâmpago) .. 378

2.2.3. Extorsão mediante sequestro 380

2.2.3.1. Modalidade simples 380

2.2.3.1.1. Objetividade jurídica 380

2.2.3.1.2. Natureza hedionda 380

2.2.3.1.3. Tipo objetivo 380

2.2.3.1.4. Elemento subjetivo 381

2.2.3.1.5. Sujeito ativo 381

2.2.3.1.6. Sujeito passivo 381

2.2.3.1.7. Consumação 382

2.2.3.1.8. Tentativa 382

2.2.3.1.9. Competência 383

2.2.3.1.10. Classificação doutrinária 383

2.2.3.1.11. Ação penal 383

2.2.3.2. Figuras qualificadas 383

2.2.3.3. Qualificadoras decorrentes da lesão grave ou morte 384

2.2.3.4. Delação eficaz..... 385

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 21

11/4/2011 17:16:20

2.2.4. Extorsão indireta
..... 385

2.2.4.1. Objetividade jurídica .....
386

2.2.4.2. Tipo objetivo .....
386

2.2.4.3. Sujeito ativo .....
387

2.2.4.4. Sujeito passivo .....
387

2.2.4.5. Consumação e tentativa .....
387

2.2.4.6. Ação penal .....
387

2.2.5. Questões
..... 388

Capítulo III

2.3. Da usurpação
..... 391

2.3.1. Alteração de limites
..... 391

2.3.1.1. Objetividade jurídica .....
391

2.3.1.2. Tipo objetivo .....
391

2.3.1.3. Elemento subjetivo .....
391

2.3.1.4. Sujeito ativo 391

2.3.1.5. Sujeito passivo 392

2.3.1.6. Consumação 392

2.3.1.7. Tentativa 392

2.3.1.8. Ação penal 392

2.3.2. Usurpação de águas 392

2.3.2.1. Objetividade jurídica 392

2.3.2.2. Tipo objetivo 392

2.3.2.3. Sujeito ativo 392

2.3.2.4. Sujeito passivo 393

2.3.2.5. Consumação 393

2.3.2.6. Tentativa 393

2.3.2.7. Ação penal 393

2.3.3. Esbulho

possessório..... 393

2.3.3.1. Objetividade jurídica 393

2.3.3.2. Tipo objetivo 393

2.3.3.3. Elemento subjetivo 394

2.3.3.4. Sujeito ativo 394

2.3.3.5. Sujeito passivo 394

2.3.3.6. Consumação 394

2.3.3.7. Tentativa 394

2.3.3.8. Distinção 395

2.3.3.9. Concurso 395

2.3.3.10. Ação penal 395

2.3.4. Supressão ou alteração de marca em animais 395

2.3.4.1. Objetividade jurídica 395

2.3.4.2. Tipo objetivo 396

2.3.4.3. Sujeito ativo 396

2.3.4.4. Sujeito passivo 396

2.3.4.5. Consumação 396

2.3.4.6. Tentativa 396

2.3.4.7. Ação penal 396

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 22

11/4/2011 17:16:20

Capítulo IV

2.4. Do dano 397

2.4.1. Dano simples 397

2.4.1.1. Objetividade jurídica 397

2.4.1.2. Tipo objetivo 397

2.4.1.3. Elemento subjetivo 398

2.4.1.4. Sujeito ativo 399

2.4.1.5. Sujeito passivo 399

2.4.1.6. Consumação 399

2.4.1.7. Tentativa 400

2.4.1.8. Princípio da insignificância 400

2.4.1.9. Reparação do prejuízo 400

2.4.1.10. Distinção 400

2.4.1.11. Classificação doutrinária 400

2.4.1.12. Dano qualificado..... 400

2.4.1.12.1. Emprego de violência ou grave ameaça 401

2.4.1.12.2. Emprego de substância explosiva ou inflamável 401

2.4.1.12.3. Dano em patrimônio público e outros entes 402

2.4.1.12.4. Motivo egoístico ou prejuízo considerável à vítima 403

2.4.1.13. Ação penal .....

404

2.4.2. Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia 405

2.4.2.1. Objetividade jurídica 405

2.4.2.2. Tipo objetivo 405

2.4.2.3. Sujeito ativo 405

2.4.2.4. Sujeito passivo 406

2.4.2.5. Elemento subjetivo 406

2.4.2.6. Consumação 406

2.4.2.7. Tentativa 406

2.4.2.8. Reparação do prejuízo 407

2.4.2.9. Ação penal 407

2.4.3. Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico 407

2.4.4. Alteração de local especialmente protegido 407

Capítulo V

2.5. Da apropriação indébita
..... 408

2.5.1. Apropriação indébita
..... 408

2.5.1.1. Objetividade jurídica .....
408

2.5.1.2. Tipo objetivo .....
408

2.5.1.3. Sujeito ativo .....
411

2.5.1.4. Sujeito passivo .....
411

2.5.1.5. Consumação e tentativa .....
412

2.5.1.6. Elemento subjetivo .....
412

2.5.1.7. Objeto material .....
412

2.5.1.8. Questões relevantes .....
412

2.5.1.9. Causas de aumento de pena .....
414

2.5.1.10. Classificação doutrinária .....
416

2.5.1.11. Suspensão condicional do processo .....
416

2.5.1.12. Ação penal .....

416

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 23

11/4/2011 17:16:21

24 direito penal esquematizado — parte especial

Victor eduardo rios gonçalves

2.5.2. Apropriação indébita previdenciária
..... 416

2.5.3. Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza
..... 418

2.5.3.1. Objetividade jurídica .....
418

2.5.3.2. Tipo objetivo .....
418

2.5.3.2.1. Apropriação de coisa havida por erro 419

2.5.3.2.1.1. Sujeito ativo, passivo, consumação e tentativa 420

2.5.3.2.2. Apropriação de coisa havida por caso fortuito ou força da natureza ..
420

2.5.4. Apropriação de tesouro
..... 421

2.5.5. Apropriação de coisa achada
..... 421

2.5.5.1. Ação penal .....
423

2.5.6. Apropriação privilegiada
..... 423

2.5.7. Questões
..... 424

Capítulo VI

2.6. Do estelionato e outras fraudes
..... 425

2.6.1. Estelionato
..... 425

2.6.1.1. Objetividade jurídica .....
425

2.6.1.2. Tipo objetivo .....
425

2.6.1.3. Consumação .....
426

2.6.1.4. Tentativa .....
427

2.6.1.5. Crime impossível .....
427

2.6.1.6. Sujeito ativo .....
428

2.6.1.7. Sujeito passivo .....
428

2.6.1.8. Quadro comparativo .....
429

2.6.1.9. Distinções .....
429

2.6.1.10. Estelionato e falsificação de documento .....
430

2.6.1.11. Torpeza bilateral 431

2.6.1.12. Classificação doutrinária 433

2.6.1.13. Ação penal 433

2.6.1.14. Forma privilegiada 433

2.6.2. Figuras assemelhadas 433

2.6.2.1. Disposição de coisa alheia como própria 434

2.6.2.2. Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria 435

2.6.2.3. Defraudação do penhor 436

2.6.2.4. Fraude na entrega de coisa 437

2.6.2.5. Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro 437

2.6.2.6. Fraude no pagamento por meio de cheque 438

2.6.2.6.1. Tipo objetivo 438

2.6.2.6.2. Distinção 441

2.6.2.6.3. Sujeito ativo 441

2.6.2.6.4. Sujeito passivo 441

2.6.2.6.5. Consumação 441

2.6.2.6.6. Tentativa 442

2.6.2.6.7. Ressarcimento do valor do cheque .....
442

2.6.3. Causas de aumento de pena
..... 443

2.6.4. Duplicata simulada
..... 443

2.6.5. Falsidade no livro de registro de duplicatas
..... 444

2.6.6. Abuso de incapazes
..... 445

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 24

11/4/2011 17:16:21

2.6.7. Induzimento à especulação
..... 446

2.6.8. Fraude no comércio
..... 447

2.6.9. Outras fraudes
..... 448

2.6.10. Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações
..... 449

2.6.11. Emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*
..... 451

2.6.12. Fraude à execução
..... 452

2.6.13. Questões
..... 452

Capítulo VII

2.7. Da receptação
..... 454

2.7.1. Receptação dolosa
..... 454

2.7.1.1. Receptação própria .....
454

2.7.1.1.1. Objetividade jurídica 455

2.7.1.1.2. Tipo objetivo 455

2.7.1.1.3. Objeto material 457

2.7.1.1.4. Sujeito ativo 458

2.7.1.1.5. Sujeito passivo 459

2.7.1.1.6. Consumação 459

2.7.1.1.7. Tentativa 459

2.7.1.1.8. Elemento subjetivo 460

2.7.1.1.9. Normal penal explicativa 461

2.7.1.2. Receptação imprópria .....
462

2.7.1.3. Classificação doutrinária .....
463

2.7.1.4. Causa de aumento de pena 463

2.7.1.5. Receptação qualificada 464

2.7.1.6. Receptação privilegiada 466

2.7.2. Receptação culposa 466

2.7.2.1. Tipo objetivo 467

2.7.2.2. Perdão judicial 468

2.7.3. Ação penal 468

2.7.4. Questões 469

2.7.5. Classificação dos crimes contra o patrimônio em relação à necessidade de efetiva lesão patrimonial 470

Capítulo VIII

2.8. Disposições gerais..... 471

2.8.1. Imunidades absolutas..... 471

2.8.2. Imunidades relativas 472

2.8.3. Exceções

..... 473

2.8.4. Questões
..... 473

TÍTULO III

**3. DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL
..... 475**

Capítulo I

3.1. Dos crimes contra a propriedade intelectual
..... 477

3.1.1. Violação de direito autoral
..... 477

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 25

11/4/2011 17:16:21

26 direito penal esquematizado — parte especial

Victor eduardo rios gonçalves

3.1.1.1. Objetividade jurídica .....
478

3.1.1.2. Tipo objetivo .....
478

3.1.1.3. Exclusão do crime .....
480

3.1.1.4. Sujeito ativo .....
480

3.1.1.5. Sujeito passivo .....
480

3.1.1.6. Consumação 480

3.1.1.7. Tentativa 481

3.1.1.8. Ação penal 481

TÍTULO IV

4. DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO 483

4.1. Atentado contra a liberdade de trabalho 483

4.1.1. Objetividade jurídica 483

4.1.2. Tipo objetivo 483

4.1.3. Sujeito ativo 484

4.1.4. Sujeito passivo 484

4.1.5. Consumação 484

4.1.6. Tentativa 484

4.1.7. Concurso 484

4.1.8. Ação penal 484

4.2. Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho ou boicotagem violenta 485

4.2.1. Objetividade jurídica e tipo objetivo 485

4.2.2. Sujeito ativo 485

4.2.3. Sujeito passivo 485

4.2.4. Consumação 485

4.2.5. Tentativa 485

4.2.6. Concurso 486

4.2.7. Ação penal 486

4.3. Atentado contra a liberdade de locomoção 486

4.3.1. Objetividade jurídica 486

4.3.2. Tipo objetivo 486

4.3.3. Sujeito ativo 486

4.3.4. Sujeito passivo 486

4.3.5. Consumação

..... 486

4.3.6. Tentativa
..... 487

4.3.7. Concurso
..... 487

4.3.8. Ação penal
..... 487

4.4. Paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem
..... 487

4.4.1. Objetividade jurídica
..... 487

4.4.2. Tipo objetivo
..... 487

4.4.3. Sujeito ativo
..... 488

4.4.4. Sujeito passivo
..... 488

4.4.5. Consumação
..... 488

4.4.6. Tentativa
..... 488

4.4.7. Concurso
..... 488

4.4.8. Ação penal
..... 488

4.5. Paralisação de trabalho de interesse público
..... 488

4.6. Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem 489

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 26

11/4/2011 17:16:21

4.6.1. Objetividade jurídica 489

4.6.2. Tipo objetivo 489

4.6.3. Elemento subjetivo 489

4.6.4. Consumação 489

4.6.5. Sujeito ativo 489

4.6.6. Sujeito passivo 490

4.6.7. Ação penal 490

4.7. Frustração de direito assegurado por lei trabalhista 490

4.7.1. Objetividade jurídica 490

4.7.2. Tipo objetivo 490

4.7.3. Sujeito ativo
..... 490

4.7.4. Sujeito passivo
..... 491

4.7.5. Consumação
..... 491

4.7.6. Tentativa
..... 491

4.7.7. Figuras equiparadas
..... 491

4.7.8. Causas de aumento de pena
..... 491

4.7.9. Concurso de crimes
..... 491

4.7.10. Ação penal
..... 491

4.8. Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho
..... 492

4.8.1. Objetividade jurídica
..... 492

4.8.2. Tipo objetivo
..... 492

4.8.3. Sujeito ativo
..... 492

4.8.4. Sujeito passivo
..... 492

4.8.5. Consumação

..... 493

4.8.6. Tentativa
..... 493

4.8.7. Concurso de crimes
..... 493

4.8.8. Ação penal
..... 493

4.9. Exercício de atividade com infração de decisão administrativa
..... 493

4.9.1. Objetividade jurídica
..... 493

4.9.2. Tipo objetivo
..... 493

4.9.3. Sujeito ativo
..... 494

4.9.4. Sujeito passivo
..... 494

4.9.5. Consumação
..... 494

4.9.6. Tentativa
..... 494

4.9.7. Ação penal
..... 494

4.10. Aliciamento para o fim de emigração
..... 494

4.10.1. Objetividade jurídica
..... 494

4.10.2. Tipo objetivo
..... 494

4.10.3. Sujeito ativo
..... 495

4.10.4. Sujeito passivo
..... 495

4.10.5. Consumação
..... 495

4.10.6. Tentativa
..... 495

4.10.7. Ação penal
..... 495

4.11. Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional
..... 495

4.11.1. Objetividade jurídica
..... 495

4.11.2. Tipo objetivo
..... 495

4.11.3. Sujeito ativo
..... 496

4.11.4. Sujeito passivo
..... 496

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 27

11/4/2011 17:16:21

4.11.5. Consumação
..... 496

4.11.6. Tentativa
..... 496

4.11.7. Causas de aumento de pena
..... 496

4.11.8. Ação penal
..... 496

4.11.9. Figuras equiparadas
..... 496

4.12. Questão
.....
497

TÍTULO V

5. DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS
..... 499

Capítulo I

5.1. Dos crimes contra o sentimento religioso
..... 501

5.1.1. Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo
..... 501

5.1.1.1. Ultraje público por motivo religioso .....
501

5.1.1.1.1. Sujeito ativo 501

5.1.1.1.2. Sujeito passivo 502

5.1.1.1.3. Consumação 502

5.1.1.1.4. Tentativa 502

5.1.1.2. Impedimento ou perturbação de cerimônia ou culto 502

5.1.1.2.1. Sujeito ativo 502

5.1.1.2.2. Sujeito passivo 502

5.1.1.2.3. Consumação 502

5.1.1.2.4. Tentativa 502

5.1.1.3. Vilipêndio público de ato ou objeto de culto religioso 502

5.1.1.3.1. Sujeito ativo 502

5.1.1.3.2. Sujeito passivo 503

5.1.1.3.3. Consumação 503

5.1.1.3.4. Tentativa 503

5.1.1.4. Causa de aumento de pena e concurso de crimes 503

5.1.1.5. Ação penal 503

Capítulo II

5.2. Dos crimes contra o respeito aos mortos 504

5.2.1. Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária 504

5.2.1.1. Objetividade jurídica .....

504

5.2.1.2. Tipo objetivo .....
504

5.2.1.3. Sujeito ativo .....
504

5.2.1.4. Sujeito passivo .....
504

5.2.1.5. Consumação .....
504

5.2.1.6. Tentativa .....
505

5.2.1.7. Elemento subjetivo .....
505

5.2.1.8. Causa de aumento de pena e concurso de crimes .....
505

5.2.1.9. Ação penal .....
505

5.2.2. Violação de sepultura
..... 505

5.2.2.1. Objetividade jurídica .....
505

5.2.2.2. Tipo objetivo .....
505

29

5.2.2.3. Sujeito ativo 506

5.2.2.4. Sujeito passivo 506

5.2.2.5. Consumação 507

5.2.2.6. Tentativa 507

5.2.2.7. Elemento subjetivo 507

5.2.2.8. Ação penal 507

5.2.3. Destruição, subtração ou ocultação de cadáver 507

5.2.3.1. Objetividade jurídica 507

5.2.3.2. Tipo objetivo 507

5.2.3.3. Sujeito ativo 509

5.2.3.4. Sujeito passivo 509

5.2.3.5. Consumação 509

5.2.3.6. Tentativa 509

5.2.3.7. Ação penal 509

5.2.4. Vilipêndio a cadáver 509

5.2.4.1. Objetividade jurídica 510

5.2.4.2. Tipo objetivo 510

5.2.4.3. Sujeito ativo 511

5.2.4.4. Sujeito passivo 511

5.2.4.5. Consumação 511

5.2.4.6. Tentativa 511

5.2.4.7. Ação penal 511

5.2.5. Quadros..... 511

TÍTULO VI

6. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL..... 513

Capítulo I

6.1. Dos crimes contra a liberdade sexual 515

6.1.1. Estupro
..... 515

6.1.1.1. Objetividade jurídica .....
515

6.1.1.2. Tipo objetivo .....
515

6.1.1.3. Meios de execução .....
517

6.1.1.4. Sujeito ativo .....
517

6.1.1.5. Sujeito passivo .....
518

6.1.1.6. Consumação .....
518

6.1.1.7. Tentativa .....
519

6.1.1.8. Elemento subjetivo .....
519

6.1.1.9. Concurso .....
519

6.1.1.10. Classificação doutrinária .....
521

6.1.1.11. Crime qualificado pela provocação de lesão grave ou em razão da idade da vítima..... 521

6.1.1.12. Crime qualificado pela morte .....
522

6.1.1.13. Natureza hedionda .....

523

6.1.1.14. Causas de aumento de pena .....
523

6.1.1.15. Quadro das causas de aumento de pena .....
525

6.1.1.16. Ação penal .....
526

6.1.1.17. Segredo de justiça .....
528

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 29

11/4/2011 17:16:21

6.1.1.18. Casamento do estuprador com a vítima .....
528

6.1.1.19. Casamento da vítima com terceira pessoa .....
528

6.1.1.20. A revogação expressa do art. 214 do Código Penal .....
529

6.1.2. Violação sexual mediante fraude
..... 529

6.1.2.1. Objetividade jurídica .....
529

6.1.2.2. Tipo objetivo .....
529

6.1.2.3. Sujeito ativo .....

531

6.1.2.4. Sujeito passivo 531

6.1.2.5. Consumação 532

6.1.2.6. Tentativa 532

6.1.2.7. Causas de aumento de pena 532

6.1.2.8. Incidência cumulativa da pena de multa 532

6.1.2.9. Classificação doutrinária 532

6.1.2.10. Ação penal 532

6.1.2.11. Segredo de justiça 533

6.1.3. Assédio sexual 533

6.1.3.1. Objetividade jurídica 533

6.1.3.2. Tipo objetivo 533

6.1.3.3. Sujeito ativo 534

6.1.3.4. Sujeito passivo 534

6.1.3.5. Consumação 534

6.1.3.6. Tentativa 535

6.1.3.7. Causas de aumento de pena 535

6.1.3.8. Classificação doutrinária 535

6.1.3.9. Ação penal 535

Capítulo II

6.2. Dos crimes sexuais contra vulnerável 536

6.2.1. Estupro de vulnerável 536

6.2.1.1. Objetividade jurídica 536

6.2.1.2. Tipo objetivo 536

6.2.1.3. Sujeito ativo 538

6.2.1.4. Sujeito passivo 538

6.2.1.5. Consumação 538

6.2.1.6. Tentativa 539

6.2.1.7. Formas qualificadas 539

6.2.1.8. Causas de aumento de pena 539

6.2.1.9. Classificação doutrinária 539

6.2.1.10. Ação penal 539

6.2.1.11. Segredo de justiça 539

6.2.2. Mediação para satisfazer a lascívia de outrem com pessoa vulnerável menor de 14 anos 540

6.2.2.1. Objetividade jurídica 540

6.2.2.2. Tipo objetivo 540

6.2.2.3. Sujeito ativo 540

6.2.2.4. Sujeito passivo 540

6.2.2.5. Consumação 540

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 30

11/4/2011 17:16:22

31

6.2.2.6. Tentativa 540

6.2.2.7. Ação penal 540

6.2.2.8. Segredo de justiça 541

6.2.3. Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente 541

6.2.3.1. Objetividade jurídica 541

6.2.3.2. Tipo objetivo 541

6.2.3.3. Sujeito ativo 541

6.2.3.4. Sujeito passivo 541

6.2.3.5. Consumação 541

6.2.3.6. Tentativa 541

6.2.3.7. Ação penal 542

6.2.3.8. Segredo de justiça 542

6.2.4. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual do vulnerável 542

6.2.4.1. Objetividade jurídica 542

6.2.4.2. Tipo objetivo 542

6.2.4.3. Sujeito ativo 543

6.2.4.4. Sujeito passivo 543

6.2.4.5. Consumação 543

6.2.4.6. Tentativa 543

6.2.4.7. Intenção de lucro 543

6.2.4.8. Figuras equiparadas 544

6.2.4.9. Ação penal 544

6.2.4.10. Segredo de justiça 545

6.2.4.11. Crimes sexuais contra vulnerável menor de 14 anos 545

6.2.5. Dispositivos revogados 545

Capítulo V

6.3. Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual

..... 546

6.3.1. Mediação para satisfazer a lascívia de outrem
..... 546

6.3.1.1. Objetividade jurídica .....
546

6.3.1.2. Tipo objetivo .....
546

6.3.1.3. Sujeito ativo .....
546

6.3.1.4. Sujeito passivo .....
546

6.3.1.5. Consumação .....
547

6.3.1.6. Tentativa .....
547

6.3.1.7. Figuras qualificadas .....
547

6.3.1.8. Intenção de lucro .....
547

6.3.1.9. Ação penal .....
548

6.3.1.10. Segredo de justiça .....
548

6.3.1.11. Modalidades de mediação para satisfazer a lascívia de outrem .....
548

6.3.2. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual
..... 548

6.3.2.1. Objetividade jurídica 548

6.3.2.2. Tipo objetivo 549

6.3.2.3. Sujeito ativo 549

6.3.2.4. Sujeito passivo 550

6.3.2.5. Consumação 550

6.3.2.6. Tentativa 550

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 31

11/4/2011 17:16:22

6.3.2.7. Figuras qualificadas 550

6.3.2.8. Intenção de lucro 551

6.3.2.9. Ação penal 551

6.3.2.10. Segredo de justiça 551

6.3.3. Casa de prostituição 551

6.3.3.1. Objetividade jurídica 551

6.3.3.2. Tipo objetivo 551

6.3.3.3. Sujeito ativo 552

6.3.3.4. Sujeito passivo 552

6.3.3.5. Consumação 553

6.3.3.6. Tentativa 553

6.3.3.7. Ação penal 553

6.3.3.8. Segredo de justiça 553

6.3.4. Rufianismo 553

6.3.4.1. Objetividade jurídica 553

6.3.4.2. Tipo objetivo 553

6.3.4.3. Sujeito ativo 554

6.3.4.4. Sujeito passivo 554

6.3.4.5. Consumação .....

554

6.3.4.6. Tentativa 554

6.3.4.7. Figuras qualificadas 554

6.3.4.8. Ação penal 554

6.3.4.9. Segredo de justiça 554

6.3.5. Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual 555

6.3.5.1. Objetividade jurídica 555

6.3.5.2. Tipo objetivo 555

6.3.5.3. Sujeito ativo 555

6.3.5.4. Sujeito passivo 555

6.3.5.5. Consumação 555

6.3.5.6. Tentativa 556

6.3.5.7. Causas de aumento de pena 556

6.3.5.8. Ação penal 556

6.3.5.9. Segredo de justiça 556

6.3.6. Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual 556

6.3.6.1. Objetividade jurídica 556

6.3.6.2. Tipo objetivo 556

6.3.6.3. Sujeito ativo 557

6.3.6.4. Sujeito passivo 557

6.3.6.5. Consumação 557

6.3.6.6. Tentativa 557

6.3.6.7. Causas de aumento 557

6.3.6.8. Ação penal 557

6.3.6.9. Segredo de justiça 557

6.3.7. Quadro complementar 558

Capítulo VI

6.4. Do ultraje público ao pudor 559

6.4.1. Ato obsceno
..... 559

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 32

11/4/2011 17:16:22

6.4.1.1. Objetividade jurídica .....
559

6.4.1.2. Tipo objetivo .....
559

6.4.1.3. Sujeito ativo .....
560

6.4.1.4. Sujeito passivo .....
560

6.4.1.5. Elemento subjetivo .....
560

6.4.1.6. Consumação .....
560

6.4.1.7. Tentativa .....
560

6.4.1.8. Ação penal .....
561

6.4.2. Escrito ou objeto obsceno
..... 561

6.4.2.1. Objetividade jurídica .....
561

6.4.2.2. Tipo objetivo .....
561

6.4.2.3. Sujeito ativo .....
562

6.4.2.4. Sujeito passivo .....
562

6.4.2.5. Consumação .....
562

6.4.2.6. Tentativa .....
562

6.4.2.7. Ação penal .....
562

6.5. Questões
.....
562

TÍTULO VII

7. DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA
..... 565

Capítulo I

7.1. Dos crimes contra o casamento
..... 567

7.1.1.
Bigamia.....
567

7.1.1.1. Objetividade jurídica .....
567

7.1.1.2. Tipo objetivo e sujeito ativo .....

567

7.1.1.3. Sujeito passivo 568

7.1.1.4. Consumação 568

7.1.1.5. Tentativa 568

7.1.1.6. Prazo prescricional 569

7.1.1.7. Ação penal 569

7.1.2. Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento 569

7.1.2.1. Objetividade jurídica 569

7.1.2.2. Tipo objetivo 569

7.1.2.3. Sujeito ativo 569

7.1.2.4. Sujeito passivo 570

7.1.2.5. Consumação 570

7.1.2.6. Tentativa 570

7.1.2.7. Prescrição 570

7.1.2.8. Ação penal 570

7.1.3. Conhecimento prévio de impedimento 570

7.1.3.1. Objetividade jurídica 570

7.1.3.2. Tipo objetivo 570

7.1.3.3. Elemento subjetivo 571

7.1.3.4. Sujeito ativo 571

7.1.3.5. Sujeito passivo 571

7.1.3.6. Consumação 571

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 33

11/4/2011 17:16:22

7.1.3.7. Tentativa 571

7.1.3.8. Ação penal 571

7.1.4. Simulação de autoridade para celebração de casamento 571

7.1.4.1. Objetividade jurídica 571

7.1.4.2. Tipo objetivo 572

7.1.4.3. Sujeito ativo 572

7.1.4.4. Sujeito passivo 572

7.1.4.5. Consumação 572

7.1.4.6. Tentativa 572

7.1.4.7. Ação penal 572

7.1.5. Simulação de casamento 572

7.1.5.1. Objetividade jurídica 573

7.1.5.2. Tipo objetivo 573

7.1.5.3. Sujeito ativo 573

7.1.5.4. Sujeito passivo 573

7.1.5.5. Consumação 573

7.1.5.6. Tentativa .....

573

7.1.5.7. Ação penal 573

7.1.6. Adultério 574

Capítulo II

7.2. Dos crimes contra o estado de filiação 575

7.2.1. Registro de nascimento inexistente 575

7.2.1.1. Objetividade jurídica 575

7.2.1.2. Tipo objetivo 575

7.2.1.3. Sujeito ativo 575

7.2.1.4. Sujeito passivo 575

7.2.1.5. Consumação 575

7.2.1.6. Tentativa 576

7.2.1.7. Prescrição 576

7.2.1.8. Ação penal 576

7.2.2. Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido 576

7.2.2.1. Objetividade jurídica 576

7.2.2.2. Tipo objetivo 576

7.2.2.2.1. Dar parto alheio como próprio 576

7.2.2.2.2. Registrar como seu o filho de outrem 576

7.2.2.2.3. Ocultar recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil 577

7.2.2.2.4. Substituir recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil 577

7.2.2.3. Figura privilegiada e perdão judicial 577

7.2.2.4. Prescrição 578

7.2.3. Sonegação de estado de filiação 578

7.2.3.1. Objetividade jurídica 578

7.2.3.2. Tipo objetivo 578

7.2.3.3. Sujeito ativo 578

7.2.3.4. Sujeito passivo 578

7.2.3.5. Consumação 578

7.2.3.6. Tentativa 578

7.2.3.7. Ação penal 578

Capítulo III

7.3. Dos crimes contra a assistência familiar 579

7.3.1. Abandono material 579

7.3.1.1. Objetividade jurídica 579

7.3.1.2. Tipo objetivo 579

7.3.1.3. Sujeito ativo 580

7.3.1.4. Sujeito passivo 580

7.3.1.5. Consumação 580

7.3.1.6. Tentativa 580

7.3.2. Entrega de filho menor a pessoa inidônea 581

7.3.2.1. Objetividade jurídica 581

7.3.2.2. Tipo objetivo 581

7.3.2.3. Sujeito ativo 581

7.3.2.4. Sujeito passivo 581

7.3.2.5. Consumação 581

7.3.2.6. Tentativa 581

7.3.2.7. Figuras qualificadas 582

7.3.2.8. Ação penal 582

7.3.3. Abandono intelectual 582

7.3.3.1. Objetividade jurídica 582

7.3.3.2. Tipo objetivo 582

7.3.3.3. Sujeito ativo .....

583

7.3.3.4. Sujeito passivo 583

7.3.3.5. Consumação 583

7.3.3.6. Tentativa 583

7.3.3.7. Ação penal 583

7.3.4. Abandono moral 584

7.3.4.1. Objetividade jurídica 584

7.3.4.2. Tipo objetivo 584

7.3.4.3. Sujeito ativo 585

7.3.4.4. Sujeito passivo 585

7.3.4.5. Consumação 585

7.3.4.6. Tentativa 585

7.3.4.7. Ação penal 585

Capítulo IV

7.4. Dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela 586

7.4.1. Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes 586

7.4.1.1. Objetividade jurídica 586

7.4.1.2. Tipo objetivo 586

7.4.1.2.1. Induzimento a fuga de menor ou interdito 586

7.4.1.2.2. Entrega não autorizada de menor ou interdito a terceiro 586

7.4.1.2.3. Sonegação de incapaz 587

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 35

11/4/2011 17:16:22

7.4.1.3. Sujeito ativo 587

7.4.1.4. Sujeito passivo 587

7.4.1.5. Ação penal 587

7.4.2. Subtração de incapazes 587

7.4.2.1. Objetividade jurídica 587

7.4.2.2. Tipo objetivo 588

7.4.2.3. Sujeito ativo 588

7.4.2.4. Sujeito passivo 588

7.4.2.5. Consumação 588

7.4.2.6. Tentativa 588

7.4.2.7. Perdão judicial 588

7.4.2.8. Ação penal 588

TÍTULO VIII

8. DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA 589

Capítulo I

8.1. Dos crimes de perigo comum 591

8.1.1. Incêndio 591

8.1.1.1. Objetividade jurídica 591

8.1.1.2. Tipo objetivo 591

8.1.1.3. Sujeito ativo 592

8.1.1.4. Sujeito passivo 592

8.1.1.5. Consumação 592

8.1.1.6. Tentativa 592

8.1.1.7. Distinção 592

8.1.1.8. Causas de aumento de pena 593

8.1.1.9. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado 594

8.1.1.10. Ação penal 594

8.1.1.11. Incêndio culposo..... 594

8.1.1.12. Causas de aumento de pena 595

8.1.1.13. Ação penal 595

8.1.2. Explosão 595

8.1.2.1. Objetividade jurídica 595

8.1.2.2. Tipo objetivo 595

8.1.2.3. Sujeito ativo 596

8.1.2.4. Sujeito passivo 596

8.1.2.5. Consumação 596

8.1.2.6. Tentativa 596

8.1.2.7. Distinção 596

8.1.2.8. Causas de aumento de pena 597

8.1.2.9. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado 598

8.1.2.10. Ação penal 598

8.1.2.11. Modalidade culposa 598

8.1.2.12. Causas de aumento de pena 599

8.1.2.13. Ação penal 599

8.1.3. Uso de gás tóxico ou asfixiante
..... 599

8.1.3.1. Objetividade jurídica .....
599

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 36

11/4/2011 17:16:22

8.1.3.2. Tipo objetivo .....
599

8.1.3.3. Sujeito ativo .....
600

8.1.3.4. Sujeito passivo .....
600

8.1.3.5. Consumação .....
600

8.1.3.6. Tentativa .....
600

8.1.3.7. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado .....
600

8.1.3.8. Ação penal .....
600

8.1.3.9. Modalidade culposa .....
601

8.1.3.10. Causas de aumento de pena .....
601

8.1.3.11. Ação penal 601

8.1.4. Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivo, gás tóxico ou asfixiante 601

8.1.4.1. Objetividade jurídica 601

8.1.4.2. Tipo objetivo 601

8.1.4.3. Sujeito ativo 602

8.1.4.4. Sujeito passivo 602

8.1.4.5. Consumação 602

8.1.4.6. Tentativa 602

8.1.4.7. Ação penal 602

8.1.5. Inundação 602

8.1.5.1. Objetividade jurídica 603

8.1.5.2. Tipo objetivo 603

8.1.5.3. Sujeito ativo 603

8.1.5.4. Sujeito passivo 603

8.1.5.5. Consumação 603

8.1.5.6. Tentativa 603

8.1.5.7. Distinção 603

8.1.5.8. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado 603

8.1.5.9. Ação penal 604

8.1.6. Perigo de inundação 604

8.1.6.1. Objetividade jurídica 604

8.1.6.2. Tipo objetivo 604

8.1.6.3. Sujeito ativo 605

8.1.6.4. Sujeito passivo 605

8.1.6.5. Consumação 605

8.1.6.6. Tentativa 605

8.1.6.7. Ação penal .....

605

8.1.7. Desabamento ou desmoronamento
..... 605

8.1.7.1. Objetividade jurídica .....
605

8.1.7.2. Tipo objetivo .....
605

8.1.7.3. Sujeito ativo .....
606

8.1.7.4. Sujeito passivo .....
606

8.1.7.5. Consumação .....
606

8.1.7.6. Tentativa .....
606

8.1.7.7. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado .....
606

8.1.7.8. Ação penal .....
607

8.1.7.9. Modalidade culposa .....
607

8.1.7.10. Causas de aumento de pena .....
607

8.1.7.11. Ação penal .....
608

8.1.8. Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento 608

8.1.8.1. Objetividade jurídica 608

8.1.8.2. Tipo objetivo 608

8.1.8.3. Sujeito ativo 608

8.1.8.4. Sujeito passivo 609

8.1.8.5. Consumação 609

8.1.8.6. Tentativa 609

8.1.8.7. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado 609

8.1.8.8. Ação penal 609

8.1.9. Difusão de doença ou praga 609

8.1.10. Quadro comparativo dos crimes do Capítulo (perigo concreto ou abstrato) 610

Capítulo II

8.2. Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos
..... 611

8.2.1. Perigo de desastre ferroviário
..... 611

8.2.1.1. Objetividade jurídica 611

8.2.1.2. Tipo objetivo 611

8.2.1.3. Sujeito ativo 612

8.2.1.4. Sujeito passivo 612

8.2.1.5. Consumação 612

8.2.1.6. Tentativa 612

8.2.1.7. Ação penal 612

8.2.1.8. Desastre ferroviário 613

8.2.1.9. Desastre ferroviário culposo 613

8.2.1.10. Ação penal 613

8.2.2. Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo
..... 613

8.2.2.1. Objetividade jurídica 614

8.2.2.2. Tipo objetivo 614

8.2.2.2.1. Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia 614

8.2.2.2.2. Praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea 614

8.2.2.3. Sujeito ativo 614

8.2.2.4. Sujeito passivo 614

8.2.2.5. Consumação 614

8.2.2.6. Tentativa 615

8.2.2.7. Ação penal 615

8.2.2.8. Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo 615

8.2.2.9. Prática do crime com intenção de lucro 615

8.2.2.10. Modalidade culposa 616

8.2.2.11. Ação penal 616

8.2.3. Atentado contra a segurança de outro meio de transporte 616

8.2.3.1. Objetividade jurídica 616

8.2.3.2. Tipo objetivo 616

8.2.3.3. Sujeito ativo 616

8.2.3.4. Sujeito passivo 617

8.2.3.5. Consumação 617

8.2.3.6. Tentativa 617

8.2.3.7. Figura qualificada e causa de aumento de pena 617

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 38

11/4/2011 17:16:23

8.2.3.8. Ação penal 617

8.2.3.9. Modalidade culposa 617

8.2.3.10. Ação penal 617

8.2.4. Arremesso de projétil 617

8.2.4.1. Objetividade jurídica 618

8.2.4.2. Tipo objetivo 618

8.2.4.3. Sujeito ativo 618

8.2.4.4. Sujeito passivo 618

8.2.4.5. Consumação 618

8.2.4.6. Tentativa 618

8.2.4.7. Causas de aumento de pena 618

8.2.4.8. Distinção 618

8.2.4.9. Ação penal 619

8.2.5. Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública 619

8.2.5.1. Objetividade jurídica 619

8.2.5.2. Tipo objetivo 619

8.2.5.3. Sujeito ativo 620

8.2.5.4. Sujeito passivo .....

620

8.2.5.5. Consumação 620

8.2.5.6. Tentativa 620

8.2.5.7. Causa de aumento de pena 620

8.2.5.8. Ação penal 620

8.2.6. Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico 620

8.2.6.1. Objetividade jurídica 621

8.2.6.2. Tipo objetivo 621

8.2.6.3. Sujeito ativo 621

8.2.6.4. Sujeito passivo 621

8.2.6.5. Consumação 621

8.2.6.6. Tentativa 621

8.2.6.7. Causa de aumento de pena 621

8.2.6.8. Ação penal 622

8.2.7. Quadro comparativo entre os crimes do Capítulo (perigo concreto ou abstrato) .. 622

Capítulo III

8.3. Dos crimes contra a saúde pública
..... 623

8.3.1. Epidemia
..... 623

8.3.1.1. Objetividade jurídica .....
623

8.3.1.2. Tipo objetivo .....
623

8.3.1.3. Sujeito ativo .....
623

8.3.1.4. Sujeito passivo .....
623

8.3.1.5. Consumação .....
624

8.3.1.6. Tentativa .....
624

8.3.1.7. Causa de aumento de pena .....
624

8.3.1.8. Modalidade culposa .....
624

8.3.1.9. Ação penal .....
624

8.3.2. Infração de medida sanitária preventiva
..... 624

8.3.2.1. Objetividade jurídica 624

8.3.2.2. Tipo objetivo 624

8.3.2.3. Sujeito ativo 625

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 39

11/4/2011 17:16:23

8.3.2.4. Sujeito passivo 625

8.3.2.5. Consumação 625

8.3.2.6. Tentativa 625

8.3.2.7. Ação penal 625

8.3.3. Omissão de notificação de doença 625

8.3.3.1. Objetividade jurídica 625

8.3.3.2. Tipo objetivo 625

8.3.3.3. Sujeito ativo 626

8.3.3.4. Sujeito passivo 626

8.3.3.5. Consumação 626

8.3.3.6. Tentativa 627

8.3.3.7. Ação penal 627

8.3.4. Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal 627

8.3.4.1. Objetividade jurídica 627

8.3.4.2. Tipo objetivo 627

8.3.4.3. Sujeito ativo 627

8.3.4.4. Sujeito passivo 627

8.3.4.5. Consumação 627

8.3.4.6. Tentativa 628

8.3.4.7. Figuras equiparadas 628

8.3.4.8. Causas de aumento de pena 628

8.3.4.9. Distinção .....

628

8.3.4.10. Ação penal 628

8.3.4.11. Modalidade culposa 628

8.3.4.12. Causas de aumento de pena 629

8.3.4.13. Ação penal 629

8.3.5. Corrupção ou poluição de água potável 629

8.3.5.1. Objetividade jurídica 629

8.3.5.2. Tipo objetivo 629

8.3.5.3. Sujeito ativo 630

8.3.5.4. Sujeito passivo 630

8.3.5.5. Consumação 630

8.3.5.6. Tentativa 630

8.3.5.7. Causas de aumento de pena 630

8.3.5.8. Ação penal 630

8.3.5.9. Modalidade culposa 630

8.3.5.10. Causas de aumento de pena 630

8.3.5.11. Ação penal 631

8.3.6. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios..... 631

8.3.6.1. Objetividade jurídica 631

8.3.6.2. Tipo objetivo 631

8.3.6.3. Sujeito ativo 631

8.3.6.4. Sujeito passivo 632

8.3.6.5. Consumação 632

8.3.6.6. Tentativa 632

8.3.6.7. Causas de aumento de pena 632

8.3.6.8. Figuras equiparadas 632

8.3.6.9. Substância destinada à falsificação 633

8.3.6.10. Ação penal 633

8.3.6.11. Modalidade culposa 633

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 40

11/4/2011 17:16:23

8.3.6.12. Causas de aumento de pena 633

8.3.6.13. Ação penal 633

8.3.7. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais 633

8.3.7.1. Objetividade jurídica 633

8.3.7.2. Tipo objetivo 634

8.3.7.3. Sujeito ativo 634

8.3.7.4. Sujeito passivo 634

8.3.7.5. Consumação 634

8.3.7.6. Tentativa .....

634

8.3.7.7. Figuras equiparadas 635

8.3.7.8. Ação penal 635

8.3.7.9. Modalidade culposa 635

8.3.7.10. Causas de aumento de pena 635

8.3.7.11. Ação penal 636

8.3.7.12. Substância destinada à falsificação 636

8.3.7.13. Outras condutas ilícitas relacionadas 636

8.3.8. Outras substâncias nocivas à saúde pública 636

8.3.8.1. Objetividade jurídica 636

8.3.8.2. Tipo objetivo 636

8.3.8.3. Sujeito ativo 637

8.3.8.4. Sujeito passivo 637

8.3.8.5. Consumação 637

8.3.8.6. Tentativa 637

8.3.8.7. Causas de aumento de pena 637

8.3.8.8. Ação penal 637

8.3.8.9. Modalidade culposa 638

8.3.8.10. Causas de aumento de pena 638

8.3.8.11. Ação penal 638

8.3.9. Medicamento em desacordo com receita médica 638

8.3.9.1. Objetividade jurídica 638

8.3.9.2. Tipo objetivo 638

8.3.9.3. Sujeito ativo 639

8.3.9.4. Sujeito passivo 639

8.3.9.5. Consumação 639

8.3.9.6. Causas de aumento de pena 639

8.3.9.7. Ação penal .....

639

8.3.9.8. Modalidade culposa 639

8.3.9.9. Causas de aumento de pena 639

8.3.9.10. Ação penal 640

8.3.10. Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica 640

8.3.10.1. Objetividade jurídica 640

8.3.10.2. Tipo objetivo 640

8.3.10.3. Sujeito ativo 641

8.3.10.4. Sujeito passivo 641

8.3.10.5. Consumação 641

8.3.10.6. Tentativa 641

8.3.10.7. Estado de necessidade 641

8.3.10.8. Causas de aumento de pena 642

8.3.10.9. Distinção 642

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 41

11/4/2011 17:16:23

8.3.10.10. Ação penal
..... 642

8.3.11. Charlatanismo
..... 643

8.3.11.1. Objetividade jurídica .....
643

8.3.11.2. Tipo objetivo .....
643

8.3.11.3. Sujeito ativo .....
643

8.3.11.4. Sujeito passivo .....
643

8.3.11.5. Consumação .....
643

8.3.11.6. Tentativa .....
643

8.3.11.7. Causas de aumento de pena .....
643

8.3.11.8. Distinção .....
643

8.3.11.9. Ação penal .....
644

8.3.12. Curandeirismo
..... 644

8.3.12.1. Objetividade jurídica .....
644

8.3.12.2. Tipo objetivo .....
644

8.3.12.3. Sujeito ativo .....
645

8.3.12.4. Sujeito passivo .....
645

8.3.12.5. Consumação .....
645

8.3.12.6. Tentativa .....
645

8.3.12.7. Intenção de lucro .....
646

8.3.12.8. Causas de aumento de pena .....
646

8.3.12.9. Ação penal .....
646

8.3.13. Quadro comparativo entre os crimes do Capítulo (perigo concreto ou abstrato) ... 646

8.4. Questões (Capítulos I, II e III)
..... 646

TÍTULO IX

9. DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA
..... 649

9.1. Incitação ao crime
..... 649

9.1.1. Objetividade jurídica
..... 649

9.1.2. Tipo objetivo
..... 649

9.1.3. Sujeito ativo
..... 650

9.1.4. Sujeito passivo
..... 650

9.1.5. Consumação
..... 650

9.1.6. Tentativa
..... 650

9.1.7. Ação penal
..... 650

9.2. Apologia de crime ou criminoso
..... 650

9.2.1. Objetividade jurídica
..... 650

9.2.2. Tipo objetivo
..... 650

9.2.3. Sujeito ativo
..... 651

9.2.4. Sujeito passivo
..... 651

9.2.5. Consumação

..... 651

9.2.6. Tentativa
..... 651

9.2.7. Ação penal
..... 651

9.3. Quadrilha ou bando
..... 651

9.3.1. Objetividade jurídica
..... 652

9.3.2. Tipo objetivo
..... 652

9.3.3. Sujeito ativo
..... 654

9.3.4. Sujeito passivo
..... 654

9.3.5. Consumação e concurso de crimes
..... 654

9.3.6. Tentativa
..... 655

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 42

11/4/2011 17:16:23

9.3.7. Causa de aumento
..... 655

9.3.8. Figura qualificada

..... 655

9.3.9. Delação premiada
..... 656

9.3.10. Classificação doutrinária
..... 656

9.3.11. Ação penal
..... 656

9.4. Questões
.....
656

TÍTULO X

10. DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA
..... 657

Capítulo I

10.1. Da moeda falsa
..... 659

10.1.1. Moeda falsa
..... 659

10.1.1.1. Objetividade jurídica..... 659

10.1.1.2. Tipo objetivo 659

10.1.1.3. Sujeito ativo 659

10.1.1.4. Sujeito passivo 660

10.1.1.5. Consumação 660

10.1.1.6. Tentativa 660

10.1.1.7. Figuras equiparadas 660

10.1.1.8. Figura privilegiada 660

10.1.1.9. Figuras qualificadas 660

10.1.1.10. Ação penal 660

10.1.1.11. Crimes assimilados ao de moeda falsa 661

10.1.1.12. Figura qualificada 661

10.1.2. Petrechos para falsificação de moeda
..... 661

10.1.2.1. Objetividade jurídica..... 661

10.1.2.2. Tipo objetivo 661

10.1.2.3. Sujeito ativo 662

10.1.2.4. Sujeito passivo 662

10.1.2.5. Consumação 662

10.1.2.6. Tentativa 662

10.1.2.7. Subsidiariedade 662

10.1.2.8. Ação penal 662

Capítulo II

10.2. Da falsidade de títulos e outros papéis públicos
..... 663

10.2.1. Falsificação de papéis públicos
..... 663

10.2.1.1. Objetividade jurídica..... 663

10.2.1.2. Tipo objetivo 663

10.2.1.3. Figuras privilegiadas 664

10.2.1.4. Sujeito ativo 665

10.2.1.5. Sujeito passivo 665

10.2.1.6. Consumação 665

10.2.1.7. Tentativa 665

10.2.1.8. Causa de aumento de pena 665

10.2.1.9. Ação penal 665

10.2.2. Petrechos de falsificação
..... 665

10.2.2.1. Objetividade jurídica..... 665

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 43

11/4/2011 17:16:23

10.2.2.2. Tipo objetivo 665

10.2.2.3. Sujeito ativo 666

10.2.2.4. Sujeito passivo 666

10.2.2.5. Consumação 666

10.2.2.6. Tentativa 666

10.2.2.7. Subsidiariedade 666

10.2.2.8. Causa de aumento de pena 666

10.2.2.9. Ação penal 666

Capítulo III

10.3. Da falsidade documental
..... 667

10.3.1. Falsificação de documento público
..... 668

10.3.1.1. Objetividade jurídica..... 668

10.3.1.2. Tipo objetivo 668

10.3.1.3. Elemento subjetivo 671

10.3.1.4. Sujeito ativo 671

10.3.1.5. Sujeito passivo 672

10.3.1.6. Consumação 672

10.3.1.7. Tentativa 672

10.3.1.8. Ação penal 672

10.3.1.9. Classificação doutrinária 672

10.3.1.10. Falsificação de dados em carteira de trabalho ou outros documentos previdenciários 672

10.3.2. Falsificação de documento particular
..... 673

10.3.2.1. Objetividade jurídica..... 673

10.3.2.2. Tipo objetivo 673

10.3.2.3. Sujeito ativo 674

10.3.2.4. Sujeito passivo 674

10.3.2.5. Consumação 674

10.3.2.6. Tentativa 674

10.3.2.7. Ação penal 674

10.3.2.8. Classificação doutrinária 674

10.3.3. Falsidade ideológica
..... 674

10.3.3.1. Objetividade jurídica..... 674

10.3.3.2. Tipo objetivo 675

10.3.3.3. Sujeito ativo 677

10.3.3.4. Sujeito passivo 677

10.3.3.5. Consumação 678

10.3.3.6. Tentativa 678

10.3.3.7. Falsidade em assento de registro civil 678

10.3.3.8. Ação penal 678

10.3.3.9. Classificação doutrinária 678

10.3.4. Falso reconhecimento de firma ou letra
..... 679

10.3.4.1. Objetividade jurídica..... 679

10.3.4.2. Tipo objetivo 679

10.3.4.3. Sujeito ativo 679

10.3.4.4. Sujeito passivo 679

10.3.4.5. Consumação 679

10.3.4.6. Tentativa 679

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 44

11/4/2011 17:16:23

10.3.4.7. Distinção 680

10.3.4.8. Ação penal 680

10.3.5. Certidão ou atestado ideologicamente falso 680

10.3.5.1. Objetividade jurídica..... 680

10.3.5.2. Tipo objetivo 680

10.3.5.3. Sujeito ativo 681

10.3.5.4. Sujeito passivo 681

10.3.5.5. Consumação 681

10.3.5.6. Tentativa 682

10.3.5.7. Aplicação cumulativa de multa..... 682

10.3.5.8. Ação penal 682

10.3.6. Falsidade material de atestado ou cer tidão 682

10.3.6.1. Objetividade jurídica..... 682

10.3.6.2. Tipo objetivo 682

10.3.6.3. Sujeito ativo 682

10.3.6.4. Sujeito passivo 683

10.3.6.5. Consumação 684

10.3.6.6. Tentativa 684

10.3.6.7. Aplicação cumulativa de multa..... 684

10.3.6.8. Ação penal 684

10.3.7. Falsidade de atestado médico
..... 684

10.3.7.1. Objetividade jurídica..... 684

10.3.7.2. Tipo objetivo 684

10.3.7.3. Sujeito ativo 684

10.3.7.4. Sujeito passivo 685

10.3.7.5. Consumação 685

10.3.7.6. Tentativa 685

10.3.7.7. Aplicação cumulativa de multa..... 685

10.3.7.8. Ação penal 685

10.3.8. Reprodução ou alteração de selo ou peça filatélica
..... 685

10.3.9. Uso de documento falso
..... 686

10.3.9.1. Objetividade jurídica..... 686

10.3.9.2. Tipo objetivo 686

10.3.9.3. Sujeito ativo 687

10.3.9.4. Sujeito passivo 687

10.3.9.5. Consumação 687

10.3.9.6. Tentativa 687

10.3.9.7. Distinção 687

10.3.9.8. Ação penal 688

10.3.9.9. Classificação doutrinária 688

10.3.10. Supressão de documento
..... 688

10.3.10.1. Objetividade jurídica..... 688

10.3.10.2. Tipo objetivo 689

10.3.10.3. Sujeito ativo 689

10.3.10.4. Sujeito passivo 689

10.3.10.5. Consumação 689

10.3.10.6. Tentativa 689

10.3.10.7. Ação penal 689

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 45

11/4/2011 17:16:24

Capítulo IV

10.4. De outras falsidades
..... 690

10.4.1. Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária ou para outros fins 690

10.4.1.1. Objetividade jurídica..... 690

10.4.1.2. Tipo objetivo 690

10.4.1.3. Sujeito ativo 690

10.4.1.4. Sujeito passivo 690

10.4.1.5. Consumação 691

10.4.1.6. Tentativa 691

10.4.1.7. Figura privilegiada 691

10.4.1.8. Ação penal 691

10.4.2. Falsa identidade
..... 691

10.4.2.1. Objetividade jurídica..... 691

10.4.2.2. Tipo objetivo 691

10.4.2.3. Sujeito ativo 693

10.4.2.4. Sujeito passivo 693

10.4.2.5. Consumação 693

10.4.2.6. Tentativa 693

10.4.2.7. Subsidiariedade 693

10.4.2.8. Ação penal 694

10.4.3. Subtipo de falsa identidade (uso de documento de identidade alheio)
..... 694

10.4.3.1. Objetividade jurídica..... 694

10.4.3.2. Tipo objetivo, consumação e tentativa 694

10.4.3.3. Sujeito ativo 695

10.4.3.4. Sujeito passivo 695

10.4.3.5. Ação penal 695

10.4.4. Fraude de lei sobre estrangeiros
..... 695

10.4.4.1. Objetividade jurídica..... 695

10.4.4.2. Tipo objetivo 695

10.4.4.3. Sujeito ativo 696

10.4.4.4. Sujeito passivo 696

10.4.4.5. Consumação 696

10.4.4.6. Tentativa 696

10.4.4.7. Ação penal 696

10.4.5. Falsa atribuição de qualidade a estrangeiro
..... 696

10.4.5.1. Objetividade jurídica..... 696

10.4.5.2. Tipo objetivo 696

10.4.5.3. Sujeito ativo 696

10.4.5.4. Sujeito passivo 697

10.4.5.5. Consumação 697

10.4.5.6. Tentativa 697

10.4.5.7. Ação penal 697

10.4.6. Falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade 697

10.4.6.1. Objetividade jurídica..... 697

10.4.6.2. Tipo objetivo 697

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 46

11/4/2011 17:16:24

10.4.6.3. Sujeito ativo 697

10.4.6.4. Sujeito passivo 697

10.4.6.5. Consumação 698

10.4.6.6. Tentativa 698

10.4.6.7. Ação penal 698

10.4.7. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor 698

10.4.7.1. Objetividade jurídica..... 698

10.4.7.2. Tipo objetivo 698

10.4.7.3. Sujeito ativo 700

10.4.7.4. Sujeito passivo 700

10.4.7.5. Consumação 700

10.4.7.6. Tentativa 700

10.4.7.7. Figura equiparada 700

10.4.7.8. Ação penal 701

10.5. Questões
..... 701

TÍTULO XI

**11. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
..... 703**

Capítulo I

11.1. Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral 705

11.1.1. Introdução
..... 705

11.1.2. Conceito de funcionário público
..... 706

11.1.3. Funcionário público por equiparação
..... 707

11.1.4. Aumento da pena
..... 708

11.1.5. Peculato
..... 709

11.1.5.1. Peculato-apropriação 709

11.1.5.1.1. Objetividade jurídica 709

11.1.5.1.2. Tipo objetivo 709

11.1.5.1.3. Sujeito ativo 710

11.1.5.1.4. Sujeito passivo 710

11.1.5.1.5. Consumação 710

11.1.5.1.6. Tentativa 711

11.1.5.1.7. Ação penal 711

11.1.5.2. Peculato-desvio 711

11.1.5.2.1. Tipo objetivo 711

11.1.5.2.2. Consumação 712

11.1.5.2.3. Tentativa 712

11.1.5.3. Peculato-furto..... 712

11.1.5.3.1. Tipo objetivo 712

11.1.5.3.2. Consumação 713

11.1.5.3.3. Tentativa 713

11.1.5.3.4. Classificação doutrinária 713

11.1.5.4. Peculato culposo 713

11.1.5.4.1. Tipo objetivo 713

11.1.5.4.2. Consumação 714

11.1.5.4.3. Tentativa 714

11.1.5.4.4. Ação penal 714

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 47

11/4/2011 17:16:24

11.1.5.4.5. Reparação do dano e extinção da punibilidade 714

11.1.6. Peculato mediante erro de outrem
..... 715

11.1.6.1. Objetividade jurídica..... 715

11.1.6.2. Tipo objetivo 715

11.1.6.3. Sujeito ativo 715

11.1.6.4. Sujeito passivo 715

11.1.6.5. Consumação 715

11.1.6.6. Tentativa 715

11.1.6.7. Ação penal 715

11.1.7. Inserção de dados falsos em sistema de informações
..... 716

11.1.7.1. Objetividade jurídica..... 716

11.1.7.2. Tipo objetivo 716

11.1.7.3. Sujeito ativo 716

11.1.7.4. Sujeito passivo 716

11.1.7.5. Consumação 716

11.1.7.6. Tentativa 716

11.1.7.7. Ação penal 717

11.1.8. Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações
..... 717

11.1.8.1. Objetividade jurídica..... 717

11.1.8.2. Tipo objetivo 717

11.1.8.3. Sujeito ativo 717

11.1.8.4. Sujeito passivo 717

11.1.8.5. Consumação 717

11.1.8.6. Tentativa 717

11.1.8.7. Causa de aumento de pena 717

11.1.8.8. Ação penal 717

11.1.9. Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento 718

11.1.9.1. Objetividade jurídica..... 718

11.1.9.2. Tipo objetivo 718

11.1.9.3. Sujeito ativo 718

11.1.9.4. Sujeito passivo 718

11.1.9.5. Consumação 718

11.1.9.6. Tentativa 718

11.1.9.7. Absorção 719

11.1.9.8. Distinção 719

11.1.9.9. Ação penal 719

11.1.10. Emprego irregular de verbas ou rendas públicas 719

11.1.10.1. Objetividade jurídica 719

11.1.10.2. Tipo objetivo 719

11.1.10.3. Sujeito ativo 719

11.1.10.4. Sujeito passivo 720

11.1.10.5. Consumação 720

11.1.10.6. Tentativa 720

11.1.10.7. Ação penal 720

11.1.11. Concussão
..... 720

11.1.11.1. Objetividade jurídica 720

11.1.11.2. Tipo objetivo 720

11.1.11.3. Sujeito ativo 721

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 48

11/4/2011 17:16:24

11.1.11.4. Sujeito passivo 721

11.1.11.5. Consumação 721

11.1.11.6. Tentativa 722

11.1.11.7. Distinção 722

11.1.11.8. Ação penal 722

11.1.11.9. Classificação doutrinária 723

11.1.12. Excesso de exação
..... 723

11.1.13. Corrupção passiva 724

11.1.13.1. Objetividade jurídica 724

11.1.13.2. Tipo objetivo 724

11.1.13.3. Sujeito ativo 725

11.1.13.4. Sujeito passivo 725

11.1.13.5. Consumação 725

11.1.13.6. Tentativa 726

11.1.13.7. Distinção 726

11.1.13.8. Corrupção privilegiada 726

11.1.13.9. Ação penal 726

11.1.13.10. Classificação doutrinária 727

11.1.14. Facilitação de contrabando ou desca minho 727

11.1.14.1. Objetividade jurídica 727

11.1.14.2. Tipo objetivo 727

11.1.14.3. Sujeito ativo 727

11.1.14.4. Sujeito passivo 728

11.1.14.5. Consumação 728

11.1.14.6. Tentativa 728

11.1.14.7. Ação penal 728

11.1.15. Prevaricação

..... 728

11.1.15.1. Objetividade jurídica 728

11.1.15.2. Tipo objetivo 728

11.1.15.3. Sujeito ativo 729

11.1.15.4. Sujeito passivo 729

11.1.15.5. Consumação 730

11.1.15.6. Tentativa 730

11.1.15.7. Distinção 730

11.1.15.8. Ação penal 730

11.1.15.9. Classificação doutrinária 730

11.1.15.10. Figura equiparada — omissão do dever de vedar acesso a telefone móvel ou rádio a pessoa presa 730

11.1.16. Condescendência criminosa
..... 731

11.1.16.1. Objetividade jurídica 731

11.1.16.2. Tipo objetivo 731

11.1.16.3. Sujeito ativo 731

11.1.16.4. Sujeito passivo 731

11.1.16.5. Consumação 731

11.1.16.6. Tentativa 731

11.1.16.7. Ação penal 732

11.1.17. Advocacia administrativa

..... 732

11.1.17.1. Objetividade jurídica 732

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 49

11/4/2011 17:16:24

11.1.17.2. Tipo objetivo 732

11.1.17.3. Sujeito ativo 732

11.1.17.4. Sujeito passivo 732

11.1.17.5. Consumação 733

11.1.17.6. Tentativa 733

11.1.17.7. Ação penal 733

11.1.18. Violência arbitrária
..... 733

11.1.19. Abandono de função
..... 733

11.1.19.1. Objetividade jurídica 733

11.1.19.2. Tipo objetivo 733

11.1.19.3. Sujeito ativo 734

11.1.19.4. Sujeito passivo 734

11.1.19.5. Consumação 734

11.1.19.6. Tentativa 735

11.1.19.7. Figura qualificada em face do local da infração 735

11.1.19.8. Ação penal 735

11.1.20. Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado 735

11.1.20.1. Objetividade jurídica 735

11.1.20.2. Tipo objetivo 735

11.1.20.3. Sujeito ativo 736

11.1.20.4. Sujeito passivo 736

11.1.20.5. Consumação 736

11.1.20.6. Tentativa 736

11.1.20.7. Ação penal 736

11.1.21. Violação de sigilo funcional 736

11.1.21.1. Objetividade jurídica 737

11.1.21.2. Tipo objetivo 737

11.1.21.3. Sujeito ativo 737

11.1.21.4. Sujeito passivo 738

11.1.21.5. Consumação 738

11.1.21.6. Tentativa 738

11.1.21.7. Subsidiariedade explícita 738

11.1.21.8. Figuras equiparadas 738

11.1.21.9. Figura qualificada 738

11.1.21.10. Ação penal 738

11.1.22. Violação do sigilo de proposta de concorrência
..... 738

11.1.23. Questões
..... 739

Capítulo II

11.2. Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral
..... 744

11.2.1. Usurpação de função pública
..... 744

11.2.1.1. Objetividade jurídica..... 744

11.2.1.2. Tipo objetivo 744

11.2.1.3. Sujeito ativo 745

11.2.1.4. Sujeito passivo 745

11.2.1.5. Consumação 745

11.2.1.6. Tentativa 745

11.2.1.7. Figura qualificada 745

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 50

11/4/2011 17:16:24

11.2.1.8. Ação penal 745

11.2.2. Resistência

..... 746

11.2.2.1. Objetividade jurídica..... 746

11.2.2.2. Tipo objetivo 746

11.2.2.3. Sujeito ativo 748

11.2.2.4. Sujeito passivo 748

11.2.2.5. Consumação e figura qualificada 748

11.2.2.6. Tentativa 748

11.2.2.7. Concurso de crimes 748

11.2.2.8. Classificação doutrinária 749

11.2.2.9. Ação penal 749

11.2.3. Desobediência
..... 749

11.2.3.1. Objetividade jurídica..... 749

11.2.3.2. Tipo objetivo 749

11.2.3.3. Sujeito ativo 751

11.2.3.4. Sujeito passivo 751

11.2.3.5. Consumação 751

11.2.3.6. Tentativa 752

11.2.3.7. Distinção 752

11.2.3.8. Classificação doutrinária 752

11.2.3.9. Ação penal 752

11.2.4. Desacato
..... 752

11.2.4.1. Objetividade jurídica..... 752

11.2.4.2. Tipo objetivo 753

11.2.4.3. Sujeito ativo 754

11.2.4.4. Sujeito passivo 755

11.2.4.5. Consumação 755

11.2.4.6. Tentativa 755

11.2.4.7. Classificação doutrinária 755

11.2.4.8. Ação penal 755

11.2.5. Tráfico de influência
..... 756

11.2.5.1. Objetividade jurídica..... 756

11.2.5.2. Tipo objetivo 756

11.2.5.3. Sujeito ativo 756

11.2.5.4. Sujeito passivo 756

11.2.5.5. Consumação 756

11.2.5.6. Tentativa 757

11.2.5.7. Causa de aumento de pena 757

11.2.5.8. Distinção 757

11.2.5.9. Ação penal 757

11.2.6. Corrupção ativa

..... 757

11.2.6.1. Objetividade jurídica..... 757

11.2.6.2. Tipo objetivo 757

11.2.6.3. Sujeito ativo 759

11.2.6.4. Sujeito passivo 759

11.2.6.5. Consumação e causa de aumento de pena 759

11.2.6.6. Tentativa 760

11.2.6.7. Distinção 760

11.2.6.8. Ação penal 760

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 51

11/4/2011 17:16:24

11.2.6.9. Classificação doutrinária 760

11.2.7. Contrabando ou descaminho
..... 760

11.2.7.1. Objetividade jurídica..... 760

11.2.7.2. Tipo objetivo 760

11.2.7.3. Sujeito ativo 761

11.2.7.4. Sujeito passivo 761

11.2.7.5. Consumação 761

11.2.7.6. Tentativa 761

11.2.7.7. Causa de aumento de pena 761

11.2.7.8. Distinção 762

11.2.7.9. Figuras equiparadas 762

11.2.7.10. Ação penal 763

11.2.8. Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência 763

11.2.9. Inutilização de edital ou de sinal 763

11.2.9.1. Objetividade jurídica..... 764

11.2.9.2. Tipo objetivo 764

11.2.9.3. Sujeito ativo 764

11.2.9.4. Sujeito passivo 764

11.2.9.5. Consumação 764

11.2.9.6. Tentativa 764

11.2.9.7. Ação penal 764

11.2.10. Subtração ou inutilização de livro ou documento 764

11.2.10.1. Objetividade jurídica 765

11.2.10.2. Tipo objetivo 765

11.2.10.3. Sujeito ativo 765

11.2.10.4. Sujeito passivo 765

11.2.10.5. Consumação 765

11.2.10.6. Tentativa 765

11.2.10.7. Ação penal 765

11.2.10.8. Quadro comparativo de crimes em que há inutilização ou destruição de documento 766

11.2.11. Sonegação de contribuição previden ciária 766

11.2.11.1. Objetividade jurídica 766

11.2.11.2. Tipo objetivo 767

11.2.11.3. Sujeito ativo 767

11.2.11.4. Sujeito passivo 768

11.2.11.5. Consumação 768

11.2.11.6. Tentativa 768

11.2.11.7. Extinção da punibilidade 768

11.2.11.8. Perdão judicial ou substituição por pena de multa 768

11.2.11.9. Causa de diminuição de pena 768

11.2.11.10. Ação penal 769

11.2.12. Questões 769

Capítulo II-A

11.3. Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira 771

11.3.1. Conceito de funcionário público estrangeiro

..... 771

11.3.2. Corrupção ativa nas transações comerciais internacionais 771

11.3.2.1. Objetividade jurídica..... 771

11.3.2.2. Tipo objetivo 771

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 52

11/4/2011 17:16:25

11.3.2.3. Sujeito ativo 772

11.3.2.4. Sujeito passivo 772

11.3.2.5. Consumação 772

11.3.2.6. Tentativa 772

11.3.2.7. Causa de aumento de pena 772

11.3.2.8. Ação penal 772

11.3.3. Tráfico de influência em transação comercial internacional 772

11.3.3.1. Objetividade jurídica..... 772

11.3.3.2. Tipo objetivo 773

11.3.3.3. Sujeito ativo 773

11.3.3.4. Sujeito passivo 773

11.3.3.5. Consumação 773

11.3.3.6. Tentativa 773

11.3.3.7. Causa de aumento de pena 773

11.3.3.8. Ação penal 773

Capítulo III

11.4. Dos crimes contra a administração da justiça
..... 774

11.4.1. Reingresso de estrangeiro expulso
..... 774

11.4.1.1. Objetividade jurídica..... 774

11.4.1.2. Tipo objetivo 774

11.4.1.3. Sujeito ativo 775

11.4.1.4. Sujeito passivo 775

11.4.1.5. Consumação 775

11.4.1.6. Tentativa 775

11.4.1.7. Ação penal 775

11.4.2. Denunciação caluniosa
..... 775

11.4.2.1. Objetividade jurídica..... 775

11.4.2.2. Tipo objetivo 775

11.4.2.3. Sujeito ativo 778

11.4.2.4. Sujeito passivo 778

11.4.2.5. Consumação 778

11.4.2.6. Tentativa 778

11.4.2.7. Causas de aumento de pena 779

11.4.2.8. Figura privilegiada 779

11.4.2.9. Distinção 779

11.4.2.10. Classificação doutrinária 779

11.4.2.11. Ação penal 779

11.4.3. Comunicação falsa de crime ou de contravenção
..... 780

11.4.3.1. Objetividade jurídica..... 780

11.4.3.2. Tipo objetivo 780

11.4.3.3. Sujeito ativo 781

11.4.3.4. Sujeito passivo 781

11.4.3.5. Consumação 781

11.4.3.6. Tentativa 781

11.4.3.7. Distinção e concurso 782

11.4.3.8. Ação penal 782

11.4.4. Autoacusação falsa
..... 782

11.4.4.1. Objetividade jurídica..... 783

11.4.4.2. Tipo objetivo 783

11.4.4.3. Sujeito ativo 783

11.4.4.4. Sujeito passivo 783

11.4.4.5. Consumação 783

11.4.4.6. Tentativa 784

11.4.4.7. Distinção e concurso 784

11.4.4.8. Ação penal 784

11.4.5. Falso testemunho ou falsa perícia
..... 784

11.4.5.1. Objetividade jurídica..... 784

11.4.5.2. Tipo objetivo 784

11.4.5.3. Sujeito ativo 786

11.4.5.4. Sujeito passivo 788

11.4.5.5. Consumação 789

11.4.5.6. Tentativa 789

11.4.5.7. Causas de aumento de pena 789

11.4.5.8. Retratação 789

11.4.5.9. Ação penal 790

11.4.5.10. Classificação doutrinária 790

11.4.6. Corrupção ativa de testemunha ou pe rito
..... 790

11.4.6.1. Objetividade jurídica..... 790

11.4.6.2. Tipo objetivo 791

11.4.6.3. Sujeito ativo 791

11.4.6.4. Sujeito passivo 791

11.4.6.5. Consumação 791

11.4.6.6. Tentativa 791

11.4.6.7. Causa de aumento de pena 791

11.4.6.8. Ação penal 791

11.4.7. Coação no curso do processo
..... 792

11.4.7.1. Objetividade jurídica..... 792

11.4.7.2. Tipo objetivo 792

11.4.7.3. Sujeito ativo 793

11.4.7.4. Sujeito passivo 793

11.4.7.5. Consumação 793

11.4.7.6. Tentativa 793

11.4.7.7. Concurso de crimes 793

11.4.7.8. Ação penal 793

11.4.8. Exercício arbitrário das próprias razões
..... 794

11.4.8.1. Objetividade jurídica..... 794

11.4.8.2. Tipo objetivo 794

11.4.8.3. Sujeito ativo 795

11.4.8.4. Sujeito passivo 795

11.4.8.5. Consumação 795

11.4.8.6. Tentativa 795

11.4.8.7. Concurso de crimes 796

11.4.8.8. Ação penal 796

11.4.9. Subtipo do exercício arbitrário das próprias razões — subtração ou dano de coisa própria legalmente em poder de terceiro 796

11.4.9.1. Objetividade jurídica..... 796

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 54

11/4/2011 17:16:25

11.4.9.2. Tipo objetivo 796

11.4.9.3. Sujeito ativo 797

11.4.9.4. Sujeito passivo 797

11.4.9.5. Consumação 798

11.4.9.6. Tentativa 798

11.4.9.7. Ação penal 798

11.4.10. Fraude processual
..... 798

11.4.10.1. Objetividade jurídica 798

11.4.10.2. Tipo objetivo 798

11.4.10.3. Sujeito ativo 798

11.4.10.4. Sujeito passivo 799

11.4.10.5. Consumação 799

11.4.10.6. Tentativa 799

11.4.10.7. Causa de aumento de pena 799

11.4.10.8. Distinção 799

11.4.10.9. Ação penal 800

11.4.11. Favorecimento pessoal
..... 800

11.4.11.1. Objetividade jurídica 800

11.4.11.2. Tipo objetivo 800

11.4.11.3. Sujeito ativo 801

11.4.11.4. Sujeito passivo 802

11.4.11.5. Consumação 802

11.4.11.6. Tentativa 802

11.4.11.7. Escusa absolutória 802

11.4.11.8. Ação penal 802

11.4.12. Favorecimento real
..... 802

11.4.12.1. Objetividade jurídica 802

11.4.12.2. Tipo objetivo 802

11.4.12.3. Sujeito ativo 804

11.4.12.4. Sujeito passivo 804

11.4.12.5. Consumação 804

11.4.12.6. Tentativa 804

11.4.12.7. Distinção 804

11.4.12.8. Ação penal 804

11.4.13. Exercício arbitrário ou abuso de poder
..... 804

11.4.14. Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança
..... 805

11.4.14.1. Objetividade jurídica 805

11.4.14.2. Tipo objetivo 805

11.4.14.3. Sujeito ativo 805

11.4.14.4. Sujeito passivo 806

11.4.14.5. Consumação 806

11.4.14.6. Tentativa 806

11.4.14.7. Figuras qualificadas 806

11.4.14.8. Concurso de crimes 806

11.4.14.9. Modalidade culposa 806

11.4.14.10. Ação penal 806

11.4.15. Evasão mediante violência contra pessoa
..... 807

11.4.15.1. Objetividade jurídica 807

11.4.15.2. Tipo objetivo 807

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 55

11/4/2011 17:16:25

11.4.15.3. Sujeito ativo 807

11.4.15.4. Sujeito passivo 807

11.4.15.5. Consumação 807

11.4.15.6. Tentativa 807

11.4.15.7. Concurso 808

11.4.15.8. Ação penal 808

11.4.16. Arrebatamento de presos
..... 808

11.4.16.1. Objetividade jurídica 808

11.4.16.2. Tipo objetivo 808

11.4.16.3. Sujeito ativo 808

11.4.16.4. Sujeito passivo 808

11.4.16.5. Consumação 808

11.4.16.6. Tentativa 809

11.4.16.7. Concurso 809

11.4.16.8. Ação penal 809

11.4.17. Motim de presos
..... 809

11.4.17.1. Objetividade jurídica 809

11.4.17.2. Tipo objetivo 809

11.4.17.3. Sujeito ativo 809

11.4.17.4. Sujeito passivo 809

11.4.17.5. Consumação 809

11.4.17.6. Tentativa 809

11.4.17.7. Concurso 810

11.4.17.8. Ação penal 810

11.4.18. Patrocínio infiel
..... 810

11.4.18.1. Objetividade jurídica 810

11.4.18.2. Tipo objetivo 810

11.4.18.3. Sujeito ativo 810

11.4.18.4. Sujeito passivo 811

11.4.18.5. Consumação 811

11.4.18.6. Tentativa 811

11.4.18.7. Ação penal 811

11.4.19. Patrocínio simultâneo ou tergiversação
..... 811

11.4.19.1. Objetividade jurídica 811

11.4.19.2. Tipo objetivo 811

11.4.19.3. Sujeito ativo 811

11.4.19.4. Sujeito passivo 812

11.4.19.5. Consumação 812

11.4.19.6. Tentativa 812

11.4.19.7. Ação penal 812

11.4.20. Sonegação de papel ou objeto de valor probatório
..... 812

11.4.20.1. Objetividade jurídica 812

11.4.20.2. Tipo objetivo 812

11.4.20.3. Sujeito ativo 813

11.4.20.4. Sujeito passivo 813

11.4.20.5. Consumação 813

11.4.20.6. Tentativa 813

11.4.20.7. Ação penal 813

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 56

11/4/2011 17:16:25

11.4.21. Exploração de prestígio
..... 813

11.4.21.1. Objetividade jurídica 813

11.4.21.2. Tipo objetivo 813

11.4.21.3. Sujeito ativo 814

11.4.21.4. Sujeito passivo 814

11.4.21.5. Consumação 814

11.4.21.6. Tentativa 814

11.4.21.7. Causa de aumento de pena 814

11.4.21.8. Ação penal 814

11.4.22. Violência ou fraude em arrematação judicial 815

11.4.22.1. Objetividade jurídica 815

11.4.22.2. Tipo objetivo 815

11.4.22.3. Sujeito ativo 815

11.4.22.4. Sujeito passivo 815

11.4.22.5. Consumação 815

11.4.22.6. Tentativa 816

11.4.22.7. Concurso 816

11.4.22.8. Ação penal 816

11.4.23. Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito 816

11.4.23.1. Objetividade jurídica 816

11.4.23.2. Tipo objetivo 816

11.4.23.3. Sujeito ativo 817

11.4.23.4. Sujeito passivo 817

11.4.23.5. Consumação 817

11.4.23.6. Tentativa 817

11.4.23.7. Ação penal 817

11.4.24. Questões
..... 817

Capítulo IV

11.5. Dos crimes contra as finanças públicas
..... 819

11.5.1. Contratação de operação de crédito
..... 819

11.5.1.1. Objetividade jurídica..... 819

11.5.1.2. Tipo objetivo 819

11.5.1.3. Sujeito ativo 820

11.5.1.4. Sujeito passivo 820

11.5.1.5. Consumação 820

11.5.1.6. Tentativa 820

11.5.1.7. Ação penal 820

11.5.2. Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar
..... 820

11.5.2.1. Objetividade jurídica..... 820

11.5.2.2. Tipo objetivo 820

11.5.2.3. Sujeito ativo 821

11.5.2.4. Sujeito passivo 821

11.5.2.5. Consumação 821

11.5.2.6. Tentativa 821

11.5.2.7. Ação penal 821

11.5.3. Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura 821

11.5.3.1. Objetividade jurídica..... 821

11.5.3.2. Tipo objetivo 821

01 - Direito Penal Esquematizado - 001 - 058.indd 57

11/4/2011 17:16:25

11.5.3.3. Sujeito ativo 821

11.5.3.4. Sujeito passivo 822

11.5.3.5. Consumação 822

11.5.3.6. Tentativa 822

11.5.3.7. Ação penal 822

11.5.4. Ordenação de despesa não autorizada 822

11.5.4.1. Objetividade jurídica..... 822

11.5.4.2. Tipo objetivo 822

11.5.4.3. Sujeito ativo 822

11.5.4.4. Sujeito passivo 822

11.5.4.5. Consumação 822

11.5.4.6. Tentativa 822

11.5.4.7. Ação penal 823

11.5.5. Prestação de garantia graciosa
..... 823

11.5.5.1. Objetividade jurídica..... 823

11.5.5.2. Tipo objetivo 823

11.5.5.3. Sujeito ativo 823

11.5.5.4. Sujeito passivo 823

11.5.5.5. Consumação 823

11.5.5.6. Tentativa 823

11.5.5.7. Ação penal 824

11.5.6. Não cancelamento de restos a pagar
..... 824

11.5.6.1. Objetividade jurídica..... 824

11.5.6.2. Tipo objetivo 824

11.5.6.3. Sujeito ativo 824

11.5.6.4. Sujeito passivo 824

11.5.6.5. Consumação 824

11.5.6.6. Tentativa 824

11.5.6.7. Ação penal 825

11.5.7. Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura 825

11.5.7.1. Objetividade jurídica..... 825

11.5.7.2. Tipo objetivo 825

11.5.7.3. Sujeito ativo 825

11.5.7.4. Sujeito passivo 825

11.5.7.5. Consumação 825

11.5.7.6. Tentativa 825

11.5.7.7. Ação penal 825

11.5.8. Oferta pública ou colocação de títulos no mercado 826

11.5.8.1. Objetividade jurídica..... 826

11.5.8.2. Tipo objetivo 826

11.5.8.3. Sujeito ativo 826

11.5.8.4. Sujeito passivo 826

11.5.8.5. Consumação 826

11.5.8.6. Tentativa 826

11.5.8.7. Ação penal 826

REFERêNCIAS

..... 827

11/4/2011 17:16:25

I

INTRODUÇÃO

Na Parte Especial do Código Penal, existem basicamente três espécies de normas — as incriminadoras, as permissivas e as explicativas.

I.1. ESPÉCIES DE NORMAS PENAIS

I.1.1. Normas penais incriminadoras

São aquelas que definem as infrações penais e fixam as respectivas penas. São também chamadas de **tipos penais**.

As normas incriminadoras possuem, necessariamente, duas partes. Na primeira, o legislador descreve a conduta típica, ou seja, os elementos necessários para que o fato seja considerado criminoso. No crime de furto, por exemplo, a conduta típica descrita no art. 155, *caput*, do Código Penal é "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel". Esse é o denominado **preceito primário** da norma penal incriminadora.

Os diversos requisitos que compõem o tipo penal são denominados **elementos** ou **elementares** e se subdividem em três espécies: elementos objetivos, subjetivos e normativos.

Os elementos **objetivos** são os verbos constantes dos tipos penais (**núcleos** do tipo) e os demais requisitos, cujos significados não demandam qualquer juízo de valor, como a expressão "coisa móvel" no crime de furto ou a palavra "alguém" para se referir a ser humano no homicídio. Todos os tipos penais possuem elementos objetivos.

Os elementos **subjetivos** dizem respeito à especial finalidade do agente ao realizar a ação ou omissão delituosa. Não são todos os tipos penais que contêm elementos subjetivos. O crime de extorsão mediante sequestro, por exemplo, consiste em

"sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate" (art. 159 do CP). O elemento

subjetivo do tipo é a intenção do agente de obter vantagem como decorrência do sequestro.

Os elementos **normativos**, por sua vez, são aqueles cujo significado não se extrai da mera observação, dependendo de uma interpretação, ou seja, de um juízo de valor. No crime de furto, a expressão "coisa alheia" é considerada elemento normativo, pois só se sabe se um bem é alheio quando se está diante de um caso concreto e se 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 59

11/4/2011 17:24:06

faz uma análise envolvendo o bem e a pessoa acusada de tê-lo subtraído. São poucos os crimes que possuem elemento normativo.

Os tipos penais compostos somente por elementos objetivos são chamados de **normais**, e aqueles que também contêm elementos subjetivos ou normativos são classificados de **anormais** (por serem exceção).

Na segunda parte da norma incriminadora, a lei prevê a pena a ser aplicada a quem realizar a conduta típica ilícita. No caso do furto, a pena estabelecida é de

"reclu são, de um a quatro anos, e multa". Esse é o chamado **preceito secundário** da norma.

Observação: Além da definição legal e da respectiva pena, as normas incriminadoras podem ser complementadas na Parte Especial por circunstâncias que tornam a pena mais grave ou mais branda. No crime de furto, por exemplo, além do tipo básico já mencionado e descrito no *caput* do art. 155, existem as qualificadoras (rompimento de obstá-

culo, emprego de chave falsa, escalada, concurso de agentes etc.), uma causa de aumento de pena (furto noturno) e hipóteses de abrandamento da reprimenda (conhecidas como furto privilegiado).

As **qualificadoras** alteram a pena em abstrato (preceito secundário) como um todo, descrevendo novas penas máxima e mínima. Assim, no homicídio simples,

a pena é de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto no qualificado é de 12 a 30 anos.

As **causas de aumento** são índices de **soma** ou **multiplicação** a serem aplicados sobre a pena estabelecida na fase anterior. Assim, no homicídio, quando a vítima é menor de 14 anos, a pena é aumentada de 1/3 (art. 121, § 4º, 2ª parte). Na recepta

ção dolosa, a pena é aplicada em dobro se o bem for público (art. 180, § 6º).

I.1.2. Normas penais permissivas

São as que preveem as **licitudes** ou a impunidade de determinados comportamentos, apesar de se enquadrarem na descrição típica. São normas permissivas, por exemplo, aquelas que excluem a ilicitude do aborto provocado por médico quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez resulta de estupro e há consentimento da gestante (art. 128), ou, ainda, as hipóteses de isenção de pena existentes nos crimes contra o patrimônio praticados contra cônjuge ou contra ascendente sem emprego de violência ou grave ameaça (art. 181 do CP).

I.1.3. Normas penais explicativas (ou complementares)

São as que esclarecem o conteúdo de outras normas ou limitam o âmbito de sua aplicação. Vejam-se, por exemplo, os §§ 4º e 5º, do art. 150 do Código Penal que, no crime de violação de domicílio, esclarecem o que está e o que não está contido no significado da palavra “casa”.

ESPÉCIES DE NORMAS PENAIS

Incriminadoras

Permissivas

Explicativas

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 60

11/4/2011 17:24:07

I.2. DIVISÃO DOS TIPOS PENAIS DE ACORDO COM O BEM JURÍDICO ATINGIDO

Na Parte Especial do Código Penal as infrações penais foram agrupadas em 11 títulos de acordo com o bem jurídico afetado.

A divisão é a seguinte:

PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

• Título I — Dos Crimes Contra a Pessoa;

• Título II — Dos Crimes Contra o Patrimônio;

• Título III — Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial;

• Título IV — Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho;

• Título V — Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos;

• Título VI — Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual;

• Título VII — Dos Crimes Contra a Família;

• Título VIII — Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública;

• Título IX — Dos Crimes Contra a Paz Pública;

• Título X — Dos Crimes Contra a Fé Pública;

• Título XI — Dos Crimes Contra a Administração Pública.

I.3. TEMAS NECESSARIAMENTE ABORDADOS NO ESTUDO DOS DELITOS EM

ESPÉCIE

Existem alguns temas de análise obrigatória no estudo de cada um dos ilícitos penais previstos na Parte Especial do Código. Por se tratarem de diretrizes do Direito Penal, será feita uma exposição preliminar acerca desses tópicos.

I.3.1. A conduta e suas classificações

• Crimes comissivos e omissivos

São chamados de **comissivos** aqueles que são praticados por meio de uma **ação**, ou seja, a partir de um comportamento positivo em que o agente faz ou realiza algo.

Nesses casos, a lei determina um não fazer e o agente comete o crime exatamente por fazer aquilo que a lei proíbe. Assim, quando a lei prevê pena de reclusão, de 6 a 20

anos, para quem matar alguém, está determinando que as pessoas não matem. Caso o agente o faça, receberá a pena anteriormente mencionada.

Os crimes **omissivos**, por sua vez, podem ser próprios ou impróprios.

Os delitos **omissivos próprios** são aqueles em que o tipo penal descreve como ilícito um **não fazer**, ou seja, estabelece certas situações em que a pessoa deve agir e, caso não o faça, incorre no delito. Veja-se, por exemplo, o crime de omissão de socorro, em que uma pessoa vislumbra outra em situação de perigo, e podendo ajudá-la, nada faz.

Os crimes **omissivos impróprios** ou **comissivos por omissão**, ao contrário dos anteriores, não estão previstos na Parte Especial do Código Penal como delitos autônomos. Sua verificação decorre da norma do art. 13, § 2º, do CP, que estabelece 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 61

11/4/2011 17:24:07

hipóteses em que o sujeito tem o **dever jurídico de evitar o resultado** e, caso não o faça, responde pelo crime. Verifica-se em tipos penais que normalmente exigem uma ação para sua configuração, como ocorre com o homicídio, porém, o agente nada faz e isso causa a morte da vítima, devendo portanto responder pelo crime, porque tinha o dever jurídico de evitar aquela morte. É o que ocorre com a mãe que intencionalmente deixa de alimentar um filho de pouca idade, causando a morte dele.

O referido dever jurídico, nos termos do art. 13, § 2º, pode decorrer de lei que estabeleça obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (como no exemplo da mãe acima mencionado), ou em hipóteses em que o agente, de outra forma, tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado, ou, ainda, quando tenha provocado o risco de causálo com seu comportamento anterior.

Em suma, na Parte Especial do Código, os verbos configuradores da infração penal são comissivos ou omissivos. Ocorre que os crimes comissivos que, em geral, são cometidos por meio de ação podem também ser cometidos por omissão quando o agente tinha o dever jurídico de evitar o resultado e não o fez, como no exemplo da morte do filho pequeno. Nesse caso, o crime será chamado de omissão impróprio ou comissivo por omissão.

• Crimes de ação múltipla

Essa denominação é dada aos tipos penais que possuem **vários verbos** separados pela partícula “ou”. É o que ocorre, por exemplo, no art. 122 do CP, em que se pune quem induz, instiga **ou** presta auxílio a suicídio de outrem. Nesses casos, a realização de **uma das condutas** já é suficiente para **caracterizar o delito**, caso a vítima se mate; contudo, se o agente realizar mais de uma delas em relação à mesma vítima, não responderá por dois crimes. Assim, caso o agente induza e também auxilie a vítima a se matar, responderá por um único crime de participação em suicídio.

Outros exemplos importantes de crimes de ação múltipla são os crimes de receptação, tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo.

A doutrina possui outras denominações para essa espécie de infração penal: crimes de **conteúdo variado** ou com **tipo misto alternativo**.

• Crimes de ação livre ou de ação vinculada

Crime de **ação livre** é aquele que pode ser praticado por **qualquer meio** de execução, uma vez que a lei não exige comportamento específico. Ex.: o homicídio pode ser cometido por meio de disparo de arma de fogo, golpe de faca, afogamento, fogo ou qualquer outro meio capaz de gerar a morte.

Os crimes de **ação vinculada** são aqueles em que o tipo penal **descreve a forma de execução** configuradora da infração penal. É o que ocorre, por exemplo, no crime de maus-tratos em que o ilícito penal só se configura quando a forma de expor a risco a vida ou a saúde da vítima é uma daquelas elencadas no art. 136 do CP (priva

ção de alimentação ou de cuidados indispensáveis, sujeição a trabalho excessivo ou inadequado, ou abuso dos meios de correção e disciplina).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 62

11/4/2011 17:24:07

• Crimes habituais

Representam aqueles que só se configuram pela reiteração de atos da mesma espécie, como os crimes de curandeirismo (art. 284) e casa de prostituição (art. 229).

A prática de um ato isolado é atípica.

CLASSIFICAÇÕES QUANTO À CONDUTA

1) Crimes comissivos, omis 2) Crimes de ação livre ou 3) Crimes de ação única ou 4) Crimes habituais ou não sivos ou comissivos por de ação vinculada

de ação múltipla

habituais

omissão

I.3.2. Objetividade jurídica e suas classificações

Quando o legislador incrimina determinada conduta, a intenção é evitar que ela se realize, pois todos estarão cientes de que a infração implicará a aplicação da pena prevista. Assim, é possível dizer que o legislador, ao tipificar determinada conduta, tem por objetivo proteger algum ou alguns bens jurídicos. Essa finalidade de prote

ção é chamada de objetividade jurídica. Dessa forma, quando se diz que a objetividade jurídica do furto é o patrimônio, significa dizer que a razão de existir do crime de furto é a intenção do legislador de tutelar o patrimônio das pessoas.

• Crimes simples e complexos

São classificados como **simples** aqueles crimes cujo tipo penal tutela **um único** bem jurídico, como ocorre com o homicídio, em que a vida humana extrauterina é o único bem tutelado, ou o furto, o qual protege unicamente o patrimônio.

Por sua vez, são chamados de crimes **complexos** aqueles que dizem respeito a **mais de um** bem jurídico, como o latrocínio que tutela, concomitantemente, o patrimônio e a vida.

CLASSIFICAÇÕES QUANTO À OBJETIVIDADE JURÍDICA

Crimes simples

Crimes complexos

I.3.3. Sujeito ativo e suas classificações

No estudo dos delitos previstos na Parte Especial do Código Penal, um dos tópicos que sempre constitui objeto de análise é o que diz respeito ao sujeito ativo do crime, ou seja, quem pode cometer determinada infração penal, e, ainda, se é possível que duas ou mais pessoas o pratiquem em conjunto. Por conta desses fatores, a doutrina acabou criando denominações para cada um desses aspectos.

• Crimes comuns e próprios

Comuns são aqueles que podem ser cometidos por qualquer pessoa pelo simples fato de o tipo penal não exigir qualquer condição especial no sujeito ativo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 63

11/4/2011 17:24:07

Exemplo disso ocorre em crimes como homicídio e furto, que podem ser cometidos por toda e qualquer pessoa.

Próprios são os que só podem ser cometidos por determinada categoria de pessoas, por exigir o tipo penal certa qualidade ou característica no sujeito ativo. Dentre esses, podemos elencar os crimes de infanticídio (art. 123), que só pode ser praticado pela mãe, sob a influência do estado puerperal, e a corrupção passiva em que o sujeito ativo deve ter a qualidade de funcionário público.

É de se lembrar, porém, que pessoa que não se reveste de referida qualidade também pode ser responsabilizada pelo crime próprio, caso tenha, dolosamente, colaborado para sua prática, nos termos do art. 30 do CP. Dessa forma, se um funcionário público solicita alguma vantagem indevida em razão do cargo que ocupa, valendo-se para tanto da colaboração de um amigo que leva a solicitação à vítima, ambos respondem pela corrupção passiva.

• Autoria, coautoria e participação

Autor é quem executa a conduta típica descrita na lei, ou seja, quem realiza o verbo contido no tipo penal. Ex.: no homicídio, a conduta típica é “matar alguém”, sendo autor, dessa forma, quem realiza disparos de arma de fogo contra a vítima, quem a empurra do alto de um prédio ou a afoga em um lago etc.

Na **coautoria**, duas ou mais pessoas, conjuntamente, realizam o ato executório.

É o que se dá, por exemplo, quando duas pessoas efetuam disparos contra a vítima ou quando várias pessoas amarram uma pedra no corpo dela e a atiram em um lago profundo.

Existem alguns tipos penais em que o texto legal exige mais de um ato executório para sua configuração. É o que ocorre, v.g., com o crime de roubo em que uma das ações é a *subtração* da coisa alheia móvel, e a outra é o *emprego* de violência ou grave ameaça. Nesses casos, será considerado coautor quem realizar quaisquer dessas condutas e não apenas quem realizar ambas. Dessa forma, quando um dos roubadores segura a vítima para imobilizá-la, enquanto o comparsa coloca a mão no bolso do paletó dela para se apoderar de sua carteira, temos caso de coautoria.

A **participação**, por sua vez, é uma forma de concurso de agentes em que o envolvido não realiza quaisquer das condutas típicas, mas, de alguma outra forma, concorre para o delito. O partícipe, de acordo com a regra do art. 29 do CP, incorre nas mesmas penas dos autores e coautores do crime. São exemplos de participação estimular verbalmente uma pessoa a matar outra ou emprestar dolosamente um revólver para que o agente execute a vítima.

• Crimes monossubjetivos e plurissubjetivos

São chamados de **monossubjetivos** aqueles que podem ser cometidos por uma só pessoa, como, por exemplo, o homicídio. Tendo em vista, todavia, que esse crime pode também ser praticado por duas ou mais pessoas em conjunto, ele também é chamado de **crime de concurso eventual**.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 64

11/4/2011 17:24:07

Por sua vez, são denominados de **plurissubjetivos** ou crimes de **concurso neces sário** aqueles que só podem ser praticados por duas ou mais pessoas em conjunto.

Os crimes plurissubjetivos podem ser:

a) de **condutas paralelas**, em que os agentes auxiliamse mutuamente, visando um resultado comum, como no crime de quadrilha (art. 288 do CP); **b)** de **condutas convergentes**, em que as condutas se encontram gerando

imediatamente o resultado, como ocorria com o crime de adultério, há alguns anos já revogado;

c) de **condutas contrapostas**, em que os envolvidos agem uns contra os outros, como ocorre no crime de rixa (art. 137 do CP).

CRIMES DE CONCURSO NECESSÁRIO

De condutas paralelas

De condutas convergentes

De condutas contrapostas

• Crimes de mão própria

São aqueles cujo tipo penal descreve conduta que só pode ser realizada por **uma única pessoa**, razão pela qual **não admitem coautoria**. No crime de autoaborto, por exemplo, a gestante é punida por praticar um ato abortivo em si mesma. Ora, a expressão "aborto em si mesma" só é compatível com ato da gestante contra o próprio feto. Ninguém além dela pode praticar aborto em *si mesma*.

Os crimes de mão própria, entretanto, **admitem** perfeitamente a **participação**, de modo que o namorado ao incentivar a namorada grávida a tomar um medicamento abortivo é partícipe no crime de autoaborto.

CLASSIFICAÇÕES QUANTO AO SUJEITO ATIVO

1) Crimes comuns ou próprios

2) Crimes monossubjetivos ou 3) Crimes de mão própria

plurissubjetivos

I.3.4. Sujeito passivo

É a pessoa ou entidade que sofre os efeitos do delito (a vítima do crime). No homicídio, é a pessoa que foi morta. No furto, o dono do bem subtraído.

Existem alguns crimes em que o sujeito passivo é uma entidade sem personalidade jurídica, como a família, a sociedade etc. Esses delitos são

chamados de **crimes vagos**.

I.3.5. Objeto material

É a coisa sobre a qual **recai** a conduta delituosa. No crime de furto, por exemplo, é o bem que foi subtraído da vítima (o veículo, o dinheiro etc.).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 65

11/4/2011 17:24:07

I.3.6. Consumação e classificações

Um crime se considera consumado quando se reúnem **todos os elementos** de sua definição legal. Consumado o delito, estará o juiz autorizado a aplicar por completo a pena prevista em abstrato na norma penal incriminadora. Ao contrário, quando o delito resta meramente tentado, pela ausência de algum dos elementos de sua definição legal, a pena deve sofrer uma redução de 1/3 a 2/3, nos termos do art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

Para se verificar se um delito se consumou, faz-se necessário analisar quais os elementos componentes de sua descrição típica e à existência de quais deles o texto legal vinculou a aplicação da pena prevista na Parte Especial. Veja-se, por exemplo, o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159), que tem como requisitos a captura de alguém e a finalidade de se obter um resgate em troca da libertação. Embora existam esses dois elementos componentes, o texto legal vincula a aplicação da pena integral (crime consumado) ao ato do sequestro (captura) da vítima, estando, assim, consumada essa infração, ainda que o agente não obtenha o resgate pretendido. É da mera leitura do tipo penal que se extrai a conclusão em torno do momento consumativo de cada infração penal.

• Crimes materiais, formais e de mera conduta

Referem-se ao **resultado** do crime como condicionante de sua consumação.

Crimes **materiais** são aqueles em relação aos quais a lei descreve uma ação e um

resultado e exige a ocorrência deste para que o crime esteja consumado. O mais citado dos crimes materiais é o estelionato (art. 171), em que o tipo penal descreve a ação (empregar fraude para induzir alguém em erro) e o resultado (obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio), e a forma pela qual está redigido o dispositivo deixa claro que ele só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem visada (resultado).

Os crimes **formais** são aqueles em que a lei também descreve uma ação e um resultado, mas a redação do dispositivo deixa evidenciado que a consumação se dá no momento da ação. O exemplo clássico é o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159) em que o tipo penal descreve a ação (sequestro) e o resultado visado (o valor do resgate), deixando claro, todavia, que o delito se consuma no momento do sequestro.

Já os crimes **de mera conduta** são aqueles em que o tipo penal descreve apenas uma ação e, portanto, consumam-se no exato instante em que esta é realizada. Ex.: crime de violação de domicílio (art. 150).

• Crimes instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes
Essa classificação se refere à duração do momento consumativo.

Crime **instantâneo** é aquele cuja consumação ocorre em um determinado instante, não se prolongando no tempo. Ex.: crime de lesões corporais.

Crime **permanente** é aquele cujo momento consumativo se prolonga no tempo por vontade do agente. Ex.: crime de sequestro em que o bem jurídico liberdade é 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 66

11/4/2011 17:24:07

1 Introdução

67

afetado enquanto a vítima não for libertada. A consequência é a possibilidade de prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência. Além disso, a prescrição só corre após a libertação da vítima.

Crime **instantâneo de efeitos permanentes** é aquele cuja consumação se dá em momento determinado, mas seus efeitos são irreversíveis. Ex.: homicídio.

CLASSIFICAÇÕES QUANTO À CONSUMAÇÃO E SUA DURAÇÃO

1) Crimes materiais, formais ou de mera conduta

2) Crimes instantâneos, permanentes e instantâneos

de efeitos permanentes

I.3.7. Tentativa

No estudo dos crimes em espécie sempre é importante analisar se determinado delito é ou não compatível com o instituto da tentativa, pois existem vários que não o são, como os crimes culposos e os preterdolosos, dentre outros.

Ademais, naqueles em que a tentativa é cabível, insta avaliar quando se dá o início de execução, instante a partir do qual é possível o *conatus,* bem como apreciar eventual ineficácia absoluta do meio empregado ou impropriedade absoluta do ob -

jeto, que levariam ao reconhecimento do crime impossível e afastariam a tentativa.

I.3.8. Crimes dolosos, culposos e preterdolosos

Crimes **dolosos** são aqueles em que o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, tais como o homicídio, o furto, o roubo, o estupro, o peculato etc.

Dependendo da forma como redigido o crime doloso na Parte Especial do Código Penal, ele será incompatível com a figura do dolo eventual, como ocorre com a receptação simples e o crime de favorecimento real.

Crimes **culposos** são aqueles em que o resultado ilícito decorre de imprudência, negligência ou imperícia. A existência da modalidade culposa de determinada infra

ção penal pressupõe expressa previsão no texto legal.

Os **preterdolosos**, por sua vez, são crimes híbridos, em que a lei descreve uma conduta inicial dolosa agravada por um resultado culposo. O crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) é o melhor exemplo, pois nele existe

por parte do agente apenas intenção de lesionar a vítima, mas, durante a agressão, ele acaba, culposamente, causando sua morte.

I.3.9. Outras classificações

Existem diversas outras classificações de menor importância que serão abordadas especificamente quando se referirem a um determinado ilícito penal. Além disso, será elaborado quadro com a classificação doutrinária das infrações penais que se revestirem de maior relevância.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 67

11/4/2011 17:24:07

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 68

11/4/2011 17:24:07

TÍTULO I

1. DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

Nesse primeiro Título da Parte Especial do Código Penal são definidos os crimes que atingem a pessoa em seus principais valores físicos ou morais (vida, integridade física, honra, liberdade etc.). Na enorme maioria das infrações penais descritas nesse Título, a vítima é a pessoa humana (física). Excepcionalmente, como se verá, o sujeito passivo pode ser pessoa jurídica, como se dá nos crimes de difamação (art. 139) e violação de correspondência comercial (art. 152).

Esse Título é dividido em seis Capítulos, dependendo do bem jurídico afetado pela conduta delituosa, conforme demonstra o quadro abaixo:

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

- Capítulo I — Dos crimes contra a vida;
- Capítulo II — Das lesões corporais;
- Capítulo III — Da periclitação da vida e da saúde;
- Capítulo IV — Da rixa;

• Capítulo V — Dos crimes contra a honra;

• Capítulo VI — Dos crimes contra a liberdade individual.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 69

11/4/2011 17:24:07

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 70

11/4/2011 17:24:07

I

DOS CRIMES CONTRA A VIDA

1.1. DOS CRIMES CONTRA A VIDA

A vida é o mais valioso dos bens jurídicos de que dispõe o ser humano, de modo que o primeiro crime previsto na Parte Especial do Código é o **homicídio**.

Além dele, prevê a lei punição ao **infanticídio**, modalidade mais branda de homicídio, porém, descrita no Código como crime autônomo, em que a mãe mata o próprio filho durante ou logo após o parto em razão de alterações em seu estado físico e emocional.

O suicídio não é e nem poderia ser elencado como crime, mas quem induz, instiga ou auxilia outra pessoa a se matar comete crime contra a vida conhecido como participação em **suicídio**.

Por fim, nosso legislador tutelou a vida do nascituro, estabelecendo como crime a provocação dolosa de **aborto**.

DOS CRIMES CONTRA A VIDA

• Homicídio (doloso e culposo) (art. 121);

• Participação em suicídio (art. 122);

• Infanticídio (art. 123);

• Aborto (arts. 124 a 128).

Os crimes previstos nesse Capítulo, à exceção da modalidade culposa de homicídio, são julgados pelo Tribunal do Júri, na medida em que o art. 5º, XXXVIII, *d*, da Constituição Federal, confere ao Tribunal Popular competência para julgar os **crimes dolosos contra a vida**.

1.1.1. Homicídio

Pode ser doloso ou culposo.

1.1.1.1. Homicídio doloso

Subdividese em três modalidades:

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 71

11/4/2011 17:24:07

72 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Espécies

de homicídio

Simples

Privilegiado

Qualificado

(art. 121, *caput*)

(art. 121, § 1º)

(art. 121, § 2º)

1.1.1.1.1. Homicídio simples

Art. 121, *caput* — Matar alguém:

Pena — reclusão, de 6 a 20 anos.

1.1.1.1.1.1. Conceito

O homicídio consiste na eliminação da **vida humana extrauterina** provocada por outra pessoa. A vítima deixa de existir em decorrência da conduta do agente.

Este pode realizar o ato homicida pessoalmente, ou atiçando um animal bravio contra a vítima, ou até mesmo valendose de pessoa inimputável, como no caso de convencer uma criança a jogar veneno no copo da vítima.

O texto legal não define quando um homicídio é considerado simples. Ao contrário, preferiu o legislador definir expressamente apenas as hipóteses em que o crime é privilegiado (art. 121, § 1º) ou qualificado (art. 121, § 2º). Dessa forma, é **por exclusão** que se conclui que um homicídio é simples, devendo ser assim considerados os fatos em que não se mostre presente quaisquer das hipóteses de privilégio e qualquer qualificadora.

1.1.1.1.1.2. Objetividade jurídica

É a vida humana extrauterina. Antes do nascimento, a eliminação da vida cons titui crime de aborto.

Como o homicídio atinge um único bem jurídico, é classificado como crime **simples**. Note-se que até o homicídio qualificado, por atingir um só bem jurídico, constitui crime simples. Não se deve confundir as denominações: homicídio simples e crime simples, que têm significados diversos.

O homicídio é também classificado como crime **de dano**, na medida em que sua configuração exige efetiva lesão ao bem jurídico. Com efeito, para que haja homicídio consumado, não basta que a vítima tenha corrido perigo de vida, sendo necessário o evento morte.

1.1.1.1.1.3. Meios de execução

A conduta típica “matar” admite qualquer meio de execução (disparos de arma de fogo, facadas, atropelamento, emprego de fogo, asfixia etc.). Alguns desses meios 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 72

de execução, aliás, tornam o crime qualificado, como, por exemplo, o fogo, o explosivo, o veneno, a asfixia etc. De qualquer modo, o fato de admitir qualquer meio de execução faz com que o homicídio seja classificado como crime de **ação livre**.

É até mesmo possível que o homicídio seja praticado por **omissão**, como no famoso exemplo da mãe que, querendo a morte do filho pequeno, deixa de alimentá-lo.

Temos, nesse caso, um crime **comissivo por omissão**, em que a mãe tinha o dever jurídico de evitar o resultado e podia fazê-lo, porém, querendo a morte do filho, se omitiu. Em tal caso, a mãe é a única envolvida, sendo a **autora** do crime. Existe, ainda, a **participação por omissão**. Suponhase que um policial, ao dobrar uma esquina, veja um homem desconhecido estrangulando uma mulher. Ele está armado e pode evitar o resultado, tendo, inclusive, o dever jurídico de fazê-lo. Contudo, ao perceber que a vítima é uma pessoa de quem ele não gosta, resolve se omitir, permitindo que o homicídio se consume. O desconhecido é autor do homicídio e o policial, partícipe por omissão (porque tinha o dever jurídico de evitar o crime e não o fez).

• Crime impossível por absoluta ineficácia do meio

Quando o agente realiza um ato agressivo visando matar a vítima mas esta sobrevive, ele só pode ser responsabilizado por tentativa de homicídio se ficar demonstrado que o meio executório por ele empregado poderia ter causado a morte e que isso só não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade. É que o art. 17 do Código Penal estabelece que **não se pune a tentativa** quando a consumação se mostrar impossível no caso concreto por absoluta ineficácia do meio. A exclusão da modalidade tentada se dá mesmo que se prove que o agente desconhecia referida ineficácia absoluta do meio. Desse modo, se uma pessoa diz a outra que quer cometer um homicídio e pede a ela uma arma emprestada e esta última entrega uma arma de brinquedo, dizendo ao executor que ela é verdadeira, mas este se aproxima da vítima e aperta o gatilho, sem conseguir, evidentemente, causarlhe qualquer arranhão, não responde por qualquer ilícito

penal, muito embora tenha apertado o gatilho da arma de brinquedo querendo matar a vítima.

A doutrina, por outro lado, entendeu que é meramente relativa a ineficácia do meio e que, portanto, o agente deve responder pela tentativa, quando ele não consegue efetuar os disparos por se tratar de projétil antigo que não detona ou pelo fato de a arma, embora apta a efetuar disparos, apresentar defeito mecânico no momento em que acionada. Se, todavia, a perícia constatar que o revólver era totalmente inapto a realizar disparos pela falta de alguma peça, haverá crime impossível.

Quando se trata de arma descarregada ou com as respectivas cápsulas previamente deflagradas, o entendimento é de que configura-se também crime impossível.

Nesse sentido se manifestou Celso Delmanto:1 "*o revólver sem munição é absolutamente inidôneo para matar alguém a tiro; já o revólver com balas velhas (que podem ou não disparar de acordo com a sorte) é meio relativamente ineficaz e seu uso permite configurar tentativa punível*".

1 Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, 4. ed., p. 28.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 73

11/4/2011 17:24:08

Fernando Capez,2 por sua vez, salienta que, se "*uma arma apta a efetuar disparos mas que, às vezes, falha, picotando o projétil e, com isso, vindo a vítima a sobreviver, ocorre tentativa, pois o meio era relativamente eficaz*".

Na jurisprudência podemos encontrar:

"*Estando o revólver empunhado pelo réu desmuniciado, com todas as balas já deflagradas, absolutamente ineficaz o seu uso para a prática do homicídio. Tem-se, na espécie, pois, verdadeira tentativa impossível*" (TJSP — Rel. Camargo Sampaio

— *RT* 514/336); "*Configura crime impossível o uso de arma descarregada, ocorrendo tal fato como causa de impunibilidade, segundo o art. 17 do CP*" (TJSC — Relª.

Thereza Tang — *ADV* 7.342/760).

Arma de brinquedo,

Meio

Crime impossível.

descarregada

absolutamente

Conduta atípica

ou defeituosa

ineficaz

Meio

Arma ou projétil

Tentativa de

relativamente

que falha

homicídio

ineficaz

1.1.1.1.1.4. Sujeito ativo

O homicídio enquadrase no conceito de crime **comum** porque pode ser praticado por **qualquer pessoa**, na medida em que o texto legal não exige qualquer qualidade especial para que alguém seja autor desse crime.

Admite também **coautoria** e **participação**, de forma autônoma ou conjunta.

Haverá coautoria quando duas pessoas realizarem os atos executórios que culminem na morte da vítima, como, por exemplo, quando efetuarem disparos de armas de fogo contra ela. O caso será de participação quando a pessoa não realizar ato executório do homicídio, mas, de alguma outra forma, colaborar para o delito, como, por exemplo, incentivando verbalmente outra pessoa a cometer o crime ou lhe emprestando a arma de fogo para que o faça. É comum, também, que, em um mesmo caso, existam, concomitantemente, coautores e partícipes. Ex.: duas pessoas armadas efetuam disparos contra a vítima, contando com o incentivo verbal de um partícipe.

• Autoria colateral e autoria incerta no homicídio

Esses institutos são de aplicação muito rara, principalmente no que se refere à sua incidência no crime de homicídio. A autoria **colateral** se mostra presente quando duas ou mais pessoas querem matar a mesma vítima e realizam ato executório ao mesmo tempo (enquanto ela ainda está viva), *sem que uma saiba da intenção da* 2 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 22.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 74

11/4/2011 17:24:08

outra, sendo que o resultado morte decorre da ação de apenas uma delas. Esses requisitos são indispensáveis para que se fale em autoria colateral pois, quando os envolvidos estão agindo previamente ajustados no sentido de matar a mesma pessoa, eles são considerados coautores e, nessa condição, caso a vítima morra, ambos responderão por crime consumado, ainda que não se descubra qual dos dois realizou o ato executório fatal. Na autoria colateral, como os envolvidos não sabem um da intenção do outro, a análise deve ser feita de maneira individualizada, procurando-se descobrir qual deles causou a morte. Um responderá por crime consumado, enquanto o outro responderá por tentativa. Ex.: duas pessoas estão em uma festa onde também se encontra a vítima que ambas pretendem exterminar, porém, uma nada sabe a respeito do intento da outra. Uma delas coloca veneno em um whisky e o serve para a vítima que toma

um grande gole. Nesse momento, o outro homicida se aproxima e desfere um tiro mortal na cabeça da vítima que ainda estava viva e morre em razão do disparo sofrido. Este último responde por homicídio consumado. O outro responde por tentativa de homicídio qualificada pelo emprego de veneno.

A autoria **incerta**, por sua vez, ocorre quando estiverem presentes os requisitos da autoria colateral, mas não for possível estabelecer qual dos envolvidos deu causa à morte. Ex.: João e Pedro querem matar a vítima Luiz. Um não sabe da intenção do outro e atiram ao mesmo tempo contra a vítima, que morre recebendo apenas um disparo, mas a perícia, bem como o restante da prova colhida é insuficiente para se saber quem efetuou o disparo fatal. Em tal caso não é viável que ambos sejam condenados pelo crime consumado, sendo que a solução apontada por toda doutrina é no sentido de que **ambos** respondam por tentativa de homicídio, apesar de a vítima ter morrido.

• Autoria mediata

Esta é a denominação que se dá às hipóteses em que o agente serve-se de pessoa sem discernimento para executar para ele o homicídio. O executor é **mero instrumento** por atuar sem vontade própria ou sem consciência do que está fazendo e, por isso, **só o autor mediato responde pelo delito**. É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito induz um doente mental ou menor de idade a matar alguém, ou quando coage outra pessoa a cometer para ele o crime (coação moral irresistível).

1.1.1.1.1.5. Sujeito passivo

Pode ser **qualquer ser humano**.

Após o nascimento toda e qualquer pessoa que tenha vida pode ser vítima do crime de homicídio.

Dependendo de certas características do sujeito passivo, haverá deslocamento do crime de homicídio para outros previstos em leis especiais. Assim, quem mata dolosamente o Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou o Presidente do Supremo Tribunal Federal, comete o crime do art. 29 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83). Por sua vez, comete o crime de **genocídio**, previsto no art. 1º, da Lei n. 2.889/56, quem mata, com intenção de destruir, no todo em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 75

11/4/2011 17:24:08

O assassinato de gêmeos siameses (xifópagos) configura dois crimes de homicídio, ainda que o agente tenha atingido o corpo de apenas um deles, pois a morte de um leva, inexoravelmente, à morte do outro.

Pessoas condenadas à morte podem ser sujeito passivo de homicídio caso assassinadas antes da execução oficial pelo Estado. Lembre-se de que a Constituição Federal só prevê pena de morte em caso de determinados crimes militares em tempo de guerra (art. 5º, XLVII, *a*).

• Crime impossível por absoluta impropriedade do objeto

De acordo com o art. 17 do Código Penal, o agente não responde por tentativa de homicídio caso realize ato de execução visando matar determinada pessoa sem saber que ela já havia falecido. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém, simulando tratarse de um presente, coloca uma caixa contendo uma bomba na porta da casa de uma pessoa que, minutos antes, havia morrido no interior de tal residência. Nesse caso, estamos diante de crime impossível por **absoluta impropriedade do objeto**.

Considerando, entretanto, que o art. 4º do Código Penal, ao tratar do "tempo do crime", estabelece que se considera cometida a infração penal no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado, devese considerar existente a tentativa de homicídio quando se prova que o agente colocou uma cartabomba no correio (ato de execução do homicídio) quando a vítima ainda estava viva e que ela morreu por causas naturais no período posterior à postagem e anterior à entrega da carta em sua casa.

Observação: Em qualquer dos exemplos citados, se outra pessoa abrir o pacote ou a carta contendo a bomba e morrer, o agente responderá por homicídio em relação a ela, pois, no mínimo, agiu com dolo eventual.

Um exemplo muito citado de crime impossível por absoluta impropriedade do

objeto é aquele em que o agente desfere facadas ou tiros em pessoa que está deitada em uma cama, sem saber que ela morrera horas antes em decorrência de ataque cardíaco. Nesse caso, o agente não responde por tentativa de homicídio e tampouco por crime de destruição ou vilipêndio a cadáver, na medida em que estes últimos crimes são dolosos e não havia por parte do agente intenção de destruir ou desrespeitar um cadáver. Sua intenção era a de matar uma pessoa, mas, como o Código Penal não pune a tentativa nesse caso, o agente não receberá qualquer punição.

1.1.1.1.1.6. Consumação

O crime de homicídio, por óbvio, consumase no momento da **morte** decorrente da conduta dolosa do agente.

• Momento da morte e sua definição legal

Na área médica, havia grande controvérsia em torno da definição do momento exato da morte. Para alguns, bastava a morte encefálica, mas, para outros, seria necessário aguardar a cessação completa dos movimentos respiratórios e da circulação 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 76

11/4/2011 17:24:08

I Dos Crimes Contra a Pessoa

77

sanguínea. Em razão da falta de definição em torno do tema, os médicos se recusavam a efetuar a retirada, para fim de transplante, de órgãos ou tecidos de pessoas com morte encefálica, mas ainda com movimentos cardíacos e respiratórios, com receio de serem acusados de homicídio. O atraso na retirada desses órgãos ou tecidos, contudo, comprometia a qualidade deles e, muitas vezes, a própria viabilidade do transplan te.

O nosso legislador, preocupado com as imensas filas de pacientes aguardando transplantes, e fundado em estudos conclusivos de que a morte encefálica é irreversível, aprovou a Lei n. 9.434/97, que, em seu art. 3º, declara considerar-se morta a pessoa no momento da **cessação da atividade encefálica**. Referida lei dispõe, outrossim, que a remoção e retirada dos órgãos, aprovada pelo falecido ou pelos parentes, será permitida após a constatação e registro da morte

encefálica por dois médicos que não façam parte da equipe de remoção e transplante. Dessa forma, tendo sido verificada e declarada a morte encefálica, não há nenhuma chance de ser acusado por homicídio aquele que tenha desligado os aparelhos que mantinham artificialmente os batimentos cardíacos e os movimentos respiratórios. Em tal hipótese, a pessoa já está legalmente morta, e, portanto, não se confunde com a eutanásia, em que uma pessoa está doente, porém viva, e outrem provoca sua morte para abreviar o sofrimento.

Sem que tenha havido morte encefálica, não há que se falar em homicídio consumado, por mais grave que sejam as sequelas sofridas em decorrência do ato agressivo.

Assim, se o agente efetuou disparos na cabeça da vítima que, em razão disso, há anos permanece em vida vegetativa, sem reconhecer familiares e sem apresentar movimentos corporais, porém, com vida encefálica, ela, juridicamente, está viva, de modo que o autor da agressão só pode ser responsabilizado por tentativa de homicídio.

O homicídio classifica-se como **crime de dano**, pois sua verificação pressupõe efetiva lesão ao bem jurídico tutelado — a vida.

• Classificações

No que tange ao **momento consumativo**, o homicídio classifica-se como crime **material**, categoria de ilícitos penais que exigem a superveniência do resultado previsto no texto legal para estarem consumados. Como o **resultado morte** é necessário para a consumação, não há dúvida de que o homicídio é crime material.

Por sua vez, no que se refere à **duração do momento consumativo**, é classificado como crime **instantâneo**, uma vez que o evento morte ocorre em um momento exato. Considerando, entretanto, que a morte é irreversível, costuma-se dizer que o homicídio é crime **instantâneo de efeitos permanentes**.

• Prova da materialidade

A materialidade do homicídio é demonstrada pelo **exame necroscópico** em que o médico legista atesta a ocorrência da morte e suas causas.

A autópsia deve ser feita pelo menos seis horas após o óbito (art. 162 do CPP).

Se a autópsia não tiver sido realizada antes de o corpo ser enterrado ou se surgirem dúvidas em torno da conclusão do perito, poderá ser determinada a exumação do corpo para a sua realização ou para exames complementares, tudo na forma dos arts.

163 e 164 do CPP.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 77

11/4/2011 17:24:08

Se não for possível o exame do corpo por ter ele desaparecido, a materialidade do homicídio pode ser demonstrada por prova testemunhal (art. 167 do CPP). É o que ocorre quando o corpo da vítima do homicídio é lançado ao mar e depois não é recuperado, mas testemunhas afirmam ter visto a pessoa morta.

1.1.1.1.1.7. Tentativa

A tentativa de homicídio é plenamente **possível** e, aliás, muito comum. Para o seu reconhecimento, são exigidos três fatores:

1. Que exista prova inequívoca de que o agente queria matar a vítima.

O que diferencia uma tentativa de homicídio em que a vítima tenha sofrido lesão de um crime de lesão corporal é unicamente o dolo do agente. Na tentativa, ele quer matar e não consegue, enquanto na lesão corporal a intenção é apenas de ferir a vítima.

Essa distinção, em termos teóricos, é extremamente simples. Na prática, entretanto, tal aspecto causa calorosos debates nos julgamentos em Plenário do Júri, pois, normalmente, o Ministério Público procura provar a existência do dolo de matar para que seja reconhecida a tentativa de homicídio, enquanto a defesa sustenta que o réu queria meramente machucar a vítima, pretendendo, com isso, a desclassificação do crime para o de lesões corporais, que possui pena menor.

Nesses casos, para que possam decidir com acerto, os Jurados devem analisar fatores que normalmente indicam a existência ou inexistência da intenção homicida, como, por exemplo, o tipo e a potência da arma utilizada, eventuais ameaças de morte proferidas pelo agente contra a vítima, local em que esta foi alvejada, quantidade de golpes desferidos etc.

2. Que tenha havido início de execução do homicídio.

Só é possível reconhecer a existência de tentativa se o agente já deu início à execução do crime, exigência expressa do art. 14, II, do Código Penal. Antes disso, eventuais atos perpetrados pelo agente são meramente preparatórios e ainda não constituem infração penal.

Existe mero ato preparatório nas ações que não podem provocar, por si só, como sua consequência imediata, o resultado morte. Assim, se alguém compra um veneno para preparar em sua casa um bolo envenenado a fim levá-lo à casa da vítima para presenteá-la, mas o bolo estraga por ficar tempo demais no forno, temos mero ato preparatório, pois, ainda havia uma ação imprescindível para que o resultado morte pudesse se verificar, qual seja, a entrega do bolo, já que, até tal momento, o agente poderia se arrepender e não o encaminhar. Se o homicida, contudo, concretizasse a entrega do bolo envenenado, já estaríamos diante de ato executório, pois a partir desse instante a vítima poderia consumi-lo independentemente de novas ações do homicida.

No exemplo acima, houve circunstância alheia à vontade do agente que impediu o encaminhamento do doce (o fato de o bolo ter queimado), mas ele não responde por tentativa porque houve mero ato preparatório.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 78

11/4/2011 17:24:08

Da mesma forma, constitui mero ato preparatório comprar uma arma com a qual se pretende matar a vítima, ou mais, ficar aguardando a vítima passar por determinado local para emboscá-la, mas não conseguir efetuar disparos por ter a vítima alterado seu trajeto nesse dia. Nas hipóteses, faltava ainda uma ação

imprescindível por parte do agente para se ter o início de execução, qual seja, a de efetuar disparo com a arma de fogo. Entende-se que o agente poderia desistir, ou não ter efetiva coragem de iniciar os disparos, de modo que tudo deve ser interpretado como ato preparatório do homicídio.

Assim, em se tratando de arma de fogo, o início de execução se dá pelo ato de apertar o gatilho em direção à vítima. Em se tratando de arma branca, o início de execução se dá pelo movimento corpóreo a fim de atingi-la.

Quando se trata de ação homicida a ser realizada em dois atos seguidos (jogar gasolina e depois atear fogo), considera-se ter havido início de execução com o primeiro ato, de modo que haverá tentativa de homicídio se o agente jogar o combustível na vítima, mas for impedido de atirar o fósforo aceso sobre ela.

Em suma, existe início de execução com a prática do primeiro ato idôneo e inequívoco que pode levar à consumação. Ato idôneo é aquele apto a produzir o resultado consumativo. Ato inequívoco é aquele indubitavelmente ligado à consumação.

3. Que o resultado morte não tenha ocorrido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Caso realizado ato de execução, haverá tentativa de homicídio qualquer que tenha sido a causa da sobrevivência da vítima, desde que alheia à vontade do agente. Ex.: vítima que conseguiu se esquivar dos disparos ou facadas dados pelo agente; vítima que foi jogada de um penhasco, mas ficou presa em uma árvore; vítima que bebeu apenas um pequeno gole do copo de cerveja envenenada servida pelo agente porque amigos chegaram ao bar onde ela estava e a convidaram para ir em uma festa; disparo na cabeça que não penetrou a calota craniana por ter atingido parte mais consistente do osso; vítima que foi imediatamente socorrida e recebeu tratamento de emergência; intervenção de terceira pessoa que desviou a mão do homicida no exato instante em que efetuava disparo mirando no coração da vítima etc.

Ressaltese, porém, que os casos mais comuns de tentativa são aqueles em que o agente não consegue atingir a vítima em parte vital de seu corpo — por seu nervosismo ou por falta de preparo no manuseio da arma — fatores que, embora inerentes ao agente, são alheios à sua vontade, porque fogem de seu controle.

Na denúncia por crime de tentativa de homicídio é necessário que o promotor de

justiça descreva a circunstância alheia à vontade do agente que impediu a consumação.

• Pluralidade de tentativas em relação à mesma vítima

É plenamente possível que uma pessoa responda por duas tentativas de homicídio contra a mesma vítima, desde que os atos agressivos que visavam a sua morte tenham sido realizados em **contextos fáticos distintos**. Se, entretanto, o agente, no mesmo 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 79

11/4/2011 17:24:08

episódio, tenta matar a vítima com disparos de arma de fogo e, sem conseguir alvejá-la de forma fatal, apodera-se imediatamente de uma faca e desfere golpes contra ela sem conseguir causar a morte, responde por uma só tentativa de homicídio.

• Homicídio consumado e tentado contra a mesma vítima

Se o agente tenta matar a vítima em uma oportunidade e, cessada a execução deste crime, em outro contexto fático, realiza novo ato agressivo conseguindo matá-la, responde por dois crimes, um tentado e outro consumado. Ex.: após alvejar a vítima com disparos de arma de fogo, esta é internada em um hospital. O homicida, ao saber que ela não morreu, vai até o hospital de madrugada, rende os seguranças do estabelecimento e mata a vítima com novos disparos.

De ver-se, entretanto, que, se as duas ações ocorrerem no **mesmo contexto fá-**

tico, a consumação do homicídio absorverá a tentativa. É o que ocorre se o agente tenta tirar a vida da vítima com uma faca e, após ser desarmado, apodera-se de uma enxada com a qual consegue consumar o delito desferindo golpes na cabeça dela.

• Espécies de tentativa em razão do resultado

Dependendo de a vítima ter sido ou não atingida, a tentativa pode ser branca ou cruenta.

• Tentativa branca

Ocorre quando o golpe ou disparo efetuados **não atingem** o corpo da vítima de modo que esta não sofre nenhuma lesão. É necessário que se prove que o agente pretendia atingir a vítima, mas que não conseguiu. Nesse caso, a diminuição referente à tentativa será feita em seu grau máximo (2/3), já que esse redutor deve ser aplicado de acordo com a maior ou menor proximidade da consumação.

É também chamada de tentativa **incruenta**.

• Tentativa cruenta

É aquela em que a vítima **sofre lesão corporal** como consequência do ato agressivo perpetrado pelo agente. Conforme já estudado, diferencia-se do crime de lesão corporal em razão do dolo de matar.

1.1.1.1.1.8. Desistência voluntária

De acordo com o art. 15, 1ª parte, do Código Penal, configura-se tal instituto quando o agente desiste, voluntariamente, de prosseguir na execução do crime,

hipótese em que só responde pelos atos já praticados.

Insta, pois, salientar que o reconhecimento desse instituto pressupõe que tenha havido início de execução, já que se trata de exigência expressa no texto legal. Por isso, quando alguém prepara uma cartabomba ou um doce envenenado tencionando remetê-los à vítima, mas desiste de cometer o crime, mantendo a carta ou o doce consigo, não há que falar na desistência voluntária, mas em atipicidade da conduta 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 80

11/4/2011 17:24:08

I Dos Crimes Contra a Pessoa

81

pela prática de meros atos preparatórios. Nos exemplos acima, não é errado dizer que o agente **desistiu** de cometer o crime, contudo, essa desistência se deu antes mesmo de ele iniciar sua execução, razão pela qual não se mostra presente, tecnicamente, o instituto da desistência voluntária.

No crime de homicídio, a desistência voluntária se mostra presente quando o agente dá início à execução, mas não consegue, de imediato, a morte da vítima, contudo, tendo ainda ao seu dispor formas de prosseguir no ataque e concretizar a morte, resolve, voluntariamente, não o fazer. É o que ocorre, por exemplo, quando o homicida possui seis cápsulas em seu revólver e, após efetuar um primeiro disparo e perceber que não atingiu a vítima de forma fatal, resolve não apertar o gatilho novamente, embora pudesse tranquilamente fazê-lo por estar a vítima à sua mercê. Em tais casos, apesar de ter havido dolo de matar por parte do agente no instante em que efetuou o primeiro disparo e até mesmo uma circunstância alheia à sua vontade que impediu o resultado — o erro de pontaria —, o legislador entendeu que o agente não poderia ser responsabilizado por tentativa de homicídio porque a circunstância im pe ditiva do resultado, e alheia à sua vontade, deveria se mostrar presente durante todo o contexto fático, e não apenas em face da primeira ação. Assim, se analisarmos o fato como um todo, perceberemos inexistir circunstância que tenha impedido o agente de efetuar outros disparos e consumar o homicídio, razão pela qual o art. 15, do Código Penal, até mesmo com o fim de premiar o sujeito pela desistência, esta bele ce que ele só responde pelos atos anteriores já praticados (e não por tentativa de homicídio). Dessa forma, no exemplo anterior, se o disparo atingiu a vítima

sobrevivente, o sujeito responderá por lesão leve ou grave, dependendo do que o disparo nela tenha causado, ou por crime de periclitação da vida (art. 132), caso o disparo não a tenha atingido.

A propósito: "*Mesmo que a intenção do acusado fosse de matar a vítima, não se configura a tentativa de homicídio se voluntariamente desiste da ação delituosa, após atingi-la com dois disparos, abandonando o local com três balas intactas no tambor de seu revólver*" (TJSP — Rel. Camargo Sampaio — *RT* 544/346).

Para que haja o reconhecimento da desistência voluntária, é necessário que o agente tenha percebido que não alvejou a vítima de modo fatal. Por isso, se ele deixou de disparar novos projéteis por pensar que a vítima já estava morta, responde por tentativa de homicídio.

É necessário, outrossim, que a atitude de desistir de prosseguir na execução tenha sido voluntária, ainda que não espontânea, ou seja, o não prosseguimento nos atos executórios há de ser consequência da própria vontade do agente, mesmo que a ideia de desistir tenha sido sugestão de terceiro ou de pedido de clemência da vítima.

Não haverá, contudo, desistência voluntária se ele, por exemplo, deixar de efetuar novos disparos para colocar-se em fuga ante à inesperada chegada de policiais ao local em que estava sendo praticado o crime.

1.1.1.1.1.9. Arrependimento eficaz

Ao passo que na **desistência voluntária** o agente, já tendo realizado algum ato executório, porém, ciente de não ter conseguido realizar ato fatal, resolve se **omitir**, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 81

11/4/2011 17:24:08

no **arrependimento eficaz** o sujeito já tinha realizado todos os atos executórios ao seu alcance, que, como decorrência causal, já seriam suficientes para ocasionar a morte, porém, se arrepende e **pratica novo ato** para salvar a vida da vítima.

Os exemplos mais comuns de arrependimento eficaz são aqueles em que o agente atinge a vítima em área nobre de seu corpo, mas a socorre de imediato, conseguindo salvá-la; ou quando a envenena e, em seguida, fornece o antídoto.

É possível, todavia, que exista arrependimento eficaz ainda que a vítima não tenha sido lesionada. É o que ocorre quando o agente envia pelo correio uma cartabomba para a vítima. Seus atos executórios já estão encerrados, bastando aguardar que a vítima abra a carta e morra pelo efeito dos explosivos. Se, todavia, o agente for até a casa dela e resgatar a carta antes de ela ser recebida ou caso a avise para não abrir a correspondência, teremos arrependimento eficaz. Igualmente, se o agente deu forte sonífero para uma pessoa e a deixou trancada no quarto de uma casa e ateou fogo à residência, já realizou os atos necessários a provocar o evento morte, bastando aguardar que o fogo siga seu curso natural. Se ele próprio apagar o fogo, ou acionar os bombeiros para fazê-lo, ou caso entre na casa e retire dali a vítima, teremos hipóteses de arrependimento eficaz.

Em todos os exemplos mencionados, o agente já havia realizados os atos exe -

cutórios ao seu alcance e, em seguida, realizou nova ação que evitou o resultado.

Pode-se, portanto, dizer que, se houver uma **ação** impeditiva do resultado, estará presente o **arrependimento eficaz**, e se houver uma **omissão** no prosseguimento dos atos executórios que estavam em andamento, haverá **desistência voluntária**. Nesse sentido: "*A distinção entre desistência e arrependimento eficaz depende do momento em que ocorre a interrupção do processo executivo. Se o agente ainda não havia feito tudo o que era objetivamente necessário para a consumação (...) há desistência: o agente não prossegue na execução. Exemplo: o agente alveja a vítima e não a atinge; podendo prosseguir com outros disparos, desiste. Se o agente já havia concluído os atos de execução necessários (ex.: lançar a vítima ao mar) há arrependimento*", caso ele resgate a vítima da água (TAMG — Rel. Costa e Silva — *ADV* 7.239/745).

A consequência do arrependimento eficaz é a mesma, ou seja, que o agente só responda pelos atos já cometidos. No último exemplo, ele responderia por crime de incêndio e não por tentativa de homicídio.

Para que seja reconhecido o arrependimento eficaz, é também exigido que tenha ele sido decorrente de ato voluntário do agente — mesmo que não espontâneo — e que a nova ação realizada para salvar a vítima tenha sido exitosa. Daí o nome

arrependimento **eficaz**.

1.1.1.1.1.10. Elemento subjetivo

É o dolo, direto ou eventual.

No dolo **direto** existe vontade livre e consciente de eliminar a vida humana alheia. É também chamado de ***animus necandi*** ou ***animus occidendi***. É o que ocorre na maioria dos homicídios em que fica patente que o agente queria mesmo provocar a morte da vítima.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 82

11/4/2011 17:24:08

O tipo penal do homicídio simples não exige qualquer finalidade específica para sua configuração. Ao contrário, o motivo do crime pode fazer com que passe a ser considerado privilegiado (motivo de relevante valor social ou moral) ou qualificado (motivo fútil ou torpe). Se, entretanto, a motivação do homicida não se enquadrar em nenhuma das hipóteses que tornam o crime qualificado ou privilegiado, automaticamente será ele considerado simples.

É também admissível o dolo **eventual** quando o agente, com sua conduta, assume o risco de provocar a morte. É o que ocorre quando alguém faz roleta-russa mirando o revólver para outra pessoa e, apesar de haver uma só cápsula no tambor, acaba havendo o disparo e a morte. Nossa jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, tem admitido a existência de dolo eventual em mortes que decorrem de disputa não autorizada de veículos em via pública — "rachas".

Nesse sentido: "*A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada — além de ensejar a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual inerente a esse comportamento do agente —, justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, a atitude de quem, em assim agindo, comete*

os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais (STF — HC 71.800/RS — Rel. Celso de Mello, *DJ* 03.05.1996, p. 13899).

• Diferença entre a tentativa de homicídio e a lesão corporal seguida de morte

O elemento subjetivo serve também para diferenciar a tentativa de homicídio do crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP). Com efeito, na tentativa o agente quer matar e não consegue, enquanto na lesão seguida de morte ocorre exatamente o oposto, ou seja, o agente quer apenas lesionar, mas, culposamente, acaba provocando a morte.

• Progressão criminosa

Verifica-se o instituto da **progressão criminosa** quando o agente inicia uma agressão exclusivamente com intenção de lesionar a vítima, porém, **durante a agressão**, muda de ideia e resolve matála. Nesse caso, ainda que o agente tenha resolvido cometer o homicídio somente depois de já haver provocado a lesão na vítima, considerase absorvido esse delito, respondendo ele apenas pelo homicídio, já que ambos os atos agressivos ocorreram no mesmo contexto fático.

1.1.1.1.1.11. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum e de

De ação livre,

Material e

Doloso quanto ao

dano quanto

concurso eventual

comissivo ou

instantâneo de

elemento subjetivo

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo quanto

efeitos permanentes

jurídica

ativo

aos meios de

quanto ao

execução

momento

consumativo

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 83

11/4/2011 17:24:09

1.1.1.1.1.12. Ação penal e competência

O crime de homicídio apura-se mediante ação **pública incondicionada**, sendo a iniciativa da ação exclusiva do **Ministério Público**.

A análise do mérito da acusação, que resultará em condenação ou absolvição do réu, cabe aos Jurados, pois, de acordo com o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri.

A competência é a do local da consumação do delito. De ver-se, todavia, que a jurisprudência acabou criando uma exceção no caso de homicídio doloso quando a vítima é alvejada em uma cidade e levada para hospital de outro município, normalmente grandes centros onde há melhores condições de atendimento, e acaba falecendo nesta última localidade. Teoricamente, o julgamento deveria se dar no local onde a vítima morreu, contudo, isso dificultaria sobremaneira o julgamento no Plenário do Júri, já que as testemunhas do crime estão no local onde a vítima foi alvejada e não são obrigadas a se deslocar para serem ouvidas no dia do julgamento. Nesses casos, o julgamento é feito no local em que ocorreu a ação delituosa, e não no lugar em que a vítima morreu.

Em regra a competência é da Justiça Estadual, salvo se presente alguma circunstância capaz de provocar o deslocamento para a esfera federal, como, por exemplo, o fato de o homicídio ter sido cometido a bordo de navio ou aeronave (art. 109, IX, da Constituição), ou contra servidor público federal em virtude de suas funções (art.

109, IV, da Magna Carta). Dessa forma, o assassinato de um Delegado Federal em razão das investigações que preside deve ser julgado por Tribunal do Júri organizado na Justiça Federal.

O homicídio praticado por um militar contra outro é de competência da Justiça Militar, porém, se a vítima for civil, o julgamento será feito pelo Júri, na Justiça Comum. Com efeito, a Lei n. 9.299/96 alterou a redação do art. 9º do Código Penal Militar, estabelecendo que os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil serão de competência da Justiça Comum. Posteriormente, a emenda Constitucional n. 45/2004

alterou a redação do art. 125, § 4º, da Constituição, passando a conter regra idêntica.

• Curiosidades

a) É famosa na doutrina a discussão em torno do homicídio cometido por apenas um dos irmãos siameses (xifópagos). Suponha-se que eles estejam sentados em um sofá e um deles, sem o conhecimento do outro, traga escondido um revólver e, repentinamente, efetue disparos matando outra pessoa. A questão gira em torno da forma de punição, já que, não sendo possível separá-los, é injusto que ambos sejam presos, como também não é correto deixar o homicida totalmente

impune (seria uma espécie de autorização para matar). Como o Código Penal não tem solução específica para a hipótese, e tampouco há notícia de caso concreto que tenha sido julgado em nosso país, a solução mais adequada é aplicar algum tipo de pena alternativa que recaia somente sobre o responsável pelo delito.

b) Suponha-se que uma pessoa foi condenada pelo homicídio da ex-namorada, cujo corpo não foi encontrado, e já cumpriu a pena. Posteriormente, a namorada reaparece e o sujeito, alegando que já cumpriu pena por têla matado (e que ela já
02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 84

11/4/2011 17:24:09

está legalmente morta), comete realmente o homicídio. A solução é que responda novamente pelo delito, podendo, entretanto, obter indenização por erro judiciário quanto à primeira punição.

1.1.1.1.2. Homicídio privilegiado

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

• Introdução

As hipóteses de privilégio têm natureza jurídica de **causa de diminuição de pena**, pois, quando presentes, fazem com que a pena seja reduzida de um sexto a um terço. A denominação **privilégio**, embora amplamente consagrada, não consta do texto legal.

É pacífico o entendimento de que, apesar de a lei mencionar que o juiz **pode** diminuir a pena se reconhecido o privilégio, tal redução é obrigatória, na medida em que o art. 483, inc. IV, do Código de Processo Penal, diz que as causas de diminuição de pena devem ser apreciadas pelos jurados na votação dos quesitos e, assim, se estes votarem favoravelmente ao reconhecimento do privilégio, a redução deverá ser aplicada pelo juiz em decorrência do princípio constitucional

da **soberania dos vereditos do júri** (art.

5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal). Por isso é que se diz que a redução da pena decorrente do privilégio — se reconhecido pelos jurados — **é direito subjetivo do réu**.

Ao juiz cabe apenas escolher o índice de diminuição entre um sexto e um terço.

• Motivo de relevante valor social

Essa primeira hipótese de privilégio está ligada à motivação do agente, no sentido de imaginar que, com a morte da vítima, estará **beneficiando a coletividade**.

Fora das hipóteses em que o sujeito age acobertado por excludente de ilicitude, a morte de alguém é sempre ato considerado contrário aos interesses sociais. Daí por que ser o homicídio considerado crime. A lei, todavia, permite que os Jurados, representando a coletividade, condenem o réu, por considerar o ato criminoso, mas permitam a redução de sua pena porque ele, ao matar, imaginava estar beneficiando o corpo social. O exemplo clássico é o do homicídio do traidor da nação.

• Motivo de relevante valor moral

Diz respeito a sentimentos **pessoais** do agente aprovados pela moral média, co mo piedade, compaixão etc. No dizer de Heleno Cláudio Fragoso, são os motivos ti dos como nobres ou altruístas.3 A própria exposição de motivos do Código Penal ci ta a **eutanásia** como exemplo de homicídio cometido por motivo de relevante valor moral.

3 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 47.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 85

11/4/2011 17:24:09

A **eutanásia** se verifica quando o agente tira a vida da vítima para acabar com o grave sofrimento decorrente de alguma enfermidade. Pode se dar por ação, como no caso de sufocação de pessoa com grave cirrose hepática, ou por omissão, ao não providenciar alimento, por exemplo, à pessoa tetraplégica. Alguns mencionam como exemplo de eutanásia omissiva desligar os aparelhos que mantêm viva uma pessoa que se encontra em estado vegetativo. Tal pessoa não consegue respirar sem a ajuda de aparelhos, mas não tem uma enfermidade (patologia) que a levará à morte, podendo sobreviver por muitos anos. Nesse caso, desligar os aparelhos constitui eutanásia.

Trata-se, entretanto, de uma **ação** e não de uma omissão.

A **ortotanásia** não constitui crime. Nesta o médico deixa de lançar mão de tratamentos paliativos que só prolongariam por pouco tempo a vida de pessoa com doença irreversível e fatal, como em caso de grave câncer em que o médico desiste de tratamento quimioterápico, que só traria mais sofrimento à vítima em razões dos seus efeitos colaterais, quando já se sabe que o quadro não reverterá. Nesse caso, a morte da vítima decorre do câncer e não da ação ou omissão do médico.

Possível também o reconhecimento do relevante valor moral em casos de homicídio consentido para abreviar o sofrimento da vítima.

4 **Pai que mata o estuprador da filha**

Esse é um dos casos mais citados como exemplo de homicídio privilegiado em que o pai, algum tempo depois do fato, descobre quem foi o autor do crime sexual contra sua filha, e, então, comete homicídio. Alguns entendem que se trata de relevante valor moral, porque o motivo do pai é defender a honra da filha — sentimento individual relevante. Para outros, se trata de relevante valor social, porque sua intenção é eliminar um marginal, beneficiando a coletividade. Embora existam duas corren tes quanto ao fundamento, é pacífico que se trata de caso de homicídio privilegiado.

• Crime praticado sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à

injusta provocação da vítima

PRIVILÉGIO

Injusta provocação da vítima

Violenta emoção do agente

Ato homicida logo em seguida ao

ato provocador

Injusta provocação

Por uma série de razões, é possível que uma pessoa provoque a outra, fazendo-o, por exemplo, por meio de xingamentos, de brincadeiras de mau gosto, riscando seu carro, jogando lixo ou pichando sua casa etc.

Basicamente o que diferencia o privilégio da legítima defesa é o fato de que, no primeiro, ocorre mera **provocação** da vítima, enquanto, na segunda, há ato de injusta **agressão**.

Não se pode, contudo, esquecer de que a legítima defesa possui vários outros requisitos. Ela exige, ainda, que o agente use **moderadamente dos meios necessários** 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 86

11/4/2011 17:24:09

I Dos Crimes Contra a Pessoa

87

para repelir a injusta agressão. Esse requisito não se mostra presente, por exemplo, quando alguém empurra outra pessoa, ou lhe dá um tapa no rosto, ou, ainda lhe joga alguma bebida no rosto, e o agente, em contrapartida, efetua vários disparos contra ela.

Não obstante tenha havido uma agressão por parte desta, a reação homicida foi desproporcional, não sendo possível falar-se em legítima defesa. Não se pode negar, contudo, o caráter provocativo da vítima, o que permitirá o reconhecimento do privilégio.

Da mesma forma, exige a excludente da legítima defesa que a agressão seja **atual ou iminente**. Na prática, contudo, se uma pessoa agrediu outra com socos

e chutes e, cessada a agressão, foi até seu veículo para deixar o local, sendo, neste momento, alvejada pela vítima da agressão, que conseguira pegar um revólver com amigo que estava próximo, não estará configurada a legítima defesa porque a agressão inicial contra ela já havia cessado. Poderá, todavia, ser reconhecido o privilégio.

Conclui-se, portanto, que, se houver ato de provocação, só pode ser reconhecido o privilégio. Se, entretanto, houver injusta agressão por parte da vítima, poderá ser reconhecida a legítima defesa se presentes os demais requisitos do art. 25 do Código Penal, sendo o réu absolvido. Se ausente algum deles, abrese a possibilidade do reconhecimento do privilégio, pois o ato de agressão não deixa de ser uma provocação.

O contrário, porém, não é verdadeiro.

Quando alguém mata em razão de ter flagrado cônjuge ou companheiro em ato de **adultério**, é possível o reconhecimento do **privilégio**, pois é inegável que a situa

ção do flagrante provoca violenta emoção e que o adultério é considerado ato de injusta provocação. Não se trata aqui de morte baseada em mero ciúme, e sim de violenta emoção decorrente do flagrante de adultério. No passado alguns homens que cometeram crimes em tal situação foram absolvidos por **legítima defesa da honra**.

Os Tribunais, todavia, há muitos anos, rechaçaram tal possibilidade de absolvição, alegando que existe completa desproporção entre o homicídio e o ato de adultério, o que inviabiliza a absolvição por legítima defesa. O privilégio, porém, tem sido plenamente aceito em tais casos.

Notase, por consequência, que, para o reconhecimento do privilégio, não é necessário que a vítima tenha tido a específica intenção de provocar, bastando que o agente se sinta provocado. No caso do adultério, por exemplo, o cônjuge traidor sequer pretendia que o outro tomasse conhecimento disso.

Domínio de violenta emoção

O texto legal é bastante exigente, já que, para o reconhecimento do benefício, não basta a violenta emoção, sendo necessário que o agente fique sob o **domínio** desta. Exige-se, portanto, uma fortíssima alteração no ânimo do agente, isto é,

que fique irado, revoltado, perturbado em decorrência do ato provocativo. Trata-se de situação em que o sujeito fica tão intensamente alterado que acaba fazendo uma bobagem, que não faria se estivesse calmo. Daí a razão da diminuição da pena, tendo em vista que tal estado emocional foi causado por provocação da vítima.

O art. 28 do Código Penal dispõe que a emoção não exclui o crime, mas, na hipótese em análise, se acompanhada de outros requisitos, gera a redução da pena, em razão do disposto no art. 121, § 1º, do Código Penal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 87

11/4/2011 17:24:09

Ato homicida logo em seguida à injusta provocação

Para a aplicação do benefício, mostra-se necessária a chamada **reação imediata**, ou seja, que o ato homicida ocorra logo em seguida à provocação. Não existe uma definição exata em torno da expressão "logo em seguida", sendo ela normalmente reconhecida quando o homicídio ocorre no **mesmo contexto fático da provocação ou minutos depois**. Assim, se a vítima xinga o agente dentro de um bar e este imediatamente saca um revólver e a mata, não há dúvida de que o fato se deu logo após a provocação. Esse requisito, contudo, mostra-se ainda presente, se a pessoa xingada vai até seu carro ou até sua casa, que fica nas proximidades, retorna ao bar minutos depois e mata a vítima.

É possível que a provocação tenha ocorrido há muito tempo mas o agente só tenha tomado conhecimento pouco antes do homicídio e, nessa hipótese, há privilégio. Deve-se, pois, levar em conta o momento em que o sujeito ficou sabendo da injusta provocação e não aquele em que esta efetivamente ocorreu. Ex.: uma pessoa, em reunião de amigos, difama gravemente outra que não está presente. Alguns dias depois, uma das pessoas presentes à reunião encontra-se com aquele que foi difamado e lhe conta sobre o ocorrido. Este, ao ouvir a narrativa, fica extremamente irritado e, de imediato, vai à casa do difamador e comete homicídio.

• Diferença entre o privilégio da violenta emoção e a atenuante genérica homônima (de mesmo nome)

Nota-se no próprio texto legal duas diferenças. No privilégio, exige-se que o agente esteja sob o **domínio** de violenta emoção porque o ato se dá **logo em seguida** à injusta provocação. Na atenuante (art. 65, III, *c*), basta que ele esteja sob **influência** de violenta emoção decorrente de ato injusto, sem a necessidade de que o ato homicida ocorra logo em seguida àquele. Por isso, se o agente matou a vítima em face de perturbadora emoção ao flagrar o adultério, aplica-se o privilégio. Se ele, todavia, flagra a relação extraconjugal, mas comete o homicídio somente alguns dias depois, mostrase possível apenas a atenuante genérica.

Privilégio

Atenuante

O agente mata sob o domínio de

O agente comete o crime sob a

violenta emoção, logo em seguida à

influência de violenta emoção,

injusta provocação da vítima.

provocada por ato injusto da vítima.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 88

11/4/2011 17:24:09

Fácil concluir, portanto, que, como os requisitos são diversos, caso os jurados reconheçam o privilégio, que tem requisitos maiores, não poderá ser aplicada a atenuante. Caso, todavia, recusem o privilégio, o juiz poderá aplicar a atenuante,

se presentes seus requisitos.

• Caráter subjetivo das hipóteses de privilégio

Todas as figuras de privilégio são de caráter **subjetivo**, porque ligadas à motivação do agente (relevante valor social ou moral) ou à motivação somada à violenta emoção. Assim, nos termos do art. 30 do Código Penal, **não se comunicam** a coautores e partícipes do homicídio. Ex.: pai encontra o estuprador da filha e começa a desferir golpes para matá-lo. Nesse momento, um amigo chega ao local e, sem saber que se trata do estuprador, ajuda-o a matar o malfeitor. O pai responde por homicídio privilegiado, o amigo não. É evidente, contudo, que, se a motivação dos agentes for a mesma, será possível o reconhecimento do privilégio para ambos. Ex.: pai e mãe que matam o estuprador da filha.

1.1.1.1.3. Homicídio qualificado

• Introdução

Existem aproximadamente vinte qualificadoras do crime de homicídio, hipóteses em que o legislador entendeu ser o agente merecedor de maior reprimenda. Em todos esses casos a pena passa a ser de **20 a 30 anos de reclusão**. Ademais, em sendo qualificado o homicídio, passa ele a ter natureza hedionda, o que altera sensivelmente o regime de cumprimento da pena.

• Classificação das qualificadoras

Em análise aos cinco incisos em que estão previstas as figuras qualificadas do homicídio, foi possível à doutrina perceber que estão elas agrupadas de acordo com características comuns. Pela leitura do texto legal, é fácil notar que algumas se referem ao motivo do crime, outras ao meio ou modo de execução, e, por fim, algumas que decorrem da conexão do homicídio com outro crime.

Veja-se o quadro abaixo, em que as qualificadoras são classificadas: 1. Quanto aos **motivos**

Paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe, e motivo fútil.

2. Quanto ao **meio** empregado

Veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insi dioso ou cruel, ou de que possa resultar em perigo comum.

3. Quanto ao **modo** de execução

Traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

4. Por **conexão**

Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 89

11/4/2011 17:24:09

Na primeira modalidade, o delito é considerado mais grave em decorrência de o motivo do crime ser considerado imoral ou desproporcional.

Na segunda, o legislador elencou formas de provocar a morte da vítima que lhe causam grande sofrimento, ou em que o agente atua de maneira velada, ou, ainda, com a provocação de perigo a outras pessoas, o que, inegavelmente, justifica maior reprimenda.

Na terceira, o legislador considerou mais graves os crimes praticados de tal maneira que a vítima tenha ficado à mercê do homicida, sem possibilidade de defesa.

Por fim, o homicídio foi considerado qualificado quando cometido em razão de outro crime (conexão).

• Qualificadoras de caráter subjetivo e objetivo

Além da classificação já estudada, existe outra que subdivide as qualificadoras entre aquelas que possuem caráter subjetivo e as que têm caráter objetivo. Essa

distinção é de suma importância para a compreensão de muitos temas que serão a seguir analisados.

As qualificadoras de caráter **subjetivo** são aquelas ligadas à **motivação** do agente, sendo de suma importância ressaltar que, além das hipóteses de motivo torpe e fútil, as qualificadoras decorrentes da conexão também inserem-se nesse conceito.

Com efeito, embora possuam uma classificação autônoma decorrente do vínculo (conexão) do homicídio com outro crime, é inegável que, quando um homicídio é cometido, por exemplo, para assegurar a execução ou a impunidade de outro crime, o que está tornando o delito qualificado é o motivo pelo qual o agente matou a vítima

— assegurar a execução ou impunidade.

Já as qualificadoras de caráter **objetivo** são aquelas referentes a **meio e modo** de execução.

Qualificadoras de caráter

Qualificadoras de caráter

subjetivo

objetivo

Veneno, fogo, explosivo,

Paga, promessa de

asfixia, tortura ou outro meio

recompensa ou outro motivo

insidioso ou cruel, ou de que

torpe, e motivo fútil

possa resultar em perigo comum

Finalidade de assegurar

Traição, emboscada,

a execução, ocultação,

dissimulação ou outro recurso

impunidade ou vantagem de

que dificulte ou torne impossível

outro crime

a defesa do ofendido

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 90

11/4/2011 17:24:09

1.1.1.1.3.1. Qualificadoras quanto aos motivos

Art. 121, § 2º, I — Se o homicídio é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe;

Art. 121, § 2º, II — Se o homicídio é cometido por motivo fútil.

• Paga ou promessa de recompensa

Essa modalidade de homicídio qualificado é conhecida como homicídio **mercenário** porque uma pessoa contrata outra para executar a vítima mediante pagamento em dinheiro ou qualquer outra vantagem econômica, como a entrega de bens, promo

ção no emprego etc. A paga é prévia em relação ao homicídio, enquanto a promessa de recompensa é para entrega posterior, como no caso em que o contratante é filho da vítima e promete dividir o dinheiro da herança com a

pessoa contratada para matar o pai.

Concordamos com Nélson Hungria4 e Heleno Cláudio Fragoso5 quando dizem que a promessa de recompensa deve estar relacionada com prestação econômica (entrega de dinheiro, bens, perdão de dívida, promoção no emprego etc.) e não de outra natureza. Com efeito, não constitui **paga** uma mulher oferecer relação sexual a um homem para que ele, em seguida, mate outra pessoa. Igualmente não constitui **promessa de recompensa** a promessa de sexo futuro para o agente matar a vítima.

Em tais casos configura-se a qualificadora prevista na parte final do dispositivo —

outro motivo torpe. No sentido de que a promessa de recompensa só se refere à prestação econômica, temos ainda as opiniões de Cezar Roberto Bitencourt6 e Júlio Fabbrini Mirabete,7 enquanto em sentido contrário podemos apontar o entendimento de Damásio de Jesus.8

No caso de promessa de recompensa, a qualificadora existe ainda que o mandante, após a prática do crime, não cumpra a promessa e não entregue os valores combina dos, pois o que importa é que o executor tenha matado em razão da promessa recebida.

É comum que exista, em um mesmo caso, paga e promessa de recompensa, ou seja, que o contratante adiante uma parte em dinheiro e prometa entregar uma segunda parcela após a prática do crime. Nesse caso, a motivação é uma só (receber dinhei ro para matar) e a vítima a mesma, de modo que não se configuram duas qualificadoras.

4 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 164.

5 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 55.

6 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 56.

7 Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 70.

8 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 67.

11/4/2011 17:24:09

92 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

O homicídio, como regra, classifica-se como crime de concurso eventual, pois, normalmente, pode ser cometido por uma só pessoa ou por duas em concurso. A figura qualificada em análise, todavia, constitui exceção, na medida em que pressupõe o envolvimento mínimo de duas pessoas, sendo, por isso, classificada como **crime de concurso necessário**. A pessoa que contrata é chamada de **mandante** e a pessoa contratada de **executora**. É comum, outrossim, a existência de mais de um mandante e, ainda mais comum, a de vários executores. Também existe a possibilidade de existirem intermediários — pessoas que, a pedido do mandante, entram em contato com o "matador" e o contratam para matar a vítima — e que também respondem pelo crime.

A punição de um independe da identificação e punição do outro, desde que exista prova da paga ou promessa de recompensa. É plenamente corriqueiro que o executor não conheça o mandante e que receba dinheiro adiantado para matar a vítima.

Ao ser preso em flagrante, no momento em que mata a vítima, policiais encontram quantidade considerável de dinheiro com ele, que confessa ter recebido a quantia de um desconhecido para praticar o homicídio. Em tal caso, o executor será condenado pelo crime qualificado, embora não se tenha identificado o mandante.

De se ver, aliás, que, se o executor recebe o dinheiro adiantado e desaparece com os valores, sequer procurando a vítima para iniciar o crime de homicídio, temos a hipótese do art. 31 do Código Penal em que nenhum dos envolvidos será punido.

Esse dispositivo diz que o ajuste, a determinação ou **instigação** e o auxílio, salvo disposição expressa em sentido contrário, **não são puníveis**, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. Assim, ainda que o homicídio não tenha sido tentado por razões que estão fora do controle do mandante, não será ele punido. Da mesma forma, se, após o pacto, o executor for atropelado e morrer antes de sair no encalço da vítima.

São muitos os casos em que a qualificadora em estudo foi reconhecida: fazendeiros que contrataram pistoleiros para matar missionária que defendia e conscientizava os colonos acerca de seus direitos trabalhistas; companheira de ganhador de prêmio lotérico sem familiares que contratou amigos para matá-lo para dividirem o dinheiro do falecido; suplente de deputado e vice-prefeito que contrataram assassinos para matar os titulares do cargo e, com isso, assumirem sua cadeira; esposa que contratou executor para matar o marido e viver com o amante etc.

Comunicabilidade da qualificadora ao mandante

O executor do homicídio comete o delito por razões altamente imorais, ou seja, pelo lucro, não havendo, de sua parte, motivos pessoais para eliminar a vítima, que, na maioria das vezes, até lhe é desconhecida. Daí a razão de o crime ser qualificado para ele. O que causa acalorada discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial é definir se a qualificadora em tela se aplica também ao mandante, pessoa responsável pela contratação do matador.

A polêmica, basicamente, gira em torno de se definir se a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é ou não elementar do homicídio mercenário, uma vez 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 92

11/4/2011 17:24:10

que o art. 30 do Código Penal dispõe que as circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam aos comparsas, **salvo se elementares do crime**. O ato de matar em troca de dinheiro ou outros valores é circunstância de caráter pessoal em face do executor porque se refere à sua motivação: matar por dinheiro ou outros valores. Assim, caso se entenda que esse aspecto pessoal é **elementar** do homicídio mercenário, ele se comunica ao mandante, e, caso se entenda o contrário, não. Conforme se verá abaixo, cada uma das correntes procura justificar seu entendimento pautada por argumentos técnicos e lógicos. Senão vejamos: 1ª Corrente — **Não se comunica a qualificadora**.

Para os seguidores dessa corrente, devese respeitar o entendimento, praticamente pacífico na doutrina, de que elementares são apenas os requisitos essenciais do

crime elencados no tipo básico, sendo chamadas de **circunstâncias** os fatores que alteram o montante da pena, tais como as qualificadoras. Esse é o aspecto técnico dessa orientação. O aspecto lógico que sempre é ressalvado pelos defensores dessa tese é de que o mandante tem seus próprios motivos para querer a morte da vítima, pois apenas o executor mata por dinheiro, de modo que deve ter sua conduta avaliada sob o prisma de sua própria motivação. Assim, o vice-prefeito que contrata um pistoleiro para matar o prefeito a fim de ficar com seu cargo responde pela qualificadora genérica do motivo torpe, e o executor por ter matado em razão da paga. Por outro lado, o pai que descobre quem foi o estuprador de sua filha e contrata outrem para matálo incorre em homicídio privilegiado, devendo apenas o executor incidir na figura qualificada da paga.

Em suma, para esta corrente, a paga ou promessa de recompensa não é elementar e, por ser de caráter pessoal, não se estende ao mandante, que deve ser responsabilizado de acordo com os motivos que o levaram a contratar o executor. Nesse sentido, as opiniões de Heleno Cláudio Fragoso,9 Fernando Capez,10 Flávio Monteiro de Barros11 e Rogério Greco.12

Na jurisprudência podemos apontar os seguintes julgados:

"*I — 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 (acidentalia delicti).*

II — 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;

III — É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunica-bilidade automática de circunstância pessoal, com desdobramento na fixação da resposta penal in concreto" (STJ — 5ª Turma — Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 19.12.2003); 9 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 54.

10 Fernando Capez, *Direito penal*, v. 2, p. 44/45.

11 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 28.

12 Rogério Greco, *Curso de direito penal*, v. II, p. 166.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 93

11/4/2011 17:24:10

"*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 e partícipes, por força do art. 30 do Código Penal*" (STJ — 5ª Turma — Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 09.08.2004, p. 277).

2ª Corrente — **Comunica-se a qualificadora ao mandante**.

Os seguidores desta orientação, embora reconheçam que normalmente qualificadoras são circunstâncias e não elementares, ressaltam que, **excepcionalmente**, no caso do homicídio mercenário, não há como deixar de reconhecer que o envolvimento do mandante no crime é requisito essencial para a sua existência — por se tratar de crime de concurso necessário — e, na condição de requisito essencial, deve ser considerado elementar. Assim, deve ser aplicada a qualificadora também a ele, cujo envolvimento no fato criminoso é premissa para sua existência.

Em suma, se excluído o envolvimento do mandante, o fato não pode ser caracterizado como homicídio mercenário, daí porque seu envolvimento no delito constituir elementar. Trata-se, portanto, de qualificadora *sui generis*, pois sua existência tem como premissa o envolvimento de duas pessoas e, assim, para ambos deve ser aplicada a pena maior.

Argumentam, ainda, sob o prisma da lógica, que o mandante deve também ser condenado pela forma qualificada, pois é dele a iniciativa de procurar o executor e lhe propor o crime. Sem essa proposta não haveria o homicídio.

Podem ser apontados como defensores desta tese: Julio Fabbrini Mirabete,13

Damásio de Jesus14 e Euclides Custódio da Silveira.15 É a orientação do

Supremo Tribunal Federal: "*... a comissão do fato mediante paga, porque qualifica o homicí-*

dio e, portanto, constitui essentialia do tipo qualificado, não atinge exclusivamente o accipiens, mas também o solvens e qualquer outro dos coautores do delito: assim já se decidiram, não faz muito, ambas as turmas do Tribunal (HC 66.571, 2ª Turma, 20.6.89, Rel. Borja , *Lex 156/226*; HC 69.940, 1ª Turma, Rel. Pertence, 09.03.1993)" (STF — HC 71.582, 1ª Turma — Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 28.03.1995).

No mesmo sentido: "*No homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado e se estende ao mandante e ao executor do crime*" (STJ — 6ª Turma, HC 78.643/PR — Rel. Min. Og Fernandes, *DJ*

17.11.2008).

Ressalte-se, por fim, que, ainda que se adote esta corrente, segundo a qual a qualificadora se estende também ao mandante, poderá acontecer de, na votação em Plenário, os Jurados reconhecerem que ele agiu por relevante valor social ou moral (privilégio) e, caso isso aconteça, o juiz automaticamente se verá obrigado a excluir dos quesitos seguintes a qualificadora da paga em relação ao mandante, pois, conforme 13 Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 70.

14 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 67.

15 Euclides Custódio da Silveira, *Direito penal*, Crimes contra a pessoa, p. 62.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 94

11/4/2011 17:24:10

será estudado no momento oportuno, o reconhecimento do privilégio inviabiliza as qualificadoras de caráter subjetivo. Assim, pode acontecer de os Jurados condenarem o executor na forma qualificada e o mandante na forma privilegiada (pai que contratou alguém para matar o estuprador da filha, por exemplo).

Em suma, para essa orientação, o delito é, *a priori*, qualificado para ambos os envolvidos. Por isso, se o vice-prefeito contrata alguém para matar o prefeito para ficar com seu cargo, ambos devem ser condenados pela qualificadora da paga. Excepcionalmente, porém, se os Jurados reconhecerem o privilégio para o mandante, ficará afastada para ele a figura qualificada.

• Motivo torpe

4**Conceito.** É a motivação vil, repugnante, imoral.

4**Preconceito.** Constitui homicídio qualificado pelo motivo torpe aquele praticado em razão de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou origem, ou, ainda, por ser a vítima homossexual ou apreciadora deste ou daquele movimento artístico ou musical.

Se a ação, todavia, visa ao extermínio total ou parcial de integrantes de determinada raça, grupo nacional, étnico ou religioso, o crime a ser reconhecido é o de genocídio (art. 1º, *a*, da Lei n. 2.889/56).

4**Canibalismo.** A pessoa que mata outra para se alimentar de sua carne age por motivo torpe.

4**Vampirismo.** Configura motivo torpe matar a vítima para beber seu sangue.

4**Rituais macabros.** A morte da vítima em rituais de magia negra, como forma de oferenda, constitui motivo torpe.

4**Motivação econômica.** Não há dúvida de que configura a qualificadora em análise quando não tiver havido paga ou promessa de recompensa para a execução do crime, pois, neste caso, a qualificadora seria aquela anteriormente estudada. Assim, quando um filho mata os pais para usufruir da herança, incide na forma qualificada — de acordo com a lei civil, o filho, nesse caso, perde o direito à herança. Da mesma forma, incide na qualificadora do motivo torpe a esposa que mata o marido para receber o valor do seguro de vida que ele havia feito em seu favor.

4**Intenção de ocupar o cargo da vítima.** Não é raro o homicídio cometido pelo vice-prefeito ou pelo suplente de deputado, com o intuito de, não desvendada a autoria, assumir o posto do falecido.

4**Ciúme.** É considerado um sentimento normal nos seres humanos, não sendo considerado torpe.

4**Matar a esposa porque não quis manter relação sexual.** Constitui motivo torpe.

4**Matar por prazer.** É motivo considerado torpe, já que o agente tira a vida de um semelhante pelo simples sentimento de poder.

4**Morte para assegurar a execução ou impunidade de outro crime.** Somente não são enquadradas na qualificadora do motivo torpe por existirem qualificadoras específicas para tais hipóteses no art. 121, § 2º, V, do CP.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 95

11/4/2011 17:24:10

4**Vingança.** O sentimento de vingança, se fosse analisado de forma isolada, poderia passar a impressão de que necessariamente constituiria motivo torpe, por ser imoral. É pacífico, entretanto, que a vingança não pode ser apreciada como um ato isolado pois, por definição, vingança é uma retribuição ligada a um fato anterior. Assim, para se verificar se a vingança constitui motivo torpe, é necessário analisar, em cada caso concreto, o que a originou. Se ela tiver se originado de um antecedente torpe, haverá a qualificadora, caso contrário, não.

Por isso, quem mata o credor por vingança, por ter ele ingressado com ação judicial de cobrança, responde por crime qualificado. Da mesma forma, o traficante que mata o usuário de droga que atrasou o pagamento de uma compra, ou ainda os integrantes de facção criminosa que matam o Juiz das Execuções Penais por ter sido rigoroso nas decisões enquanto estavam presos. Ao contrário, quando o pai descobre quem foi o homem que, meses atrás, abusou sexualmente de sua filha, e, por vingança, o mata, não responde pela forma qualificada — sendo até mesmo hipótese de privilégio conforme estudado anteriormente.

4**Morte de policiais civis ou militares por integrantes de facção criminosa.**

Inúmeros foram os homicídios praticados contra policiais tão somente com a finalidade de inibir ou afastar as instituições a que pertencem de investigações, visando coibir atos ilícitos da facção criminosa. Em todos esses casos, está presente a qualificadora do motivo torpe.

4**Preso que mata outro porque integra facção criminosa adversária.** Não há dúvida em torno da torpeza da motivação.

4**Outros casos em que se reconheceu o motivo torpe.** Integrante de facção criminosa que é morto por seus próprios comparsas por ter se recusado a cumprir ordem da liderança no sentido de matar seu companheiro de cela; morte de diretor de presídio rigoroso, a mando dos presos, para que fosse substituído por pessoa menos rigorosa.

• Motivo fútil

4**Conceito.** É o motivo pequeno, insignificante, ou seja, deve ser reconhecido quando houver total falta de proporção entre o ato homicida e sua causa. Já se reconheceu essa qualificadora quando o pai matou o filho porque este chorava, quando o marido matou a esposa em razão de ter feito um almoço muito simples em dia que iria receber amigos em casa, quando o motorista matou o fiscal de trânsito em razão da multa aplicada, quando o patrão matou o empregado por erro na prestação do serviço, ou, ainda, em homicídio contra dono de bar que se recusou a servir mais uma dose de bebida, ou porque ouviu comentário jocoso em relação ao seu time de futebol etc.

4**Ausência de prova quanto ao motivo.** Para que seja reconhecida a qualificadora em estudo, é mister que haja prova de um motivo fútil qualquer. A ausência de prova quanto a este aspecto não autoriza a presunção de que tenha havido motivação pequena.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 96

11/4/2011 17:24:10

4**Acusado que diz ter matado sem motivo algum.** Quando o agente confessa

que cometeu o crime, mas alega que o fez absolutamente sem nenhum motivo, a conclusão inevitável é de que matou pelo simples **prazer** de tirar a vida alheia e, nesse caso, a qualificadora a ser reconhecida é a do motivo **torpe** e não do motivo fútil.

4**Discussão entre as partes antes do crime.** Não se tem reconhecido a qualificadora do motivo fútil quando a razão do crime é uma forte discussão entre as partes, ainda que o entrevero tenha surgido por motivo de somenos importância.

Neste último caso, entende-se que a razão de um ter matado o outro foi a troca de ofensas e não o motivo inicial da discussão. Assim, se uma pessoa efetua dis -

paro de arma de fogo imediatamente após sofrer uma mera "fechada" de ou tro motorista, incide no motivo fútil. Contudo, se após essa "fechada" seguiu-se uma perseguição, tendo os motoristas descido de seus veículos e iniciado veemente troca de ofensas até que um deles efetuou o disparo, não se mostra possível a qualificadora.

4**Ciúme.** Nossa doutrina é unânime em asseverar que o ciúme não pode ser interpretado como um motivo pequeno, pois, para quem o sente, tratase de sentimento forte. A regra vale para ciúme entre marido e mulher, namorados, filhos em relação aos pais e vice-versa etc. É preciso, contudo, que essa regra não seja interpretada de forma absoluta, pois existem situações práticas em que o agente mata a namorada apenas porque "ela olhou para o lado", não sendo viável excluir-se, de plano, a qualificadora em tal hipótese em que é evidente a desproporção entre o ato e o ciúme dele gerado.

O motivo de um homicídio pode ser concomitantemente fútil e torpe? A resposta é negativa. Com efeito, embora seja compreensível certa dificuldade em se estabelecer qual delas deve ser reconhecida no caso concreto, uma vez que o motivo pequeno certamente guarda algo de imoral (torpe), é efetivamente necessário que se escolha uma das figuras que melhor se enquadre no caso concreto. Como o motivo fútil é especial em relação ao torpe, o critério a ser estabelecido é muito simples: se a característica marcante quanto à motivação for a desproporção entre o crime e o motivo, é a futilidade que deve ser reconhecida. Se, entretanto, não se mostrar presente tal aspecto, aplicase o motivo torpe. Por isso, quando uma pessoa mata por preconceito racial ou para cometer canibalismo, não há pequenez, mas completa imoralidade na motivação,

constituindo motivo torpe.

1.1.1.1.3.2. Qualificadoras quanto ao meio de execução

Art. 121, § 2º, III — Se o homicídio é cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 97

11/4/2011 17:24:10

Nesse dispositivo, a lei, após explicitar uma série de circunstâncias que tornam mais gravosa a conduta, utiliza a fórmula genérica "qualquer outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum". Assim, é evidente que a aplicação da fórmula genérica só será possível se não for viável o enquadramento nas figuras específicas iniciais. Com efeito, é óbvio que o agente que mata a vítima nela ateando fogo causa forte sofrimento, enquadrável, **em tese**, na qualificadora do meio cruel.

Para que não haja *bis in idem*, todavia, é claro que a qualificadora específica do emprego de fogo afasta a do meio cruel. Por outro lado, se o agente provoca fortíssimas queimaduras na vítima com o arremesso de ácido a ponto de causarlhe a morte, torna-se claro o cabimento da qualificadora do meio cruel, já que a hipótese do ácido não se enquadra em nenhuma das qualificadoras específicas.

• Veneno

Veneno é a substância química ou biológica que, introduzida no organismo, pode causar a morte. Pode se apresentar em forma líquida, sólida ou gasosa.

O homicídio qualificado pelo emprego de veneno é também conhecido como **venefício** e sua configuração pressupõe que seja introduzido no organismo da vítima de forma **dissimulada**, sem que a vítima perceba, como, por exemplo, misturandoo na sua bebida ou comida, colocandoo no interior de cápsula de

remédio ordinariamente ingerido por ela etc. São comuns em nosso país casos em que se misturam fortes raticidas ao café que a vítima irá tomar ou ao doce que ela irá comer etc.

Se o veneno for inoculado no organismo da vítima com emprego de **violência**, configura-se a qualificadora do **meio cruel** (é o que ocorre quando o agente prende a vítima em recinto repleto de cobras altamente venenosas que picam a vítima por várias vezes, causando sua morte).

Por sua vez, se a vítima souber e consentir em que lhe ministrem veneno, não se aplica nenhuma das qualificadoras.

A constatação de que a causa da morte foi o veneno depende de prova pericial feita nas vísceras ou no sangue da vítima.

Diverge a doutrina em torno do enquadramento como veneno de substâncias que normalmente não podem causar a morte, mas que, em decorrência de doença ou de reação alérgica, podem ser fatais a certas pessoas. É o caso da glicose para pessoas diabéticas e de determinados anestésicos ou antibióticos que podem causar choque anafilático em pessoas alérgicas. A maior parte da doutrina, endossada, inclusive, por Nélson Hungria,16 entende ser perfeitamente possível o emprego da qualificadora do veneno nesses casos. No mesmo sentido a opinião de Fernando Capez,17 Cezar Roberto Bitencourt18 e Flávio Monteiro de Barros.19 Existe, porém, 16 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 165.

17 Fernando Capez, *Direito penal*, v. 2, p. 49.

18 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 58.

19 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 29.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 98

11/4/2011 17:24:10

entendimento mi noritário sustentando que só se podem ser consideradas como veneno as substâncias que sempre tenham poder letal. Para essa corrente, deve ser escolhida a qualificadora genérica do “meio insidioso” para os casos antes mencionados.

Nesse sentido, o pensar de Júlio Fabbrini Mirabete.20 De qualquer forma, é importante ressaltar que, para que se reconheça a qualificadora, é necessário que tenha havido dolo em relação à morte, ou seja, que o agente tenha tido prévia ciência da doença ou da rejeição do organismo da vítima em relação à substância e, intencionalmente, dela tenha feito uso para provocar a morte.

Nos casos em que há emprego de veneno, mas a vítima sobrevive, a punição por tentativa de homicídio pressupõe a demonstração de que o veneno utilizado poderia ter causado a morte caso não fosse ela rapidamente socorrida.

Pode-se falar em crime impossível por absoluta ineficácia do meio quando for feita prova de que a substância não poderia, nem mesmo em altíssimas doses, provocar a morte de um ser humano. Em tais casos, consideravelmente comuns, afasta-se a tentativa de homicídio e o agente responde por crime de lesão corporal — por ter feito a vítima ter desarranjo estomacal, por exemplo —, com a agravante genérica do art. 61, II, *d,* do Código Penal (emprego de veneno).

Se, entretanto, o veneno tinha potencial para matar, mas foi inoculado em quantia insuficiente para provocar a morte, há mera ineficácia **relativa**, respondendo o agente pelo homicídio qualificado tentado.

• Fogo

O homicídio com emprego de fogo tem se tornado constantemente notícia em nossa imprensa, em casos de assassinatos de mendigos que estão dormindo na rua e que são covardemente incendiados, ou de traficantes que queimam seus rivais vivos após colocá-los no meio de uma pilha de pneus. Ficou, aliás, famoso em todo o mundo o caso ocorrido em Brasília em que rapazes jogaram combustível e depois puseram fogo em um índio pataxó que dormia em um ponto de ônibus.

A qualificadora do fogo também se mostra presente quando o agente põe fogo no barraco da vítima e ela morre por aspirar a fumaça proveniente da queima, ainda que o corpo da vítima não seja atingido diretamente pelas chamas. Há, também, a qualificadora se a vítima é colocada em um caldeirão com água e, em seguida,

esta é aquecida. Em tais casos, a morte decorreu do **emprego** de fogo.

Como o fogo possui forte capacidade destrutiva, é comum que o agente, ao cometer o homicídio, também danifique objeto alheio. Nesse caso, em tese estaria também configurado o crime de dano qualificado pelo emprego de substância inflamá -

vel em concurso formal, o que, entretanto, não ocorre, na medida em que o art. 163, parágrafo único, II, do Código Penal, que trata do crime da dano qualificado, expres sa mente dispõe que o dano fica absorvido quando o fato constitui crime mais grave. Trata-se de hipótese de subsidiariedade expressa em que o delito de dano 20 Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 71.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 99

11/4/2011 17:24:10

considera-se absorvido ainda que o dono do bem danificado não seja a própria vítima do homicídio.

• Explosivo

Essa qualificadora se configura qualquer que seja o tipo de explosivo utilizado, desde os mais potentes utilizados para mandar pelos ares veículos, até mesmo os blindados, matando seus ocupantes, ou pelo mero arremesso de bomba de fabricação caseira com o intuito de matar ou ferir torcedor de time de futebol adversário. Haverá também a qualificadora se o agente colocar uma bomba em um avião provocando sua queda e a morte de todos ou de parte dos ocupantes.

Tal como ocorre com o emprego de fogo, caso o explosivo provoque dano em bem alheio, da própria vítima do homicídio ou de terceiro, o delito de dano qualificado pelo emprego de substância explosiva fica absorvido por ser o homicídio crime mais grave, tudo nos termos do art. 163, parágrafo único, II, do Código Penal.

O emprego de explosivo ou fogo deve ser reconhecido como qualificadora quando empregados pelo agente a fim de provocar a morte da vítima, ainda que o resultado morte, no caso concreto, tenha sido decorrência indireta de tais formas de execução. Há alguns anos, por exemplo, uma pessoa colocou explosivo no interior de um avião com o intuito de matar todos os passageiros durante o voo. A bomba explodiu, abriu uma fenda na aeronave e um passageiro foi lançado para fora, morrendo em razão da queda. Não faria sentido que ele respondesse por tentativa qualificada pelo emprego de explosivo em relação aos sobreviventes e por crime consumado sem a qualificadora em relação à pessoa morta. Da mesma forma, se alguém põe fogo em um celeiro para matar a vítima que está amarrada em seu interior e, antes de o fogo atingir o corpo desta, uma viga de madeira se desprende do telhado em razão da ação das chamas e cai na cabeça da vítima provocando sua morte, existe a qualificadora.

O que se deve levar em conta, obviamente, é o dolo de matar com emprego de explosivo ou fogo e o efetivo emprego dessas substâncias no caso concreto. Caso, todavia, o sujeito use fogo para acender o pavio de um antigo canhão e mate a vítima pelo impacto do projétil lançado por este, fica evidente a não incidência da qualificadora do emprego de fogo porque, em nenhum momento, quis o agente matar a vítima com fogo.

• **Asfixia**

Consiste em provocar a morte da vítima pelo impedimento da função respiratória.

A asfixia pode se dar de forma mecânica ou tóxica.

A **mecânica** pode ocorrer por:

a) Esganadura, em que o agente comprime o pescoço da vítima com o próprio corpo, por tempo suficiente para que a falta de oxigênio ocasione a morte. É o 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 100

11/4/2011 17:24:10

que acontece quando o agente aperta o pescoço da vítima com as mãos, quando lhe dá uma “gravata” com os braços, quando pisa ou senta no pescoço da pessoa caída no chão.

b) Estrangulamento, em que o agente, fazendo uso da própria força, aperta o pescoço da vítima com um fio, um arame, um pedaço de pano ou até com a pró -

pria camisa que ela veste.

c) Enforcamento, em que a corda (ou algo similar) colocada no pescoço da vítima se estica pelo peso dela. Tanto é possível o próprio agente puxar a corda para que o corpo da vítima saía do chão, como é possível colocála sobre um banco ou tablado e, em seguida, tirar o apoio dos pés. Veja-se, contudo, que para a prática do enforcamento não é imprescindível que a vítima seja “pendurada” com os pés afastados do chão. Nada obsta a que ela esteja sedada ou sob efeito de fortes soníferos, hipótese em que seu corpo se inclina quando colocada de pé, e, nesse caso, basta que a corda esteja fixa acima da cabeça da vítima para que ocorra o enforcamento.

d) Sufocação, uso de objeto para obstruir a passagem do ar pelas vias de acesso aos pulmões. Tal objeto pode ser utilizado externamente, como, por exemplo, colocandose um saco plástico ou um travesseiro no rosto da vítima, ou internamente, colocando-se pedaço de pano na garganta. A sufocação pode também ser praticada com o uso das próprias mãos, tapando-se concomitantemente o nariz e a boca da vítima.

e) Afogamento, que se dá pela imersão em meio líquido. Ex.: amarrar um peso na vítima e atirá-la em um lago profundo; lançar a vítima em uma piscina profunda e com pedaços de pau não deixá-la tirar a cabeça de dentro da água; enfiar a cabeça da vítima em um tanque cheio de água etc.

f) Soterramento, que consiste em atirar quantidade considerável de terra, areia ou algo similar sobre a vítima, que não consegue delas se desvencilhar. Normalmente a vítima está amarrada e é lançada em uma vala, sobre a qual os homicidas jogam terra, de modo que o corpo dela fica automaticamente encoberto. Não se configura nesse caso o crime de ocultação de cadáver, pois a vítima foi enterrada ainda viva.

É muito comum a ocorrência de mortes por soterramento em deslizamentos de terra de morros em decorrência de fortes chuvas, mas, nesse caso, não se trata de

crime de homicídio doloso.

g) Sufocação indireta, consistente em impedir o funcionamento da musculatura abdominal responsável pela respiração. Ex.: colocação de peso sobre a região do diafragma, de modo que, depois de algum tempo, a vítima não consiga mais respirar. Essa hipótese é também conhecida como imprensamento.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 101

11/4/2011 17:24:10

Esganadura

Estrangulamento

Enforcamento

Asfixia

mecânica

Sufocação

Afogamento

Soterramento

Sufocação indireta

A asfixia **tóxica**, por sua vez, pode se dar por:

a) Confinamento, que consiste em prender a vítima em um recinto onde haja vedação impedindo a renovação de oxigênio, de modo que a própria respiração da vítima, com o passar do tempo, esgotará todo o oxigênio antes existente, ocasionando sua morte. Exs.: trancar alguém em um caixão e enterrálo, colocar a vítima por longo período no porta-malas de um carro em que não haja suficiente renovação de oxigênio etc.

Ao se colocar a vítima em um cômodo totalmente vedado, é possível provocar sua morte e o processo será ainda acelerado se o agente fizer uma pequena fogueira no canto do recinto para acelerar a queima do oxigênio existente no local.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 102

11/4/2011 17:24:10

b) Uso de gás asfixiante, como o óxido de carbono, o cloro em estado gasoso etc. Ex.: trancar a vítima desacordada dentro de um carro e acionar seu motor, tendo antes colocado uma mangueira no escapamento com a outra ponta voltada para o interior do veículo que tem suas janelas fechadas.

Existem gases que são venenosos e não matam por falta de oxigenação no sangue mas por outras razões, como, por exemplo, causando parada cardíaca. Nesse caso, a qualificadora a ser reconhecida é a do uso de veneno.

Confinamento

Asfixia tóxica

Uso de gás asfixiante

• Tortura ou outro meio cruel

Essas figuras qualificadas se mostram presentes quando o agente escolhe um meio de execução que sujeita a vítima a **graves sofrimentos físicos ou mentais** antes de causar sua morte. A premissa tanto da tortura quanto dos demais meios cruéis é a mesma, porém, as hipóteses de configuração são distintas, conforme se verificará a seguir.

• Tortura

Na tortura o meio de execução é empregado de **forma lenta**, gradativa, até produzir o resultado morte após grave sofrimento.

Configuram-na:

prender a vítima e não lhe fornecer bebida ou comida para que morra de sede ou de fome;

acorrentar a vítima ao ar livre para que tenha forte insolação;

lentas sessões de mutilações ou de aplicações de ferro em brasa;

amarrar a vítima sobre um formigueiro de espécie agressiva;

crucificação;

empalamento.

Como distinguir o crime de homicídio qualificado pela tortura (art. 121, § 2º, III) do crime de tortura qualificada pela morte (art. 1º, § 3º, da Lei n. 9455/97)?

A diferença reside na intenção do torturador. Se, como consequência da tortura aplicada, o agente visava provocar a morte da vítima, ou, se com seu modo de agir, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 103

11/4/2011 17:24:11

assumiu o risco de produzi-la, configura-se o crime de homicídio qualificado. Em outras palavras, se tiver havido dolo, direto ou eventual, em relação à morte, e a tortura tiver sido o meio escolhido para alcançá-la, o agente responde por homicídio qualificado, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão, e cujo julgamento cabe ao Tribunal do Júri.

Por outro lado, se o agente queria apenas torturar a vítima, para dela obter, por exemplo, uma confissão, mas, durante a sessão de tortura acabou, **culposamente**, oca sionando sua morte, responde por crime de tortura qualificada, que, como se vê, é delito exclusivamente **preterdoloso** (dolo na tortura e culpa na morte). Sua pena é de reclusão, de 8 a 16 anos, e o julgamento cabe ao juízo singular. Ex.: torturar uma pessoa com pedaço de ferro e, em

seguida, liberá-la. A vítima, contudo, morre um mês depois, fruto de tétano contraído em decorrência da ferrugem existente.

É viável, outrossim, a ocorrência de uma terceira situação em que os agentes, por exemplo, torturam a vítima para que ela confesse um crime e aponte o seu mandante e, em seguida, a levam a um local ermo onde a matam com um disparo de arma de fogo a fim de assegurar a impunidade do crime de tortura. Nesse caso, eles respondem por homicídio qualificado — porque a morte visava assegurar a impunidade de outro crime (art. 121, § 2º, V), em concurso material com tortura simples. Não pode ser aplicada a qualificadora da tortura ao crime de homicídio porque não foi ela a causadora da morte da vítima.

• Meio cruel

Os demais meios cruéis que qualificam o homicídio, para que possam ser diferenciados da tortura, são aqueles em que o ato executório é breve, embora provoquem forte sofrimento físico na vítima.

Configuram-no:

o espancamento mediante socos e pontapés ou o pisoteamento;

golpes no corpo da vítima com martelo, barra de ferro, pedaço de pau etc.;

apedrejamento;

atropelamento intencional;

jogar a vítima do alto de um prédio ou precipício;

despejar grande quantidade de ácido sobre o corpo da vítima;

choque elétrico de alta voltagem;

amarrar a vítima em um carro ou cavalo e colocá-los em movimento, fazendo a vítima ser arrastada;

cortar os pulsos da vítima para que morra de hemorragia externa;

fazer a vítima cair da motocicleta;

obrigar a vítima a ingerir rapidamente grande quantidade de bebida alcoólica;

colocar a vítima em uma jaula com feras;

transmissão intencional de doença que provoca a morte com sofrimento.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 104

11/4/2011 17:24:11

Note-se que, em todos os exemplos mencionados, o ato de execução é rápido, como, por exemplo, no ato da transmissão da doença. A qualificadora, contudo, estará presente quer a vítima morra logo em seguida (como no caso de ser jo gada do alto de um prédio), quer haja alguma demora no resultado. O próprio legislador fez essa opção. Veja-se, por exemplo, o caso da explosão. Embora se trate de uma qualificadora específica, é assim considerada em decorrência de ser considerada meio provocador de sofrimento, apesar de a morte normalmente acontecer de imediato.

A crueldade só qualifica o homicídio quando constituir a **causa direta** da morte.

Por isso, se após matar a vítima por um meio comum, o agente desferir-lhe pauladas, arrancar-lhe as pontas dos dedos para dificultar a identificação ou até efetuar esquartejamento para fazer sumir o corpo, responderá por crime de homicídio (simples ou com alguma outra qualificadora) em concurso material com o crime de destruição, ainda que parcial, de cadáver (art. 211 do CP). Esse crime é especial em relação ao delito de ocultação de cadáver que só se configurará se o agente esconder o cadáver sem antes destruílo.

A doutrina e a jurisprudência costumam mencionar que a reiteração de golpes, por si só, não constitui meio cruel. Disso somente se depreende, que, **nem sempre**, a reiteração causa sofrimento grave, como no caso de vários disparos de revólver em que o primeiro tiro já pode ter atingido a vítima fatalmente. Caso, porém, fique demonstrado que tal reiteração provocou forte sofrimento é evidente a configuração da qualificadora, como nos exemplos já mencionados de agressões a pauladas. Até mesmo o excessivo número de facadas, dependendo

da forma como desferidas, pode constituir meio cruel.

Em suma, o que se pode concluir é que a reiteração de golpes **nem sempre** constitui meio cruel, podendo, contudo, configurá-lo, dependendo da forma como tenha ocorrido.

Existe considerável número de julgados no sentido de que a qualificadora do meio cruel pressupõe ânimo calmo e refletido do homicida ao escolher um método que fará a vítima ter um maior sofrimento. A melhor interpretação, todavia, é no sentido de que a qualificadora deve ser reconhecida sempre que o agente dolosamente escolher certo meio de execução que faça a vítima padecer com grande sofrimento, já que se trata de circunstância de caráter objetivo. Para a vítima submetida às fortes dores, é irrelevante que tenha havido premeditação quanto ao meio empregado, sendo necessário o agravamento da pena ainda que não tenha havido ânimo calmo na escolha do meio de execução. Ao contrário, a qualificadora só deve ser afasta da, se o meio for objetivamente cruel, quando o agente tiver tido a polidez de aplicar um anestésico na vítima antes de executála.

Já foi mencionado anteriormente que as qualificadoras desse inc. III constam de um rol onde umas são especiais em relação às outras, não sendo viável o seu reconhecimento concomitante. Por essa razão, quando se reconhece o emprego de fogo, não pode ser aplicada a qualificadora do meio cruel. Quando se reconhece o emprego de explosivo, não se pode qualificar o crime pelo perigo comum dele decorrente.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 105

11/4/2011 17:24:11

Excepcionalmente, todavia, a jurisprudência tem admitido o reconhecimento concomitante de duas qualificadoras desse inciso, que são o meio insidioso e o meio cruel, já que ambas são genéricas (não podendo uma ser tida como especial em relação à outra) e os conceitos são bastante distintos. Ademais, é plenamente possível a coexistência no plano fático. Ex.: ao saber que um desafeto irá pular de paraquedas, o agente se infiltra no barracão onde são preparadas as mochilas e faz uma sabotagem para que o paraquedas não abra e a vítima se espatife no

chão. Não há como negar a insídia da sabotagem e a crueldade da queda. Nesse sentido: "*O meio insi dioso e cruel são coisas distintas. O meio pode ser insidioso, ser cruel, ou ambos*" (TJSP

— Rel. Ary Belfort — *RT* 683/303).

• Meio insidioso

É um meio velado, uma armadilha, um meio fraudulento para atingir a vítima sem que se perceba que está havendo um crime, como ocorre com as sabotagens em geral (no freio de um veículo, no motor de um avião, na mochila que leva o paraquedas da vítima etc.). Configura, também, meio insidioso trocar o medicamento necessário para manter alguém vivo por comprimidos de farinha.

• Meio de que possa resultar perigo comum

Nesses casos, além de causar a morte de quem pretendia, o meio escolhido pelo agente tem o potencial de causar situação de risco à vida ou integridade corpo ral de número **elevado** e **indeterminado** de pessoas, como, por exemplo, a provoca

ção de um desabamento. O exemplo mais corriqueiro, todavia, é o da execução da vítima com disparos de arma de fogo em meio a uma multidão (*show*, baile, festa de peão etc.) em que o risco tanto decorre da possibilidade de serem atingidas outras vítimas por erro de pontaria como do desespero das pessoas em fuga capaz de gerar pisoteamentos.

Não se poderia deixar de reconhecer a qualificadora em caso muito divulgado pela imprensa em que o pai furtou um avião e obrigou sua filha menor de idade a acompanhá-lo, tendo efetuado várias manobras perigosas sobre a cidade e o aeroporto até jogar o avião por sobre um *shopping center*, atingindo vários carros que estavam no estacionamento.

Como a redação do dispositivo está na forma hipotética — meio de que *possa* resultar perigo comum —, a doutrina costuma salientar que a qualificadora se aperfei-

çoa com a mera possibilidade de o meio empregado causar risco a outras pessoas, não sendo necessário que se prove ter havido um risco efetivo a pessoas determinadas no caso concreto. Ex.: cortar a energia para causar a morte de um paciente que está na UTI caracteriza a qualificadora, ainda que não haja outras

pessoas no hospital, uma vez que a falta de energia em tal local é potencialmente perigosa para a coletivida de. Por outro lado, quando existir prova de que o meio, além de matar a vítima, provocou efetivo risco a número indeterminado de pessoas, o agente responderá pelo homicídio qualificado e também por crime de perigo comum (arts. 250 e s.), em 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 106

11/4/2011 17:24:11

I Dos Crimes Contra a Pessoa

107

concurso formal. Nesse sentido, o entendimento de Nélson Hungria21 e Damásio de Jesus.22 Há, entretanto, quem discorde de tal opinião, sustentando que haveria *bis in idem* no reconhecimento concomitante da qualificadora e do crime de perigo comum.

Por haver previsão específica em relação ao emprego de fogo e de explo si vo, caso um destes provoque perigo comum, será aplicada apenas a qualificadora específica.

1.1.1.1.3.3. Qualificadoras quanto ao modo de execução

Art. 121, § 2º, IV — Se o homicídio é cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

Nota-se nesse inciso a existência de três qualificadoras específicas em sua parte inicial (traição, emboscada e dissimulação) seguidas de uma fórmula genérica ao final (outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima). Em virtude disso são possíveis duas conclusões básicas:

a) O legislador considera que traição, emboscada e dissimulação são recursos aptos a inviabilizar a defesa da vítima.

b) A fórmula genérica só pode ser utilizada quando não for possível o enquadramento nas figuras específicas iniciais.

- **Traição**

Diverge a doutrina acerca do exato conceito de traição. Para Nélson Hungria,23

é o ato "*cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingida a vítima, descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso*", como o golpe dado pelas cos tas. Já para Júlio Fabbrini Mirabete,24 "*a traição consubstancia-se essencialmente na quebra de confiança depositada pela vítima no agente, que dela se aproveita para matá-la*".

No nosso sentir, a melhor definição é a última, por ser restritiva, já que, no golpe dado pelas costas, por um desconhecido, contra a vítima após uma discussão, tornase discutível a existência de traição, sendo, porém, perfeitamente adequado o enquadramento na qualificadora genérica existente no final do inc. IV — outro recurso que dificulta ou torna impossível a defesa da vítima. Não se deve, portanto, optar por um enquadramento duvidoso quando existe outro, elencado no próprio texto legal, capaz de solucionar a questão sem dar margem à controvérsia no julgamento em Plenário.

21 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 167/168.

22 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 69.

23 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 168.

24 Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 73.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 107

11/4/2011 17:24:11

Assim, para o reconhecimento da qualificadora da traição, é necessário que se demonstre que havia uma prévia relação de confiança entre as partes e que o agente tenha se valido de alguma facilidade disso decorrente para matar a vítima em um gesto por esta inesperado. Por isso, matar a esposa no quarto do casal, valendose do sono desta, configura traição. Por outro lado, no caso do índio pataxó ocorrido em Brasília, em que rapazes nele atearam fogo enquanto dormia, não há que falar em traição, pois inexistente prévia relação de confiança entre

eles que tenha sido quebrada, de modo que, neste último caso, aplicável a fórmula genérica do “recurso que dificulta ou impossibilita a defesa da vítima”. Igualmente se uma pessoa entra sorrateiramente na casa de um inimigo, com chave falsa, e comete homicídio enquanto a vítima dorme, não há enquadramento na traição, mas apenas na fórmula genérica.

Reconheceu-se, contudo, a traição no caso em que o agente matou a companheira, por esganadura, durante o ato sexual.

Note-se que, com a inserção da fórmula genérica no texto legal, ao término do inc. IV, tornar-se-ia desnecessária a existência das figuras específicas (traição, dissimulação e emboscada), pois, se elas não existissem, haveria o enquadramento na modalidade “recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima”. O legislador, entretanto, optou por especificá-las no texto legal, de modo que seu reconhecimento, evidentemente, afasta a fórmula genérica. É óbvio, todavia, que nas figuras específicas deve haver algum requisito a mais, além da dificuldade de defesa da vítima, que, no caso da traição, é a quebra da confiança previamente existente.

Quebra de

Dificuldade ou

confiança

impossibilidade

Traição

de defesa

É de se ver, portanto, que não é sempre que se mata um amigo, parente, cônjuge ou companheiro, que se mostra presente a qualificadora em análise, mas somente quando o agente se vale de um desses aspectos para colher a vítima em momento em que se encontra desprevenida, sem razões para suspeitar do iminente ataque.

A traição é qualificadora de caráter objetivo, pois, conforme mencionado, não decorre do mero parentesco ou amizade, mas sim do fato de o agente ter se aproveitado disso para matá-la em situação em que ela não pode se defender.

• **Emboscada**

O agente aguarda **escondido** a chegada ou a passagem da vítima por determinado local para alvejála de surpresa. É também conhecida como **tocaia**.

Pode ser praticada em área urbana ou rural.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 108

11/4/2011 17:24:11

Não há necessidade de que a emboscada seja feita em local ermo ou de que a vítima seja encurralada.

O assassinato do presidente norte-americano Jonh F. Kennedy deu-se em emboscada, pois um atirador, do alto de um prédio, o alvejou à distância com arma de precisão quando ele desfilava em carro conversível. No caso referido, nem todo o aparato de segurança existente evitou que o ato se concretizasse.

Se o agente espera a vítima escondido, mas quando esta chega entabula conversa e posterior discussão com ela e só depois comete o homicídio, não se configura a qualificadora, pois somente a emboscada que colhe a vítima de surpresa é que tem tal condão, já que o texto legal se refere à emboscada ou *outro* recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima.

• **Dissimulação**

Nesta figura qualificada o agente, **ocultando** sua prévia **intenção homicida**, em prega algum expediente **fraudulento** para ludibriar a vítima, possibilitando a execução do crime. É preciso que o agente, de alguma forma, engane a vítima, e, em tal contexto fático, cometa o homicídio em um gesto não esperado por esta. A dissimulação, portanto, configura-se quando há uma farsa ou uma encenação, uma mentira verbal ou o uso de disfarce para se aproximar da vítima.

A dissimulação pode ser material ou moral.

Dissimulação **moral**. Consiste na farsa verbal. Exs.: fingir-se fã de um artista para conseguir entrar em seu camarim, a pretexto de pedir autógrafo, e cometer o homicídio; convidar a vítima para um passeio de barco em altomar e, após convencê-la a pular na água para se refrescar, acionar o motor, deixando-a no local.

Registrem-se dois casos concretos em que houve dissimulação moral e que ajudam na compreensão do tema: **a)** Dois rapazes em pequena cidade do interior que, querendo matar um conhecido, e não vendo oportunidade para tanto dentro do município, porém, cientes de que a vítima era usuária contumaz de maconha, dizem que possuem a droga e convidam-na para fumar em um cafezal na zona rural. A vítima, ao chegar em referido local ermo, foi assassinada.

b) O conhecido Maníaco do Parque que, para atrair suas vítimas, passavase por fotógrafo profissional de empresa de publicidade e as convidava para en contrálo no Parque do Estado, na cidade de São Paulo, a pretexto de realização de sessão de fotos. As vítimas, uma de cada vez, foram até o local, onde sofreram abuso sexual e, em seguida, foram mortas.

Dissimulação **material**. Dá-se com o uso de disfarces ou métodos análogos para se aproximar da vítima.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 109

11/4/2011 17:24:11

Vejamos os seguintes casos de grande repercussão em que seria possível a aplicação da qualificadora (se o fato ocorresse no Brasil): **a)** A morte do presidente do Egito, Anuar Sadat, em 06 de outubro de 1981.

Integrantes de um grupo fundamentalista infiltraram-se em um desfile militar utilizando-se de roupas do Exército e, ao passarem defronte o palanque presidencial, efetuaram inúmeros disparos de metralhadora e lançaram granadas, matando o presidente e outras pessoas que se encontravam ao seu lado.

b) Na Itália um irmão jurou o outro de morte. O ameaçado, ciente da

periculosidade do irmão, fez as malas para fugir da cidade e ligou uma câmera para deixar uma mensagem, dizendo que se fosse assassinado o responsável seria seu próprio irmão. Nesse momento, a vítima ouviu a campainha de seu apartamento soar e viu, pelo "olho mágico", que era seu vizinho e grande amigo que ali estava. No instante em que abriu a porta, o irmão homicida, que estava escondido atrás do vizinho, efetuou disparos matando a vítima, tendo tudo isso sido filmado pela câmera que permanecia acionada. A dissimulação consistiu no fato de o homicida, ciente de que seu irmão não o receberia, ter capturado o melhor amigo da vítima, o vizinho, e tê-lo feito ficar postado defronte ao "olho mágico", enquanto ele, escondido, permanecia fora do campo de visão da vítima.

• Qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

Conforme já foi mencionado, trata-se de **fórmula genérica** que só pode ser aplicada quando não for possível o enquadramento nas três figuras específicas previstas anteriormente no inc. IV. Por isso, quando o agente mata a vítima valendo-se da surpresa, configura-se a presente qualificadora, desde que ela não tenha decorrido de uma emboscada. Já a surpresa que decorre de um gesto rápido e repentino, ou de um golpe dado pelas costas, configura a qualificadora genérica.

Para o texto legal, basta que a vítima tenha *dificultada* sua capacidade de defesa, ainda que lhe reste alguma chance de evitar o crime. Na modalidade *tornar impossível* a resistência, o agente inviabiliza por completo a defesa, como, por exemplo, quando mata a vítima após tê-la feito entrar em sono profundo com um forte medicamento.

Por se tratar de uma fórmula genérica é necessário que o Ministério Público especifique na denúncia o recurso utilizado pelo agente que dificultou ou impossibilitou a defesa, pois será necessário, ao final, indagar aos jurados se o acusado efetivamente lançou mão de tal recurso e se este dificultou ou impossibilitou a defesa.

Exemplo de quesitação feita corretamente: "o réu colocou sonífero na bebida da vítima e se aproveitou de seu sono profundo para matá-la, tendo com isso impossibilitado sua defesa?".

4 **Vítima presa ou imobilizada.** O ato de matar pessoa presa, quer efetuando

disparos de fora para dentro de uma cela em um presídio, quer após algemála e
02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 110

11/4/2011 17:24:11

levá-la até local ermo para ser executada, configuram a qualificadora em tela, pois, por estar tolhida de seus movimentos, a vítima não pode se defender ou fugir.

Já foram noticiados inúmeros casos em que, por razões torpes (briga de quadrilhas, não pagamento de drogas), grupo de traficantes capturaram a vítima e a levaram para local afastado, onde a colocaram no interior de um pilha de pneus, tolhendoa por completo de seus movimentos e, em seguida, arremessaram combustível e nela atearam fogo. Nesse caso, além das qualificadoras do motivo torpe e do emprego de fogo, mostra-se também presente o recurso que dificultou a defesa da vítima.

4 **Superioridade numérica.** Tanto o caso de grupos de extermínio, em que vá rias pessoas armadas efetuam disparos contra a vítima, como também em espancamentos realizados por um grupo de pessoas contra uma só configuram a qualificadora em análise. Tornou-se nacionalmente conhecido o caso do adestrador de cães que, à noite, encontrava-se abraçado com outro homem na Pra

ça da República, em São Paulo, quando foram vistos por grupo de *skinheads*, instante em que muitos deles correram em direção ao adestrador e o mataram mediante espancamento. Na hipótese, presentes as qualificadoras do motivo torpe (preconceito, porque a vítima era homossexual), meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima.

4 **Vítima embriagada.** Se avançado o estado de embriaguez de modo que impeça sua movimentação e a possibilidade de se esquivar ou de fugir ao ataque, configura-se a qualificadora. "*Agredir alguém completamente embriagado, sem qualquer possibilidade de defesa e apenas porque estava falando alto, configura as qualificadoras do recurso que tornou impossível a defesa do ofendido e, também, a do motivo fútil*" (TJSP — Rel. Dalmo Nogueira — *RT* 510 338).

4 **Vítima em coma.** Evidente que se encontra impossibilitada de oferecer resistência. Muitos foram os casos em que integrantes de quadrilha efetuaram dis paros contra a vítima na rua, porém, esta acabou sendo socorrida com vida e levada ao Pronto Socorro. Os homicidas, ao tomarem conhecimento de que a vítima estava viva no hospital, aguardaram a diminuição de movimento no local e, de madrugada, invadiram o recinto, renderam os seguranças e mataram a vítima que estava em coma em um dos quartos. É de se lembrar que, nesses casos, existem dois crimes: uma tentativa em relação aos primeiros disparos que fizeram a vítima ser internada e um crime consumado (qualificado) no interior do hospital. Apesar de serem os mesmos agentes e a mesma vítima, o delito posterior não absorve o primeiro, na medida em que ocorreram em contextos fáti cos diversos.

4 **Superioridade física.** É famosa a explanação de Nélson Hungria25 no sentido de que não qualifica o delito, por não se tratar de um recurso buscado pelo agente para evitar a defesa da vítima, sendo-lhe algo inerente.

25 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 170.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 111

11/4/2011 17:24:11

4**Superioridade de armas.** É unânime o entendimento doutrinário de que, por si só, não qualifica o crime. Igualmente não se reconhece a qualificadora apenas pelo fato de uma pessoa armada matar outra desarmada. Entendeu-se que a arma é utilizada pelo agente por ser meio comum, trivial, de fácil obtenção, para cometer o crime, e não como recurso que causará especial dificuldade de defesa para a vítima. Notase aqui certa política criminal, para evitar que quase todos os crimes de homicídio sejam considerados qualificados, pois, em sua grande maioria, são praticados por pessoas armadas contra outras desarmadas.

4**Veneno.** Por se tratar de qualificadora já elencada no texto legal, cuja premissa é a sua inserção sub-reptícia no organismo da vítima, não pode, por si só, configurar também a qualificadora em estudo, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

4**Vítima menor de 14 anos ou maior de 60.** Nossa jurisprudência já tinha tendência no sentido de não admitir esse aspecto como qualificadora por se tratar de condição pessoal da vítima e não de um recurso utilizado pelo agente. Nesse sentido: "*a condição pessoal da vítima não participa da caracterização de algum meio que prejudique ou impeça a defesa. A idade avançada e a precariedade da saúde do ofendido preexistiam ao crime*" (TJSP — Rel. Ary Belfort).

Esse entendimento acabou se confirmando em virtude de inovações legislativas.

Com efeito, a Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a prever no art. 121, § 4º, 2ª parte, do CP, que a pena do homicídio doloso será aumentada em 1/3 se a vítima for menor de 14 anos. Igualmente, a Lei n. 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, passou a prever o mesmo acréscimo se a vítima tiver mais de 60 anos. Assim, se a idade da vítima passou expressamente a ser tratada como causa de aumento de pena, não pode ser tida como qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

4**Pessoa com enfermidade.** Quando o agente se vale de enfermidade incapa -

citante transitória, pode-se dizer que se aproveitou desse momento de fragilida -

de defensiva para praticar o crime, devendo ser penalizado pela figura qualificada, pois esse foi seu recurso ardiloso — a escolha de um momento em que a vítima não podia se defender. Por outro lado, se a enfermidade incapacitante é permanente, não há como se concluir que o acusado tenha se valido de uma oportunidade de inviabilizar a defesa, já que a todo instante a vítima não teria como se defender. Melhor seria que esse aspecto fosse transformado em causa de aumento de pena tal como se deu com o fator ligado à idade da vítima. Viável, contudo, o reconhecimento da agravante genérica do art. 61, II, *h*, do CP — crime contra pessoa enferma.

4**Outras hipóteses configuradoras.** Lançar um grande peso do alto de um prédio na cabeça de um morador que se encontra no pátio; conduzir um veículo e, ao avistar um inimigo atravessando a rua, acelerar o automóvel para atropelálo; conduzir um barco em alto-mar e abandonar intencionalmente o mergulhador que está no fundo do oceano; empurrar por trás alguém que se encontra à beira de um precipício.

4**Hipóteses em que não se considerou o crime qualificado.** Ataque precedido de discussão entre as partes; vítima que havia acabado de dar um tapa no agente, pois é previsível que haja reação a esse gesto; vítima que viu o réu chegar armado ao local e teve chance de ir embora, mas preferiu ficar no local etc.

1.1.1.1.3.4. Qualificadoras decorrentes da conexão do homicídio com outro crime

Art. 121, § 2º, V — Se o homicídio é cometido para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Nesses casos a existência da qualificadora também decorre da **motivação** do agente, ou seja, do fato de ele matar a vítima com a finalidade de, com isso, viabilizar a prática de outro crime, ou assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de um delito anterior. É por essa razão que a doutrina diz que, em tais casos, o homicídio é qualificado pela **conexão**, isto é, pela existência de um vínculo entre o homicídio e o outro crime porque, em verdade, o homicídio só foi cometido em razão deste.

Não se pode deixar de mencionar que, em termos práticos, se as qualificadoras deste inc. V não tivessem sido expressamente previstas no texto legal, já seria possível o reconhecimento da qualificadora genérica do motivo torpe, pois é evidente a conotação imoral na motivação de quem mata para, por exemplo, viabilizar outro crime ou garantir sua impunidade. Como o legislador optou pela previsão expressa dessas figuras como qualificadoras específicas, até para evitar eventuais controvérsias, conclui-se que seu reconhecimento impede a aplicação concomitante da qualificadora do motivo torpe, pois, caso contrário, haveria *bis in idem*. É muito interessante ressaltar, entretanto, que, como este inc. V só faz referência à conexão do homicídio com “outro crime”, caso a morte da vítima tenha a finalidade de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de uma **contravenção penal**, a qualificadora a ser reconhecida é a do motivo torpe.

• Conexão teleológica

Configura-se quando a finalidade do homicídio é assegurar a **execução** de outro crime. A conexão é denominada teleológica porque o agente **primeiro** mata a vítima para depois cometer o outro delito. Exemplos: bandidos que invadem uma cadeia pública e matam um agente penitenciário para facilitar a fuga de pessoa presa; matar o traficante que atua em determinado ponto para assumir o controle do local e ali vender droga; matar o marido para estuprar a esposa; matar o segurança para sequestrar seu patrão etc.

Se o agente, após matar a vítima, efetivamente praticar o outro crime, deve responder por homicídio qualificado em **concurso material** com aquele. É absolutamente incogitável tratar o homicídio qualificado como crime-meio para considerá-lo absorvido pelo crime-fim (princípio da consunção), na medida em que a lei expres samente 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 113

11/4/2011 17:24:11

prevê a autonomia do homicídio qualificado. É claro, portanto, que a conduta posterior ao homicídio deve ter punição autônoma. Assim, se, após matar o marido, o agen te realmente estuprar a esposa, ele responde por estupro **consumado** em concurso material; porém, se a esposa, que estava no local do homicídio, consegue fugir antes do abuso sexual se concretizar, o agente responde por **tentativa** de estupro em relação a ela, além do homicídio qualificado quanto ao marido. Existe, ainda, a possibilidade de o agente, após matar a vítima, nem sequer conseguir dar início à execu

ção do outro crime, hipótese em que só responderá pelo crime contra a vida, tal como ocorre quando o agente mata o marido dentro de sua casa e fica aguardando a chegada da esposa para estuprá-la, mas os vizinhos chamam a polícia e o agente é preso antes mesmo da chegada da mulher ao local. Não se pode falar em tentativa de estupro em relação a uma pessoa que nem esteve no local do homicídio. Importante, porém, ressaltar que a qualificadora será aplicada, pois, quando o agente matou o marido a intenção deste era de viabilizar um estupro.

Deve-se também mencionar a possibilidade de o agente cometer o homicídio visando assegurar a execução de outro crime, mas, logo após ter matado a vítima, desistir de cometer o outro delito. Em tal caso também já é possível o reconhecimento da qualificadora.

Atenção: existem algumas situações previstas no Código Penal em que o ato de matar para viabilizar a prática de outro crime constitui delito autônomo e não homicídio qualificado em concurso material com outro crime. É o que ocorre quando o agente mata a vítima para subtrair seus pertences, hipótese configuradora de latrocínio (art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal).

• Conexão consequencial

Esta denominação é utilizada em hipóteses em que primeiro é cometido outro crime e **depois** o homicídio com a intenção de assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem daquele.

Ocultação

Nessa hipótese o agente quer evitar que se descubra a própria **existência** do crime anterior, como no famoso exemplo de quem coloca fogo em uma casa e mata a única testemunha da provocação do incêndio, para que todos pensem que o fogo decorreu de causa acidental; ou, ainda, no caso de funcionário de banco que vem efetuando desfalques e falsificando papéis internos para despistar o sumiço de dinheiro e mata um auditor que havia acabado de descobrir os desvios. É também o que ocorre quando um traficante é flagrado por um único policial na posse de entorpecentes e o mata.

Para que se reconheça a qualificadora em tela, é imprescindível que tenha ocorrido um crime anterior e que a finalidade do agente, ao matar a vítima, seja a de evitar que se descubra a ocorrência daquele. Não se confunde tal hipótese com aquela em que o sujeito primeiro mata a vítima e, em seguida, se desfaz do corpo, jogandoo em um rio com uma pedra amarrada ou enterrandoo clandestinamente, em que 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 114

11/4/2011 17:24:12

se configura crime autônomo de **ocultação de cadáver** (art. 211 do CP), em concurso material com o homicídio anteriormente praticado — e não qualificadora deste.

• Impunidade

A existência do delito anterior já é conhecida, sendo a intenção do agente a de evitar a **punição** por esse crime. As hipóteses mais comuns são aquelas em que o agente mata a vítima ou uma testemunha do crime anterior que havia sido intimada para ser ouvida em um inquérito ou ação penal e que poderia incriminá-lo. Também não se pode deixar de reconhecer que o agente visa assegurar sua impunidade quando, já condenado, mas estando em liberdade, mata um policial que pretendia cumprir o mandado de prisão.

Para o reconhecimento da qualificadora, não é necessário que o autor do crime antecedente tenha sido o próprio homicida, pois esta exigência não consta do texto legal, que se contenta com a intenção de assegurar a impunidade de outro crime, independentemente de quem seja seu autor. Suponha-se que um traficante tenha sido preso sozinho ao transportar grande carregamento de cocaína, e que, de dentro do presídio, emita uma determinação a um homicida dele conhecido para que mate as testemunhas. Nesse caso, o homicida responde pelo crime qualificado, bem como o traficante que emitiu a ordem.

Note-se que, se a testemunha ou vítima já prestaram seus depoimentos em juízo incriminando o réu e este, por vingança, comete o homicídio posteriormente, não se aplica a qualificadora em tela, porque, conforme já explicitado, nesse caso a intenção não era a de garantir a impunidade, e sim de vingarse do depoimento prestado, o que, nesse contexto, constitui motivo torpe.

A conduta de ameaçar ou agredir testemunhas ou vítimas a fim de obter depoimentos favoráveis constitui crime chamado **coação no curso do processo**, previsto no art. 344 do Código Penal, e que é apenado com reclusão, de 1 a 4 anos, **sem prejuízo da pena correspondente à violência**.

Quando alguém mata a fim de se assegurar a impunidade por um fato anterior que se descobre ser crime impossível responde também pela figura qualificada, pois, embora no plano objetivo não exista crime anterior punível, o que importa para o re conhecimento da qualificadora é a intenção do agente que, sem dúvida, era a de garantir a impunidade. Damásio de Jesus,26 concordando com esse

entendimento, cita o exemplo em que o agente, após esfaquear um cadáver, supondo tratar-se de pessoa viva, mata uma testemunha que acabara de entrar no recinto. Em suma, pouco importa que o fato anterior não seja tecnicamente passível de punição (crime impossível, putativo, já prescrito ou acobertado por outra causa extintiva da punibilidade), desde que se prove que o agente não sabia disso no momento do homicídio. Tal discussão, aliás, não é de grande relevância, pois, caso adotado entendimento de que não se configura a qualificadora em análise, o homicídio não seria considerado simples, e sim qualificado pelo motivo torpe.

26 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 71.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 115

11/4/2011 17:24:12

Vantagem

De acordo com a doutrina, esta qualificadora existe quando o agente visa, com o homicídio, assegurar a posse do **produto, preço** ou **proveito** de um crime anterior.

Produto do crime é a vantagem auferida diretamente com a ação delituosa, ainda que tenha passado por transformação (as joias roubadas ou as barras de ouro, frutos de seu derretimento). **Preço** do crime é o valor cobrado para cometer um delito (dinheiro recebido para matar alguém). **Proveito** do crime é a vantagem auferida indiretamente (a casa comprada com dinheiro roubado).

Já se reconheceu essa qualificadora no caso de ladrão que matou o outro no momento da divisão do dinheiro proveniente do crime anteriormente perpetrado, ou do ladrão de veículo que o estacionou em local proibido e matou o fiscal de trânsito que estava prestes a guinchá-lo, pois, uma vez recolhido o veículo, o ladrão não teria os documentos necessários à sua liberação.

Observação: Nas hipóteses em que o homicídio é qualificado pela conexão (com o fim de assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de

outro crime), o tempo decorrido entre os dois delitos é indiferente. Assim, não afasta a qualificadora o fato de alguém ter cometido certo crime há muitos anos e, ao ser descoberto, matar uma testemunha que poderia incriminá-lo. Igualmente se o sujeito mata uma pessoa a fim de viabilizar outro delito que só pretende executar dali a alguns dias ou meses.

garantir

a impunidade

consequencial

garantir

a ocultação

Conexão com

garantir

outro crime

a vantagem

garantir

teleológica

a execução

1.1.1.1.3.5. Questões diversas quanto ao homicídio qualificado

• Premeditação

Optou o legislador por não prever essa circunstância como qualificadora do homicídio. A existência da premeditação em um homicídio parece ter grande relevância 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 116

11/4/2011 17:24:12

I Dos Crimes Contra a Pessoa

117

para a opinião pública, pois, sempre que ocorre um homicídio de grande repercussão, os jornalistas se apressam em verificar junto às autoridades se houve ou não premeditação. Esse fator, entretanto, não altera a pena.

Existem algumas qualificadoras, como a emboscada e a dissimulação, que exigem um mínimo de premeditação pelas próprias peculiaridades da figura qualificada.

De se ressaltar, contudo, que a qualificadora se deve à emboscada ou à dissimulação e não à premeditação nelas contida.

• Parricídio e matricídio

O ato de matar o próprio pai ou a própria mãe não torna, por si só, qualificado o crime de homicídio. Existe, em verdade, agravante genérica prevista no art. 61, II, *e*, do Código Penal, por ter o crime sido cometido contra ascendente, sendo esta a circunstância a ser reconhecida em homicídios contra pai ou mãe, sem prejuízo de qualificadoras que se mostrem presentes no caso concreto.

• Homicídio qualificado e tentativa

Todas as espécies de homicídio qualificado são compatíveis com o instituto da tentativa, bastando que o resultado morte almejado pelo agente não seja atingido por circunstâncias alheias à sua vontade.

• Reconhecimento concomitante de duas os mais qualificadoras É absolutamente comum o reconhecimento de duas ou mais qualificadoras pelos Jurados, como, por exemplo, quando, por motivo torpe, o agente coloca fogo na vítima que está dormindo (três qualificadoras). Acontece que, como se trata de

um só crime, por haver uma única vítima, basta uma só qualificadora para que seja aplicada a pena do crime qualificado. Em suma, a pena em abstrato é a mesma — 12 a 30 anos

— quer seja reconhecida uma ou mais qualificadoras. Não é justo, contudo, que, no caso concreto, o réu condenado por mais de uma figura qualificada tenha a mesma daquele em relação ao qual só se reconheceu uma delas. Por isso, embora os Jurados tenham reconhecido duas ou mais qualificadoras, o Juiz, no momento da aplicação da pena, usa a primeira delas para fixar a pena-base dentre os limites de 12 a 30 anos, e, em seguida, utiliza as demais como **circunstâncias agravantes** do art. 61, II, *a* a *d*, do Código Penal que, à exceção da asfixia, são as mesmas hipóteses que qualificam o homicídio. Não se trata de *bis in idem* porque o Juiz só reconhecerá como agravantes genéricas as *outras* figuras reconhecidas pelos Jurados.

Nesse sentido:

"*Concorrendo várias as qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante, ..., quando enquadráveis nas hipóteses previstas nos arts. 61 e 62 do CP*" (STF — HC 71.293-2/RJ — Rel. Celso de Mello, *RT* 726/555); "*Penal. Homicídio duplamente qualificado. Dosimetria da pena. Ocorrendo o reconhecimento de mais de uma qualificadora do delito, uma só deve forrar a fixação da pena-base, remetendo-se* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 117

11/4/2011 17:24:12

as demais ao campo das agravantes consideradas para o encontro da pena definitiva" (STJ — 5ª Turma — Rel. Ministro José Dantas, *DJ* de 18.05.1998); "*REsp Homicídio duplamente qualificado. Pena reduzida ao patamar mínimo. Recurso que pretende restabelecer a decisão de primeiro grau, considerando uma das circunstâncias como qualificadora e outra como agravante genérica. Precedentes. Incidindo sobre a ação de -*

lituosa duas qualificadoras, uma servirá como tal e a outra como agravante

genérica, se prevista na norma específica, como ocorre no caso presente (art. 61, II, a e *c, do CP). Recurso provido*" (STJ — 6ª Turma — Rel. Ministro Anselmo Santiago, *DJ* de 03.08.1998); "*Consequentemente, reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do CP, mas em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º,*

inc. XXXVIII, alínea e, da Lex Fundamentalis), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja, conforme o caso, como circunstância judicial (residualmente)" (STJ —

Resp. 613796/MG — Rel. Gilson Dipp).

• Coexistência de qualificadora com a figura privilegiada

Inicialmente é preciso recordar que as três hipóteses de privilégio previstas no art. 121, § 1º, do CP, são de caráter subjetivo, porque relacionadas à motivação do agente (relevante valor social ou moral) ou à motivação (injusta provocação da vítima) somada ao estado emocional disto decorrente (violenta emoção).

As qualificadoras, por sua vez, dividem-se entre aquelas que têm também aspecto subjetivo, porque ligadas à motivação do agente (torpe, fútil, para garantir a execução ou impunidade de outro crime etc.), e outras de caráter objetivo, pois relacionadas ao meio ou modo de execução (fogo,veneno, meio cruel, emboscada, recurso que dificulta a defesa da vítima etc.).

Por raciocínio lógico é fácil notar que a motivação de um homicídio não pode ser ao mesmo tempo autorizadora do reconhecimento do privilégio e de qualificadora. Se os Jurados reconheceram que o réu matou por motivo de relevante valor social ou moral, automaticamente estão declarando que o motivo do crime não é fútil e nem torpe. Aliás, como o privilégio é votado antes pelos Jurados (art. 483, IV e V, do CPP), o seu reconhecimento faz com que o Juiz Presidente sequer possa colocar em votação as qualificadoras de caráter subjetivo admitidas na pronúncia. Em suma, há **incompatibilidade** entre o **privilégio** e as **qualificadoras** de caráter **subjetivo**.

No entanto, nenhuma incompatibilidade se vislumbra no reconhecimento concomitante do **privilégio** com as qualificadoras **objetivas**, já que se trata de situação perfeitamente possível no plano fático, sendo até mesmo comum. Exs.: a) em razão de violenta emoção, o agente dispara um tiro pelas costas da vítima;

b) eutanásia praticada com emprego de veneno; c) crime praticado por motivo de relevante valor social em uma emboscada etc.

• Caráter hediondo do homicídio

O art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.072/90, alterado pela Lei n. 8.930/94, conferiu caráter hediondo ao homicídio em duas hipóteses: 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 118

11/4/2011 17:24:12

I Dos Crimes Contra a Pessoa

119

a) *Quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente*.

Os doutrinadores costumam salientar que, nesse caso, o homicídio constitui crime hediondo, ainda que se apresente em sua modalidade simples. Trata-se, contudo, de hipótese extremamente improvável, na medida em que os delitos de homicídio cometidos por grupo de extermínio normalmente têm motivação torpe e são praticados de modo a dificultar a defesa da vítima.

Discute-se o significado da expressão "grupo de extermínio". Para alguns, basta o envolvimento de duas pessoas, enquanto para outras, para que não se confunda a hipótese com a do concurso de agentes, é exigido um número mínimo de três pessoas.

Esta última nos parece a interpretação correta, pois, quando o legislador quer se referir ao número mínimo de duas pessoas, o faz de forma expressa, o que não ocorre na situação em análise. De qualquer modo, tal discussão não apresenta tanta relevância no tema em questão, uma vez que o próprio texto legal se contenta, para conferir natureza hedionda ao crime, que o ato executório seja praticado por uma só pessoa.

Para que se reconheça atividade típica de grupo de extermínio, não é necessário que os envolvidos tenham alguma motivação específica ligada a características das vítimas — política, religiosa, social, étnica ou racial — ou que elas integrem um grupo determinado. Basta que algumas pessoas se unam a fim de matar

outras. É comum a atuação de grupo de extermínio formado por policiais a fim de matar pessoas que eles consideram criminosas.

A atividade típica de grupo de extermínio não é elementar, qualificadora ou causa de aumento de pena do homicídio e, por tal razão, não deve ser objeto de quesitação aos jurados. O reconhecimento dessa natureza é feita pelo juiz presidente.

b) *Quando se tratar de homicídio qualificado.*

Esta regra abrange todas as formas de homicídio qualificado, consumado ou tentado.

• Consequências do reconhecimento da natureza hedionda

1) Proibição de concessão de anistia, graça ou indulto.

2) Regime inicial deve ser necessariamente o fechado.

3) A progressão da pena para regime mais brando só pode ocorrer após o cumprimento de 2/5 da pena, se o condenado for primário, e 3/5, se reincidente (para os crimes comuns, a progressão é obtida com o cumprimento de apenas 1/6 da pena).

4) A obtenção do livramento condicional só será admitida se cumpridos 2/3 da pena e se o agente não for reincidente específico.

• O homicídio qualificado-privilegiado tem também natureza hedionda?

A Lei dos Crimes Hediondos é omissa em relação a este tema, de modo que coube à doutrina e à jurisprudência o encontro de uma solução, que se deu com base em 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 119

11/4/2011 17:24:12

interpretação dada ao art. 67 do Código Penal. Com efeito, pela leitura deste

dispositivo, pode-se concluir que, quando o juiz reconhecer uma circunstância que torne o crime mais grave e, concomitantemente, outra que o torne mais brando, deve dar maior valor àquela referente à **motivação** do crime. Lembre-se de que, conforme mencionado há pouco, quando um homicídio for, a um só tempo, privilegiado e qualificado, poder-se-á afirmar, com certeza, que o privilégio se deve à motivação do agente, enquanto a qualificadora, ao meio ou modo de execução do delito (qualificadoras objetivas). Assim, fácil concluir que a maior relevância que o art. 67 do CP determina que se dê aos motivos do crime, fazem com que a coexistência com o privilégio afaste o caráter hediondo do homicídio qualificado. A solução, ademais, tem conotação justa, quando se pensa em exemplos práticos como o do pai que mata o estuprador da filha com um tiro pelas costas, ou de alguém que comete eutanásia com veneno; hipóteses em que não se vislumbra a necessidade de tratamento como crime hediondo.

Nesse sentido: "*A Lei n. 8.072/90, alterada pela Lei n. 8.930/94, em seu art. 1º, considerou hediondo, entre outros, o homicídio qualificado, consumado ou tentado.*

Não faz nenhuma referência à hipótese do homicídio qualificado-privilegiado. A extensão, aqui, viola o princípio da reserva legal, previsto entre nós tanto na Magna Carta como em regra infraconstitucional (art. 5º, inc. XXXIX, da Lex Maxima, e art.

1º, do CP). E, por óbvio que tal regra basilar se aplica, também, à fase da execução da pena, visto que sem execução seria algo meramente teórico, sem sentido" (STJ

— REsp 180.164/PR — Rel. Félix Fischer).

Atenção: Na hipótese em discussão, a preponderância que se dá ao privilégio para afastar a natureza hedionda não tem o condão de retirar a agravação da pena decorrente do reconhecimento da qualificadora. Desse modo, sendo o homicídio privilegiado e também qualificado, o juiz deve, inicialmente, aplicar a pena dentre os limites de 12 a 30

anos, referentes ao crime qualificado, e, em seguida, reduzir a pena de 1/6 a 1/3, em razão do privilégio. Com esses fatores, obtém-se a pena definitiva, porém, por não se tratar de delito considerado hediondo, o condenado poderá obter progressão de regime ou livramento condicional em espaço de tempo mais curto,

bem como terá direito a eventual anistia, graça ou indulto.

• **Comunicabilidade das qualificadoras no concurso de agentes** Esse tema já foi estudado detalhadamente quanto à qualificadora da paga ou promessa de recompensa, em relação à qual existem duas correntes. As regras que se estudarão a seguir dizem respeito às demais qualificadoras, devendo a análise ser dividida de acordo com a natureza da circunstância:

a) Qualificadoras de caráter subjetivo, ligadas à motivação do agente, como o motivo fútil e o torpe. De acordo com a regra do art. 30, por não serem elementares do homicídio, seu reconhecimento em relação a um dos réus não se estende aos comparsas. Assim, é plenamente possível que se reconheça o motivo torpe em relação a um dos réus e que o outro seja condenado por homicídio simples. Ex.: a 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 120

11/4/2011 17:24:12

I Dos Crimes Contra a Pessoa

121

esposa quer a morte do marido para receber o seguro de vida por ele feito e do qual ela é a beneficiária. Para conseguir matá-lo, ela procura uma amiga e mente, dizendo estar desesperada porque ele a tem agredido constantemente e, em seguida, pede ajuda para a execução do crime. Caso a amiga preste o auxílio, responderá por homicídio simples.

É claro, entretanto, que, se a motivação dos comparsas tiver sido a mesma, inevitável se mostrará a aplicação da qualificadora para ambos. Dessa forma, se dois irmãos combinam matar o pai para ficarem com o seguro de vida de que são beneficiários, ambos respondem pelo homicídio qualificado por motivo torpe.

b) Qualificadoras de caráter objetivo, ligadas a meio e modo de execução do crime. Nos termos do art. 30 do CP, elas se comunicam aos comparsas.

Em se tratando de **coautoria** em que, por definição, ambos os envolvidos praticaram atos de execução, será mesmo inevitável a aplicação da qualificadora para os dois. Com efeito, quando se diz que João e Pedro são coautores em um crime de homicídio qualificado por emprego de fogo, está subentendido que, por serem coautores, ambos atearam fogo na vítima.

Já em casos de **participação** é necessário que se faça uma distinção. Quando o partícipe estiver presente no local e, sem realizar ato executório, estimular os comparsas a colocar fogo na vítima, responderá pela figura qualificada, pois quis participar do homicídio, bem como estimular a forma mais gravosa de execução. Essa mesma regra será aplicada se o partícipe não estiver presente no local, mas existir prova de que ele, em momento anterior, teve ciência de que os comparsas pretendiam atear fogo na vítima e, mesmo assim, os instigou a cometer o delito. Excepcionalmente, entretanto, não será possível a incidência da qualificadora ao partícipe quando se demonstrar que ele incentivou o homicídio, sem, todavia, ter tido prévia ciência de que seria utilizado meio mais gravoso em sua execução. Em tal situação, o partícipe responderá por homicídio simples, tratando-se, aqui, de exceção à regra de que as qualificadoras objetivas se estendem aos comparsas.

1.1.1.1.3.6. Causas de aumento de pena

Art. 121, § 4º — ... sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos.

Essas figuras são denominadas causas de aumento de pena e não qualificadoras, porque sua consequência é a incidência de um índice de soma em relação à pena fixada na fase anterior, enquanto nas qualificadoras o texto legal estabelece novas penas mínima e máxima.

A hipótese da vítima menor de 14 anos foi introduzida no Código Penal por ocasião da aprovação da Lei n. 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Posteriormente, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) acrescentou a hipótese em que a vítima é maior de 60 anos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 121

11/4/2011 17:24:12

Essas causas de aumento aplicamse a **todas** as figuras do homicídio doloso: simples, privilegiado e qualificado.

A **idade** da vítima, por consistir em causa de aumento de pena específica do homicídio, **não pode ser interpretada**, concomitantemente, como **qualificadora** do crime sob o argumento de que a pequena ou elevada idade lhe retiram a capacidade de defesa. Com efeito, o legislador já considerou esse aspecto ao estabelecer a circunstância da idade como causa de aumento. Ademais, a idade é algo inerente à vítima e não um recurso do qual o agente lança mão para inviabilizar sua defesa.

Igualmente, o reconhecimento da causa de aumento impede a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, *h* (crime contra criança ou pessoa maior de 60 anos), pois isso constituiria irrefutável *bis in idem*.

Ao contrário do que ocorre em alguns outros dispositivos do Código Penal, a causa de aumento do homicídio pressupõe que a vítima tenha menos de 14 anos, ou seja, que ainda não tenha completado tal idade. Dessa forma, a morte no dia do 14º

aniversário não torna maior a pena.

Se a vítima for alvejada um dia antes do aniversário, mas só morrer uma semana depois, incide o aumento, uma vez que as circunstâncias que envolvem um delito, salvo a consumação, devem ser apreciadas em relação ao momento da ação ou omissão. É o que diz expressamente o art. 4º do Código Penal ao regulamentar o tema

"tempo do crime". Igualmente, se alguém alvejar a vítima de 59 anos e ela só falecer depois de já ter mais de 60, o aumento não incide.

1.1.1.2. Homicídio culposo

Art. 121, § 3º — Se o homicídio é culposo:

Pena — detenção de um a três anos.

No homicídio culposo, o agente não quer e não assume o risco de provocar a morte, mas a ela dá causa por **imprudência, negligência** ou **imperícia**. Embora o art. 121, § 3º, limite-se a prever pena de um a três anos de detenção "se o homicídio é culposo", deve-se conjugar referido dispositivo com o art. 18, II, do Código Penal, que disciplina genericamente os crimes culposos, e estabelece que são aqueles decorrentes de imprudência, negligência ou imperícia.

Sabese que, no convívio social, de todos se exigem cuidados, cautelas em suas condutas, para que sejam evitadas consequências danosas aos demais cidadãos.

Quan do alguém realiza uma conduta sem o dever objetivo de cuidado e, com isso, provoca a morte de outra pessoa, comete homicídio culposo.

O Juiz deve analisar se o causador da morte, nas circunstâncias do caso concreto, agiu como agiria um homem médio, prudente e de discernimento. Caso conclua que o sujeito não agiu com os cuidados que o homem médio teria tomado, deverá condená-lo pelo homicídio culposo. É por isso que se diz que o crime culposo tem o tipo aberto, na medida em que a lei não especifica exatamente em que casos existe a 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 122

11/4/2011 17:24:12

I Dos Crimes Contra a Pessoa

123

conduta culposa, que deve ser fruto da comparação entre o que fez o réu e o que teria feito um homem médio nas mesmas circunstâncias.

A inobservância do cuidado objetivo necessário pode manifestar-se de três formas:

• Imprudência

É uma ação perigosa, uma conduta comissiva que expõe a risco outras pessoas, por ser marcada pela afoiteza, imoderação, insensatez, tal como se dá quando o agente brinca com um revólver carregado e acaba provocando um disparo acidental; quando uma pessoa por brincadeira empurra outra na piscina e esta bate a cabeça na borda e morre; quando um pedreiro joga um tijolo para outro do alto de uma construção e o tijolo cai na cabeça do operário que está no chão e este morre; quando o agente passa em um sinal fechado e atropela a vítima, causando sua morte etc.

• Negligência

É uma omissão, uma conduta negativa, uma ausência de precaução quando o caso impunha uma ação preventiva para evitar o resultado. Na negligência, há

uma inércia psíquica, uma indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por descaso. Exs.: não providenciar a manutenção necessária de tempo em tempo nas máquinas de sua indústria, e uma delas explodir pela falta de manutenção, matando um operário; não dar manutenção nos freios de um veículo e atropelar a vítima por falta de freio; não fornecer equipamento de segurança (capacete, luvas etc.) para os trabalhadores de uma construção, sendo que um deles morre com uma pancada na cabeça, decorrente da queda de uma madeira; médico que não faz exames em um paciente antes de lhe ministrar anestésico e este acaba morrendo por choque anafilático por ser alérgico ao medicamento; pais que deixam arma de fogo ao alcance de seu filho pequeno que a encontra e acaba, por brincadeira, acionando o gatilho e matando a si próprio ou a terceiro; deixar veneno em local acessível a crianças etc.

Notase, portanto, que, enquanto a imprudência é uma **ação** que provoca o resultado, a negligência é uma **omissão** que a ele dá causa.

• Imperícia

É a demonstração de incapacidade ou de falta de conhecimentos técnicos no desempenho de arte, profissão ou ofício que dá causa ao resultado. A imperícia pressupõe sempre a qualificação ou habilitação legal para a arte ou ofício. Não havendo tal habilitação para o desempenho da atividade, a culpa é imputada ao agente por imprudência ou negligência.

Quando um médico mata a vítima durante uma cirurgia por falta de habilidade no manuseio do bisturi, que fez com que seccionasse uma artéria e produzisse uma grave hemorragia, temos imperícia. Se um motorista habilitado, dirigindo normalmente um veículo, não consegue fazer uma curva por falta de habilidade na condu

ção do automóvel temos também imperícia — para dirigir veículo é necessária habilitação.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 123

11/4/2011 17:24:12

• **Coexistência de condutas culposas por parte da mesma pessoa** É plenamente possível que a mesma pessoa tenha agido, por exemplo, com imprudência e negligência. Nesse caso, se tiver provocado a morte de uma só pessoa, responderá por crime único, mas a gravidade de sua conduta deverá ser levada em conta pelo juiz na fixação da pena-base. Ex.: não fazer a manutenção no freio e dirigir em excesso de velocidade, causando a morte de terceiro.

• **Culpa e erro profissional**

Não se confunde a culpa com erro profissional, mesmo porque profissões como a medicina não são ciências exatas. Assim, é possível que haja erro de diagnóstico plenamente justificado pelas circunstâncias, como ocorre, por exemplo, quando ressurge doença que há muitos anos não se verificava em certa região e que apresenta sintomas iniciais muito parecidos aos de uma gripe, tal como se deu recentemente com a febre maculosa. No erro profissional são empregados os conhecimentos normais da arte ou ofício, porém, o agente chega a uma conclusão errada. Nesse caso, o fato é atípico, salvo se o equívoco for grosseiro.

• **Resultado**

Este é o aspecto mais importante do crime culposo, pois, ainda que o agente realize uma conduta manifestamente imprudente ou negligente, não haverá crime ca so ele não atinja alguém e provoque sua morte. Assim, é possível que duas pessoas tenham realizado o mesmo ato imprudente, como, por exemplo, brincar com arma municiada em uma reunião, e que ambos tenham causado um disparo acidental. Contudo, um dos disparos atingiu o teto e o outro matou uma pessoa. Somente o responsável pelo disparo fatal será punido por homicídio culposo.

• **Nexo causal**

É também requisito dos crimes culposos. Com efeito, não basta demonstrar a con duta culposa e o resultado, sendo ainda necessário comprovar o nexo causal entre eles. Dessa forma, quando alguém está dirigindo imprudentemente na contramão e um suicida se atira sob o carro e morre, mostra-se ausente esse requisito, uma vez que o resultado teria ocorrido ainda que o agente estivesse dirigindo corretamente, pois o suicídio (caso fortuito) teria ocorrido da mesma forma.

• **Concorrência de culpas**

Existe concorrência de culpas quando duas ou mais pessoas atuam culposamente dando causa à morte de terceiro, hipótese em que ambos respondem integralmente pelo delito. Assim, se o responsável pela obra em construção não forneceu capacete para seus pedreiros e, ao mesmo tempo, um dos trabalhadores derrubou uma pilha de tijolos do alto do edifício, por tê-la colocado perto do parapeito, há crimes de homicídio culposo por parte de ambos. O responsável pela obra agiu com negligência e o pedreiro que empilhou os tijolos, com imprudência.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 124

11/4/2011 17:24:12

• Compensação de culpas

Culpas recíprocas não se compensam no Direito Penal. Assim, quando duas pessoas agem culposamente, uma causando lesão na outra, ambas respondem por crime de lesão culposa, ou seja, o fato de um ter causado lesão no outro não faz com que desapareça a responsabilidade penal de ambos. Ao contrário, cada um responde por um crime de lesão culposa.

Em se tratando, porém, de hipótese em que duas pessoas agem culposamente, mas uma morre e a outra sobrevive, esta responde por homicídio culposo.

Por óbvio, quando ficar constatado que a culpa foi exclusiva da vítima, o réu deverá ser absolvido.

1.1.1.2.1. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime comum.

1.1.1.2.2. Sujeito passivo

Também pode ser qualquer pessoa.

1.1.1.2.3. Consumação e tentativa

A consumação se dá no momento em que ocorre a morte da vítima, ou seja, com a cessação da atividade encefálica.

A tentativa não é possível porque não existe tentativa de crime culposo. Se o agir imprudente de alguém não atinge a vítima, o fato não constitui crime, e se a atinge provocando apenas lesões corporais, o fato constitui lesão corporal culposa.

1.1.1.2.4. Causas de aumento de pena

Art. 121, § 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 de seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante.

Essas causas de aumento de pena devem ser especificadas na denúncia.

• **Inobservância de regra técnica de arte, profissão ou ofício** Existem milhares de regras técnicas que devem ser observadas para evitar acidentes no desempenho das mais diversas profissões existentes. Somente no Código de Obras, por exemplo, existem centenas delas para a construção civil. Outras inúmeras existem para motoristas, pessoas que operam máquinas, eletricistas, agricultores, médicos, dentistas, pilotos etc.

Assim, um engenheiro que determina a construção de um muro sem a sustenta

ção de vigas de modo que, posteriormente, o muro cai sobre alguém, terá sua pena 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 125

11/4/2011 17:24:12

aumentada. O mesmo em relação ao profissional da área médica que, por pressa, não esteriliza o instrumento cirúrgico durante o período de tempo necessário, fazendo com que o paciente submetido à cirurgia morra algum tempo depois em decorrência de infecção. Outro exemplo é o do eletricista que não desliga a energia da casa onde está trabalhando, provocando a morte de seu ajudante, ou

do piloto de helicóptero que não verifica o nível de combustível antes de levantar voo, provocando a queda da aeronave e morte de algum passageiro.

A causa de aumento em análise não se confunde com a modalidade culposa de imperícia. Nesta o sujeito demonstra falta de aptidão para o desempenho da arte, profissão ou ofício, enquanto, na causa de aumento, o agente demonstra a aptidão para realizá-las, porém, provoca a morte de alguém porque, por desleixo, por descaso, deixou de observar regra inerente àquela função. No exemplo da falta de esterilização adequada do bisturi, o médico demonstrou aptidão para o ato cirúrgico, não decorrendo a morte de falta de habilidade na realização de tal ato, e sim da infecção causada pelas bactérias que estavam no bisturi.

Questão redacional provoca sério questionamento doutrinário e jurisprudencial em torno da causa de aumento em estudo. Com efeito, neste dispositivo prevê a lei que a pena do homicídio culposo será aumentada em um terço "**se o crime resulta** da inobservância de regra técnica...". Ora, com essa redação o texto legal estabelece que a morte culposa decorre da própria causa de aumento de pena, gerando contestações em torno de sua aplicabilidade, pois a causa de aumento se confundiria com a própria conduta típica. Sustentase que as causas de aumento de pena são circunstâncias extras, que se somam à figura típica básica, para agravar a pena, como na hipótese em que o agente provoca a morte por imprudência e não socorre a vítima (duas circunstâncias distintas). Assim, existe forte argumentação no sentido de que a aplicação da causa de aumento de pena no caso da inobservância de regra técnica constituiria *bis in idem* — de modo que se deve aplicar apenas o tipo penal simples.

Nesse sentido: "*não se justifica o aumento, ..., uma vez que a inobservância de regra técnica da profissão se erigiu, precisamente, no núcleo da culpa com que se houve o acusado, não podendo assumir a função bivalente de, em primeiro estágio, caracterizar o crime, e, em estágio sucessivo, acarretar o aumento da pena*" (Tacrim-SP — Rel. Jarbas Mazzoni — *Jutacrim* 69/291); "*Homicídio culposo — Inobservância de regra técnica — No homicídio culposo, a majoração da pena em virtude da inobservância de regra técnica é incabível quando esta constituir precisamente o núcleo da culpa com que se houve o agente*" (Tacrim-SP — Rel. Renato Talli —

Jutacrim 79/253).

Para tentar salvar o dispositivo, parte da doutrina e jurisprudência alegam

tratarse de uma figura qualificada de negligência, tendo havido equívoco do legislador ao tratá-la como causa de aumento, quando, o correto teria sido prevê-la como qualificadora, equívoco que, todavia, não elimina a sua possibilidade de incidência. Em suma, quando a negligência consistir na inobservância de regra técnica, ela será considerada mais grave e terá pena maior, mas quando a negligência for de outra natureza, caracterizará o crime simples.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 126

11/4/2011 17:24:13

• Se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima ou não procura diminuir as consequências de seu ato

O texto legal exige que socorro à vítima, após ter ela sido afetada pelo ato culposo do agente, seja imediato. É óbvio, contudo, que a pena só será agravada se esse socorro imediato for possível por parte do agente. Se era inviável porque ele próprio ficou gravemente ferido ou porque não havia condições materiais de ser prestado, a pena não será aumentada, caso a vítima não socorrida venha a morrer.

O dever de socorro é solidário, devendo prestálo o autor da conduta culposa e todas as outras pessoas presentes. Assim, se alguém dispara acidentalmente uma arma de fogo e atinge a vítima na altura do abdômen na presença de duas testemunhas, todos têm o dever de socorrer a vítima. Caso uma delas se adiante às demais na prestação do socorro, estas ficam desobrigadas. Dessa forma, se uma das testemunhas socorreu a vítima, fazendo-o de imediato, o autor do disparo será responsabilizado apenas pelo homicídio culposo, caso a vítima socorrida venha a falecer. Sua pena não será aumentada. Para tanto é necessário que ele tenha presenciado o imediato socorro prestado pelo terceiro à vítima.

Em suma, quando o socorro imediato é possível de ser prestado pessoalmente pelo agente e este não o faz, sua pena será agravada, exceto se ele tiver presenciado outra pessoa a ele se adiantar e prestar o auxílio.

Deve-se ressalvar, outrossim, que, na hipótese de nenhum dos presentes socorrer

a vítima, o autor do disparo será responsabilizado pelo crime de homicídio culposo com a pena aumentada em um terço (art. 121, § 4º.), enquanto as duas testemunhas, que também não prestaram auxílio à vítima baleada, responderão por crime de omissão de socorro agravado pelo resultado morte (art. 135, parágrafo único, parte final).

Se o socorro não foi prestado porque o agente teve que deixar o local por estar sofrendo risco de agressão por parte de amigos ou familiares da pessoa por ele atingida, não incide o aumento em tela. Igualmente se for evidente que a vítima já morreu, não havendo socorro possível de ser prestado.

Se o socorro imediato não podia ser prestado pessoalmente pelo agente, mas poderia ele ter saído em busca de providências para ajudar no socorro, porém não o fez, incide na parte final do dispositivo — não procurar diminuir as consequências de seu ato.

• Se o agente foge para evitar a prisão em flagrante

Se o agente socorreu a vítima e depois fugiu do hospital antes da chegada de policiais para evitar sua prisão, haverá o acréscimo em análise. É muito comum, todavia, que o agente fuja do local e não socorra a pessoa por ele atingida. Nessa hipótese, estão presentes duas causas de aumento de pena, contudo, o juiz só pode aplicar o aumento de um terço uma única vez, diante do que dispõe o art. 68, parágrafo único, do Código Penal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 127

11/4/2011 17:24:13

1.1.1.2.5. Perdão judicial

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

A aplicação do perdão judicial decorre do sofrimento percebido pelo próprio

agente em face de sua conduta culposa. Assim, se, em razão de sua imprudência, um pai causou a morte do próprio filho, mostra-se desnecessária a aplicação da pena de detenção como forma de punição, na medida em que a perda do filho é "castigo" muito maior do que qualquer outro possível. O juiz, então, concede o perdão judicial que exclui a incidência da pena.

O instituto em tela, na prática, tem aplicação tanto em casos em que a vítima do homicídio culposo é ente querido do agente — familiar próximo, cônjuge ou companheiro — como naqueles em que ele próprio fica gravemente ferido em decorrência do evento por ele provocado e que causou a morte de outrem. Ex.: agente que fica gra vemente queimado em razão de fogo por ele ateado acidentalmente em uma mata e que matou outra pessoa. Nas primeiras hipóteses, as consequências percebidas pelo beneficiário do perdão são **morais**, enquanto na última são **físicas**.

O perdão judicial não precisa ser aceito para gerar efeito.

Quando duas pessoas agem culposamente, provocando a morte do filho de um deles (concorrência de culpas), o perdão judicial só é concedido ao pai. Por se tratar de circunstância de caráter pessoal, não se comunica aos demais envolvidos, nos termos do art. 30 do Código Penal.

Por outro lado, se uma só pessoa age de modo culposo, causando a morte de seu filho e de terceiro, o juiz não está proibido de lhe conceder o perdão.

• Natureza jurídica

Nos termos do art. 107, inc. IX, do Código Penal, o perdão judicial tem natureza de **causa extintiva da punibilidade**.

• Momento da concessão e reincidência

Em nosso entendimento, o perdão judicial só pode ser concedido na sentença após o juiz apreciar as provas colhidas e considerar o réu responsável pelo crime culposo de que está sendo acusado. Com efeito, se as provas indicarem que ele não agiu de forma culposa, a solução é a absolvição, mesmo porque não se perdoa um inocente. Em outras palavras, após o juiz considerar o acusado responsável pela infração penal, deixa de lhe aplicar a pena correspondente, por entender que ele já foi suficientemente atingido pelas consequências do fato.

O art. 120 do Código Penal, aliás, preocupouse em estabelecer que a concessão do perdão judicial não retira a primariedade do réu, de modo que, em caso de prática de novo crime, não será ele considerado reincidente. Ora, é óbvio que, se o 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 128

11/4/2011 17:24:13

I Dos Crimes Contra a Pessoa

129

perdão pudesse ser concedido antes da sentença, não seria capaz de gerar reincidência, e, dessa forma, seria completamente desnecessária a regra contida em referido art. 120.

• **Natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial** Existem duas correntes em torno do tema:

a) Como nesta sentença o juiz analisa as provas e declara o réu culpado, ficam afastados apenas os efeitos expressamente declarados no Código Penal — a aplicação da pena de detenção e a perda da primariedade. Os demais efeitos de uma condenação são mantidos porque não afastados pelo texto legal. Para esta corrente, portanto, a sentença que concede o perdão judicial é **condenatória**, subsistindo efeitos secundários da condenação como a obrigação de indenizar e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Essa é a corrente adotada pelo STF e por boa parte dos doutrinadores, como Damásio de Jesus.27

b) Considerando que o instituto do perdão é causa extintiva da punibilidade, a sentença em que este é concedido tem natureza **declaratória**. Este o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula n. 18

que assim dispõe: *a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.*

Por essa orientação, se uma pessoa for beneficiada com o perdão judicial, a sentença que o concedeu não poderá ser utilizada na esfera cível como título executivo e tampouco o nome do acusado poderá ser lançado no rol dos culpados. Os familiares da vítima do homicídio culposo, se quiserem obter indenização, terão de ingressar com processo de conhecimento no juízo cível.

Por ser objeto de súmula de tribunal superior, este é o entendimento atualmente adotado na prática. É também defendido por autores como Celso Delmanto28 e Cezar Roberto Bitencourt.29

1.1.1.2.6. Ação penal

No homicídio culposo a ação penal também é pública incondicionada.

O julgamento cabe ao juízo singular.

É de se ressalvar, ainda, que, nas hipóteses em que o crime é simples, tornase cabível a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, pois, nesse caso, a pena mínima é de um ano. Todavia, nas hipóteses em que se mostrar presente quaisquer das causas obrigatórias de aumento de pena do art. 121, § 4º, do Código Penal, o benefício é inviável.

27 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. II, p. 90.

28 Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 181.

29 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 90.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 129

11/4/2011 17:24:13

1.1.1.2.7. Homicídio culposo no Código de Trânsito brasileiro

Antes do advento da Lei n. 9.503/97, conhecida como Código de Trânsito Brasileiro, a provocação de morte culposa por parte de condutor de veículo caracterizava crime de homicídio comum, previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal. A divulga

ção de estatísticas que reconheceram o Brasil como recordista mundial em mortes no trânsito fez com que o legislador, ao aprovar referido Código de Trânsito, nele introduzisse crimes especiais de homicídio e lesão culposa **na**

direção de veículo automotor, mais gravemente apenados. Atualmente, portanto, existem duas modalidades de homicídio culposo. A modalidade prevista no art. 302 da Lei n. 9.503/97 está assim definida: **Art. 302.** Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Pena — detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Note-se que o tipo penal continua aberto, devendo o juiz, no caso concreto, por meio de um juízo de valor, concluir se o agente atuou ou não com imprudência, negligência ou imperícia.

A caracterização da culpa nos delitos de trânsito provém, normalmente, do desrespeito às normas disciplinares contidas no próprio Código de Trânsito (excesso de velocidade, embriaguez, dirigir na contramão de direção, desrespeito à sinalização, conversão em local proibido, ultrapassagem em local proibido, falar ao telefone celular enquanto dirige, manobra de marcha à ré sem os cuidados necessários, desrespeito à faixa de pedestres, levar passageiros na carroceria de caminhão ou caminhonete, deixar aberta a porta de coletivo etc.). Estas, entretanto, não constituem as únicas hipóteses de reconhecimento do crime culposo, pois o agente, ainda que não desrespeite as normas disciplinares do Código, pode agir com inobservância do cuidado necessário e, assim, responder pelo crime. A ultrapassagem, por exemplo, se feita em local permitido, não configura infração administrativa, mas, se for efetuada sem a necessária atenção, pode dar causa a acidente e implicar crime culposo.

Entretanto, já se reconheceu que a culpa é exclusiva da vítima e que o agente não responde pelo delito quando ela cruzou repentinamente a rua ou saiu de trás de carros parados em congestionamento.

• Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 302, parágrafo único, do CTB, a pena do homicídio culposo na direção de veículo automotor será aumentada de um terço até metade, se o agente não possui Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação, se o crime é praticado em faixa de pedestre ou sobre a calçada, se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima quando possível fazê-lo sem risco pessoal, ou, ainda, se ele está, no exercício de sua profissão ou atividade, dirigindo veículo de transporte de passageiros.

A Lei n. 11.705/2008 revogou o inc. V do art. 302, parágrafo único, do CTB, que estabelecia aumento de pena se o autor do homicídio culposo na direção de 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 130

11/4/2011 17:24:13

I Dos Crimes Contra a Pessoa

131

veículo estivesse sob influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.

• O âmbito de abrangência do CTB

O art. 1º da Lei n. 9.503/97 dispõe que "o trânsito de qualquer natureza *nas vias terrestres* do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código".

Assim, embora aviões, helicópteros, lanchas, barcos e *jet-skis* sejam veículos motorizados, a conduta culposa em sua condução não é capaz de configurar crime da lei especial, mas apenas aquele do art. 121, § 3º, do Código Penal.

Por outro lado, apesar de o art. 2º da Lei n. 9.503/97 definir via terrestre de forma a excluir as vias particulares (estacionamentos privados, pátios de postos de gasolina, vias internas de fazendas etc.), entende-se que devem ser aplicados os crimes de homicídio e lesão culposa do Código de Trânsito ainda que o fato não ocorra em via pública. Com efeito, quando o legislador quis exigir que o fato delituoso fosse caracterizado apenas quando ocorresse em via pública, o fez de forma expressa no tipo penal, como nos crimes de embriaguez ao volante (art. 306), participação em competição não autorizada (art. 308) e direção sem habilitação (art. 309). Assim, fica evidente a intenção da lei em excepcionar a regra para permitir a aplicação de seus crimes de homicídio e lesão culposa, qualquer que seja o local do delito, desde que o agente esteja na direção de veículo automotor.

• Conceito de veículo automotor

O anexo I, do CTB, define veículo automotor como "todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículo utilizados

para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)".

Estão inseridos no conceito os automóveis, os utilitários, as vans, as motocicletas, motonetas e ciclomotores, os quadriciclos, os ônibus que não circulam em trilhos, tratores, caminhões etc.

Já a conduta culposa na condução de charrete, carroça ou bicicleta só pode dar origem ao crime culposo comum.

• A expressão "na direção de veículo automotor"

O crime da lei especial não se configura pelo simples fato de a conduta culposa ocorrer no trânsito. Exige expressamente o tipo penal que o agente esteja dirigindo veículo automotor, isto é, que esteja no comando dos mecanismos de controle e velocidade do veículo. Por essa razão, existem várias hipóteses que parecem tipificar o crime em análise, por ocorrerem no trânsito ou serem a este relacionadas, mas que configuram crime comum. Vejam-se os seguintes casos:

a) Pedestre que atravessa pista de rolamento em momento e local inadequados, causando a queda e morte de um motociclista. A imprudência ocorreu 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 131

11/4/2011 17:24:13

no trânsito, mas por pessoa que não estava conduzindo o veículo, devendo responder pelo crime do Código Penal (art. 121, § 3º).

b) Passageiro de automóvel ou de ônibus que atira garrafa de refrigerante pela janela provocando acidente na estrada. Igualmente incorre em crime comum.

c) Garupa de motocicleta que balança o veículo e provoca a queda e morte do condutor.

d) Pessoa que mata motociclista por abrir a porta de um carro sem olhar para

trás, provocando colisão.

e) Pessoa que está empurrando um carro desligado, perde o controle sobre o veículo e atropela alguém.

f) Responsável por empresa de ônibus que não providência a manutenção dos freios da frota, hipótese em que a conduta culposa não é do condutor do veículo.

g) Pessoa que amarra grandes pedaços de madeira em um caminhão sem os cuidados devidos, vindo uma delas a cair do veículo em movimento e matar alguém, situação em que a imprudência também não é do condutor do veículo.

• Perdão judicial

O art. 300 do Código de Trânsito expressamente permitia o perdão judicial nos crimes culposos nele elencados. Esse dispositivo, todavia, foi vetado com o argumento de que o perdão judicial previsto no art. 121, § 5º, do CP, já trata do tema de forma mais abrangente. Conclui-se, portanto, que o perdão judicial, com as regras previstas no Código Penal, aplicase aos crimes de trânsito.

1.1.2. Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

1.1.2.1. Introdução

Este delito é mais conhecido pela nomenclatura **“participação em suicídio”** porque pune quem colabora com o suicídio alheio.

Nossa legislação não prevê punição para quem tenta se matar e não consegue com o argumento de que, neste caso, a punição serviria apenas de reforço para a ideia suicida.

Assim, considerando que o suicídio em si não constitui ilícito penal, mas a participação em tal ato sim, pode-se concluir que no art. 122 do Código Penal o

legislador tornou crime a participação em fato não criminoso (participação em suicídio).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 132

11/4/2011 17:24:13

As condutas de induzir, instigar ou auxiliar outra pessoa a cometer um crime

— um homicídio, por exemplo — normalmente pressupõem que exista a figura do executor. Assim, quando uma pessoa convence outra a matar a vítima, o homicida é chamado de **autor** e quem a induziu a praticar tal crime é **partícipe**. No art. 122 do Código Penal, todavia, quem comete o ato suicida é considerado vítima, e não pode ser punido. Assim, quem induz, instiga ou auxilia um suicídio é **autor** do delito e esse fato gera alguma confusão, já que o crime do art. 122 é também chamado de **participação em suicídio**.

Os exemplos abaixo facilitam a compreensão do tema:

a) João instiga Pedro a se matar. João é **autor** do crime de participação em suicídio.

b) André convence João a procurar Pedro e instigálo a cometer suicídio.

Nesse caso, João também é autor do crime de participação em suicídio, pois foi ele quem manteve contato com a vítima Pedro e a convenceu a se matar.

André, por sua vez, é **partícipe** do crime. Daí a frase: **é possível participação em participação em suicídio**.

1.1.2.2. Objetividade jurídica

A preservação da vida humana extrauterina. Trata-se de crime **simples**.

1.1.2.3. Tipo objetivo

Para que haja legalmente um suicídio que possa dar origem ao crime em análise, não é suficiente que alguém tire a própria vida. Com efeito, só existe juridicamente um **suicídio** em caso de supressão **consciente** e **voluntária** da própria vida.

Dessa forma, existem várias situações fáticas em que é realizado um ato atentatório à própria vida, porém, como a vítima não o fez de forma voluntária e consciente, excluise o crime em análise, por não ter havido um suicídio. É o que ocorre quando alguém se aproveita da falta de capacidade de entendimento da vítima, por ser uma criança ou alguém com grave deficiência mental, para convencê-la a pular de uma ponte ou a tomar veneno. Em tais hipóteses, a vítima não tinha compreensão das consequências de seu ato, de modo que o sujeito deve responder por homicídio.

Da mesma forma se o agente emprega algum tipo de fraude para que a vítima realize ato contra a própria vida, sem notar que o está fazendo. Ex.: alguém entrega uma granada para outra pessoa e a convence de que ela está descarregada. Em seguida, sugere que ela retire o pino de segurança, e a granada estoura causando a morte da vítima. É evidente que o autor da fraude responde por homicídio.

Nas hipóteses abordadas no parágrafo anterior, a vítima não tinha **consciência** de que estava tirando a própria vida. Há, ainda, situações em que ela sabe que está se matando, mas o fato não constitui suicídio por ter havido emprego de violência ou grave ameaça para que ela o fizesse. Nesse caso, o autor da coação responde por homicídio — a supressão da própria vida não foi **voluntária**. Exs.: a) perigosos bandidos mandam a vítima se matar como única forma de eles pouparem a vida de seus 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 133

11/4/2011 17:24:13

familiares; b) bandidos que capturam a vítima e dão a ela a opção de tomar veneno, pois, caso contrário, irão torturála até a morte.

Não há suicídio no ato daquele que vai à guerra e é morto pelo inimigo. Assim, quem o convenceu a ir à guerra, ainda que pretendesse sua morte, não responde

por participação em suicídio (e nem por homicídio).

• Induzimento

Nessa modalidade, o agente **faz surgir** a ideia do suicídio na vítima, sugerindo a ela tal ato e a incentivando a realizá-lo.

Existem vários casos na história da humanidade em que líderes espirituais ou religiosos convenceram alguns ou todos os seus seguidores a se matarem, o que cons titui ato de induzimento. Igualmente está presente essa modalidade quando alguém convence outro, que está prestes a ser preso, a cometer suicídio dizendo a este que é melhor morrer a ir para o cárcere.

Se a esposa convence o marido, já doente, a fazer um seguro de vida e a colocá-la como beneficiária e, em seguida, a cometer suicídio — simulando ter havido homicídio, pois, caso contrário, a seguradora não pagará o prêmio — tudo com o in tuito de deixá-la, e aos filhos, em boas condições econômicas, ela responderá por participação em suicídio em concurso material com crime de fraude para recebimento de seguro (art. 171, § 2º, V, do CP).

Quem convence outrem a atuar como "homembomba", amarrando explosivos no próprio corpo, para cometer atentado matando várias outras vítimas, responde por participação em suicídio e por homicídio em relação às mortes causadas pelo comparsa que se suicidou.

• Instigação

Consiste em reforçar a intenção suicida já presente na vítima. Pode se dar em conversa entre amigos ou em "batepapo" na *internet*, mas o principal exemplo a ser lembrado é aquele em que a vítima já se encontra no alto de um prédio dizendo que vai se matar e alguém passa a incentivá-la gritando para que realmente pule. Conforme se verá adiante, se a vítima pular e morrer ou sofrer lesão grave, o agente responderá pelo crime do art. 122 do CP.

No induzimento é o agente quem sugere o suicídio à vítima, que ainda não havia cogitado esse ato, enquanto, na instigação, ela já estava pensando em ceifar a própria vida, e o agente, ciente disso, a estimula a fazê-lo. Como nessas duas modalidades a intenção do agente é a de **convencer** a pessoa a se matar, o induzimento e a instiga

ção são classificados como participação **moral** em suicídio.

• Auxílio

É também chamado de participação **material**, pois consiste em colaborar de alguma forma com o ato executório do suicídio. A vítima já está convicta de que quer se matar, e o agente a ajuda a concretizar o ato.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 134

11/4/2011 17:24:13

Considerando que o crime em análise é doloso, é evidente que se torna necessário que o sujeito saiba da intenção suicida da vítima. Assim, se ele fornece um revólver ou veneno, sabendo que a vítima irá utilizá-los para se matar, responde por au-xílio a suicídio. Igualmente se a pessoa diz querer pular de um prédio e o agente entrega as chaves de seu apartamento para que ela pule do edifício, este responde pelo crime.

Apesar de a doutrina denominar essa modalidade de "participação **material**", nada obsta a que o auxílio seja verbal. Com efeito, se a própria vítima já se convenceu de que deve cometer suicídio, sem que tenha havido interferência do agente no sentido de induzi-la ou instigá-la, e pede orientações a ele a respeito de que tipo de veneno deve ser ingerido ou onde é possível comprá-lo, e ele presta as informações, ciente das intenções da vítima, incorre no crime em análise, na forma de auxílio.

É mundialmente conhecido o caso do médico Jack Kevorkian, celebrizado com a alcunha de "Dr. Morte", que realizava nos Estados Unidos o suicídio assistido e, por essa razão, teve sua licença médica cassada e acabou na prisão por algum tempo.

Desenvolveu ele uma máquina de suicídio em que a própria vítima dava início a um procedimento, em que inicialmente era inoculado sonífero em seu organismo e, em seguida, substâncias mortais. No Brasil essa conduta, inegavelmente, configuraria auxílio a suicídio.

De notar-se, outrossim, que o reconhecimento do auxílio ao suicídio pressupõe que a colaboração do agente seja secundária em relação ao evento morte e nunca sua causa direta. Com efeito, se alguém quer morrer mas não tem coragem de realizar um ato suicida e pede a outrem que a mate com um tiro e o agente efetivamente aperta o gatilho, este responde por homicídio.

O suicídio só está presente quando o ato executório é realizado pela própria vítima. Matar alguém com autorização desta não constitui suicídio. O agente responde por homicídio, porque a autorização da vítima não afasta a tipicidade da conduta, uma vez que esse consentimento não é válido por ser a vida um bem indisponível.

Resta a possibilidade do reconhecimento do privilégio do relevante valor moral, por se tratar de hipótese que merece tratamento similar à da eutanásia.

• Auxílio por omissão

Uma das maiores polêmicas que envolvem o crime de participação em suicídio gira em torno da possibilidade de ser o auxílio prestado por omissão.

O entendimento que atualmente prevalece é no sentido positivo, porém, apenas nas hipóteses em que o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado (suicídio) e, intencionalmente, não o faz. Essa orientação baseia-se no art. 13, § 2º, do Código Penal, que adotou a **teoria da equivalência dos antecedentes causais** e estabeleceu que responde pelo resultado quem tem o dever jurídico de evitá-lo e, podendo fazê-lo, se omite. Assim, se um bombeiro é chamado para tentar salvar um homem que está no alto de um prédio bradando que irá pular e simplesmente vai embora sem sequer procurar contato com o suicida, responde pelo crime do art. 122 do Código Penal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 135

11/4/2011 17:24:13

Nélson Hungria, esposando desta tese, assim se manifestou: "*a prestação de auxílio pode ser comissiva ou omissiva. Neste último caso, o crime só se*

apresenta quando haja um dever jurídico de impedir o suicídio. Exemplo: (...) o diretor da prisão deliberadamente não impede que o sentenciado morra pela greve de fome; o enfermeiro que, percebendo o desespero do doente e seu propósito de suicídio, não lhe toma a arma ofensiva de que está munido e com que vem, realmente, a matar-se.

Já não se apresentará, entretanto o crime, por exemplo, no caso da moça que, não obstante o protesto de suicídio da parte de um jovem sentimental, deixa de responder-lhe à missiva de paz e dá causa, assim, a que o tresloucado se mate. Não há, aqui, o descumprimento de um dever jurídico".30 Comungando deste entendimento, podemos também apontar Aníbal Bruno,31 Cezar Roberto Bitencourt,32 Fernando Capez,33 Flávio Monteiro de Barros,34 Júlio Fabbrini Mirabete35 e Magalhães Noronha.36

Os defensores da tese contrária argumentam que o art. 13, § 2º, do Código Penal, excepcionalmente, não se aplica ao crime do art. 122, porque a expressão "prestar auxílio", contida em referido tipo penal, é incompatível com a figura omissiva.

De acordo com essa orientação, a palavra "prestar" é sempre indicativa de ação. Para tal corrente, nos exemplos de omissão citados (bombeiro, diretor de presídio, enfermeiro), a punição deve dar-se pelo crime de omissão de socorro agravado pelo resultado morte (art. 135, parágrafo único, do CP). Nesse sentido o posicionamento de Celso Delmanto,37 Damásio de Jesus38 e Heleno Cláudio Fragoso.39

Em relação a pessoas que não têm o dever jurídico de evitar o resultado, não se cogita do crime do art. 122 por omissão.

• Crime de ação múltipla

Tal como ocorre no crime em análise, existem vários delitos previstos no Có -

digo Penal, e em leis especiais, em que são descritos vários verbos (núcleos) separados pela partícula "ou". Como exemplos, podemos mencionar os crimes de receptação (art. 180 do CP), tráfico de drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/2006) e porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003). Nessa modalidade de infração penal, basta a realização de uma das condutas típicas para que o fato seja considera do crimi noso. É importante salientar, contudo, que a realização de mais de uma das 30 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. V, p.

232/233.

31 Aníbal Bruno, *Crimes contra a pessoa,* p. 140.

32 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 106.

33 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 2, p. 88.

34 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa,* p. 48.

35 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 85.

36 Magalhães Noronha, *Direito penal,* v. 2, p. 44.

37 Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 232.

38 Damásio de Jesus, *Direito penal,* v. 2, p. 98.

39 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. I, p. 102.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 136

11/4/2011 17:24:13

ações previstas no tipo penal constitui crime único, desde que voltadas à mesma ví ti ma. Desse modo, se o agente primeiro convence a vítima a se matar (induzimento) e depois fornece veneno para ela ingeri-lo (auxílio), responde por um só crime, sendo que a pluralidade de condutas deve ser considerada pelo juiz na fixação da penabase.

Além da denominação já mencionada, essa modalidade de delito também é conhecida como crime de **conteúdo variado** ou crime com **tipo misto alternativo**.

• Momento da ação delituosa

A configuração do crime de participação em suicídio pressupõe que a conduta do

agente — induzimento, instigação ou auxílio — tenha ocorrido antes do ato suicida. Assim, quando alguém, sem qualquer colaboração ou incentivo de outrem, comete o ato suicida (corta os pulsos, por exemplo) e, em seguida, arrependese e pede a um vizinho para ser socorrido, e não é atendido, ocorre crime de omissão de socorro. Por sua vez, comete homicídio doloso quem pratica uma ação para intencionalmente impedir o socorro solicitado pelo suicida arrependido. Ex.: o suicida telefona para o socorro médico, mas o vizinho, querendo que sobrevenha o resultado morte da vítima, leva-a para local diverso daquele em que o socorro fora pedido.

• Nexo causal

Suponhase que a vítima esteja plenamente convicta de que quer praticar suicídio e comente isso com o agente, solicitando a ele um revólver. Este, então, empresta a arma, mas a vítima se mata mediante enforcamento. Toda a doutrina diz que, nesse caso, não há nexo causal entre o auxílio prestado pelo agente à vítima e o modo pelo qual o suicídio foi cometido, sendo, assim, atípica a conduta. Com efeito, o enforcamento teria ocorrido independentemente do empréstimo da arma.

Por sua vez, se a vítima, ao pedir o revólver emprestado, tivesse dito ao agente que ainda estava em dúvida quanto ao ato suicida e este, ao efetuar o empréstimo, a tivesse incentivado verbalmente a cometer o ato derradeiro, responderia pelo crime na modalidade de instigação, caso a vítima se enforcasse.

• Excludente de ilicitude

Estabelece o art. 146, § 3º, do Código Penal, que não constitui crime de constrangimento ilegal a coação exercida para impedir suicídio. Assim, não há crime em forçar alguém que está em greve de fome, correndo risco de vida, a se alimentar; ou a efetuar transfusão de sangue em pessoa que se recusa a receber sangue alheio; ou em amarrar alguém para que não tome um veneno etc.

Quando a pessoa tem o dever jurídico de tentar evitar a morte, como no casos médicos mencionados, existe divergência em torno de sua responsabilização penal em caso de omissão — auxílio ao suicídio por omissão ou crime de omissão de socorro agravado pelo evento morte. A respeito do assunto ver tópico "*auxílio por omissão*".

1.1.2.4. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

1.1.2.5. Sujeito passivo

Qualquer pessoa **que tenha capacidade para entender que determinado ato é suicida**. Conforme já explicado, convencer uma criança, doente mental, pessoa hipnotizada ou sonâmbula a pular de um prédio constitui homicídio.

1.1.2.6. Consumação e tentativa

O art. 122 do Código Penal, quando trata da pena do crime de participação em suicídio, menciona punição apenas para as hipóteses em que a vítima sofre lesão grave ou morre. Na primeira hipótese a pena é de reclusão, de um a três anos, e na segunda, reclusão de dois a seis.

Nota-se, portanto, que a própria lei excluiu a possibilidade de punição daquele que realizou ato de induzimento, instigação ou auxílio quando a vítima não praticou o ato suicida, ou quando o praticou mas sofreu apenas lesões leves, já que, para esses casos, não foi estabelecida pena. A própria Exposição de Motivos do Código Penal diz que o crime é punível, ainda que se frustre o suicídio, desde que resulte lesão grave ao que tentou se matar, deixando clara a intenção legislativa de deixar de punir as demais hipóteses.

O legislador, ao estabelecer pena para as hipóteses em que a vítima morre e também para aquelas em que ela sofre lesão grave, deixando de mencionar pena para as demais situações, gerou conclusões absolutamente excepcionais em relação aos institutos da consumação e tentativa.

Em primeiro lugar, porque o crime se considera **consumado** até mesmo quando a vítima sofre lesão grave, já que para esse caso existe pena própria e autônoma, estabelecida na Parte Especial do Código Penal, o que torna desnecessária a combinação com o art. 14, II, que trata do instituto da tentativa. Assim, embora a

intenção do agente fosse a morte da vítima por meio do suicídio, o crime não se considera tentado no caso de ela sofrer lesão grave. Trata-se de crime consumado, porém, com pena menor do que a que seria aplicada em caso de morte.

Em suma, o crime de participação em suicídio **consuma-se** no momento em que ocorre a **lesão grave** ou a **morte**.

Não importa o tempo que medeie entre a conduta do agente e a da vítima. Basta que se prove o nexo causal. Dessa forma, se alguém estimulou a vítima há seis meses e esta se matou, ele responde pelo crime. Só terá havido infração penal, contudo, no instante em que ela agiu contra a própria vida e sofreu ao menos lesão grave. Apenas a partir desse momento o crime se considera consumado, e passa a correr o prazo prescricional.

A **tentativa**, que teoricamente seria possível, **não existe** porque a lei considera o delito consumado nas hipóteses em que a vítima morre ou sofre lesão grave e, intencionalmente, trata o fato como atípico nas situações em que não ocorre o ato suicida, ou quando ele ocorre mas a vítima não sofre qualquer lesão ou apenas lesão leve.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 138

11/4/2011 17:24:14

Em razão do que foi explicado, se a vítima está no alto de um prédio bradando que vai pular, mas, diante de sua hesitação, pessoas começam a gritar incentivando o suicídio, tais pessoas só serão punidas se ela realmente pular e sofrer ao menos lesão grave.

Não se confunda a **tentativa de suicídio**, que evidentemente existe e se refere ao ato suicida em si, com a impossibilidade de tentativa do crime de participação em suicídio.

Para aqueles que entendem que é possível o crime de auxílio ao suicídio por omissão, há de ressalvar que tal tipificação só ocorrerá se a vítima efetivamente

morrer ou sofrer lesão grave. Caso contrário, o agente só responde por omissão de socorro.

• Natureza da morte ou das lesões graves

Comungamos do entendimento de Fernando Capez,40 Damásio de Jesus41 e Heleno Cláudio Fragoso,42 no sentido de que são **elementares** do crime de participação em suicídio. Com efeito, a provocação da morte ou da lesão grave integram o dolo do agente, de modo que, o mero fato de estarem previstos no preceito secundário e não no preceito primário do tipo penal, não afastam a natureza de elementar.

Nélson Hungria43 defendia tratar-se de condição objetiva de punibilidade, contudo, a doutrina moderna sustenta que esse tipo de circunstância não pode estar abrangida pelo dolo do agente — tal como se dá com a sentença de falência nos crimes falimentares. Assim, esse entendimento não tem sido aceito, pois, conforme já mencionado, a morte e as lesões graves estão abrangidas pelo dolo de quem induz, instiga ou presta auxílio ao suicídio de outrem.

• Roleta-russa em grupo

Quando duas ou mais pessoas fazem roleta-russa em grupo, estimulando-se mutuamente a apertar o gatilho de uma arma voltada contra o próprio corpo, os sobreviventes respondem pelo crime de participação em suicídio.

• Pacto de morte

Se duas pessoas fazem um pacto no sentido de cometerem suicídio no mesmo momento e uma delas se mata, mas a outra desiste, a sobrevivente responde pelo crime do art. 122. Assim, se os dois correm em direção a um precipício, um pula e o outro não, este responde pelo delito em análise, ainda que se prove que ele enganou a vítima porque nunca pretendeu se matar. Com efeito, tendo a vítima, conscientemente, realizado um ato suicida, não há como acusar o outro por homicídio.

40 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 92/93.

41 Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, p. 409.

42 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 102.

43 Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 235/236.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 139

11/4/2011 17:24:14

A mesma solução deverá ser aplicada se ambas realizarem o ato suicida, mas uma delas sobreviver.

Caso ambas sobrevivam, mas uma sofra lesão grave e a outra, lesão leve, esta responderá pelo crime (porque a outra sofreu lesão grave), enquanto para a primeira o fato será atípico.

• Pacto de morte em que um dos envolvidos fica incumbido de matar a outra pessoa e depois se matar

Suponhase que duas pessoas concordem em morrer na mesma oportunidade e fica decidido que A irá atirar em B e depois em si mesma. Em tal hipótese, se apenas B sobrevive, responde por participação em suicídio. Se o resultado for o inverso (morte de B), a sobrevivente (A), autora dos disparos, responde por homicídio. Caso, ainda, ambas sobrevivam, A responderá por tentativa de homicídio e B pelo crime do art. 122 se A tiver sofrido lesão grave.

1.1.2.7. Elemento subjetivo

É o **dolo**, direto ou eventual. **Não existe modalidade culposa** por opção do legislador.

Considerase ter havido dolo direto quando evidenciado que o agente queria mesmo que a vítima morresse por meio de um suicídio. Já o dolo eventual se mostra presente quando o sujeito, com sua conduta, assume o risco de estimular um ato suicida. É o que ocorre quando alguém incentiva outra pessoa a fazer roleta-russa, mirando a arma contra a própria cabeça. Não se sabe se a vítima irá realmente morrer porque só há um projétil no tambor do revólver, porém, é evidente a possibilidade de o evento ocorrer, de modo que o incentivador do ato responde pelo crime, caso a arma dispare. A doutrina cita também como

exemplo o do carcereiro que não toma qualquer providência em relação a um preso que está fazendo greve de fome.

É necessário, ainda, que haja dolo em relação ao suicídio de pessoa ou pessoas **determinadas**. Nesse sentido, o dizer de Júlio Fabbrini Mirabete: "*a conduta deve ter como destinatário uma ou várias pessoas certas, não ocorrendo o delito quando se trata de induções ou instigações de caráter geral e indeterminado. Não há crime quando, por exemplo, um autor de obra literária leva leitores ao suicídio, pela influência das ideias de suas personagens, como ocorreu após a publicação de Werther, de Goethe, e René, de Chateaubriand. Na mesma situação, encontra-se recente obra em que se expõem os vários métodos para a eliminação da própria vida*".44 Em outras palavras, não se pode punir autores de livros ou músicas que falem em suicídio, e que, eventualmente, levem um desconhecido a cometêlo, com o argumento de que não há dolo em relação ao suicídio daquela pessoa desconhecida. Se fosse possível, 44 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 83.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 140

11/4/2011 17:24:14

aliás, a punição, também teriam que responder pelo delito os editores dos livros e os responsáveis pela gravadora. Há alguns anos um norteamericano se matou ouvindo a música *Suicide Solution*, de *Ozzy Osbourne*. Nos Estados Unidos, o músico foi absolvido da acusação de induzimento ao suicídio. No Brasil, a solução seria a mesma, conforme já explicado.

O famoso caso do líder espiritual Jim Jones, ao contrário, seria passível de punição. Com efeito, tal pessoa organizou uma colônia nas selvas das Guianas para a qual se dirigiu com centenas de seus seguidores, a maioria proveniente dos Estados Unidos. Após algum tempo, um congressista americano, acompanhado de três jornalistas, foi visitar a colônia para verificar denúncias de que no local havia trabalho escravo e outros tipos de abuso. Feita a constatação, o congressista e os jornalistas foram mortos a tiros quando deixavam o acampamento. Em seguida, Jim Jones misturou cianureto em um suco e convenceu seus seguidores a tomarem o líquido, cientificando-os do que iria

acontecer. Ao todo morreram 913 pessoas que ingeriram o suco envenenado. Na hipótese ele agiu de forma dolosa quanto ao suicídio de pessoas determinadas. Seus atos foram de induzimento e auxílio. É de se lembrar que Jim Jones não ingeriu o líquido com o veneno, mas morreu logo em seguida com disparo de arma de fogo na cabeça.

Deve-se salientar, ainda, que o reconhecimento do dolo no crime em tela pressupõe a existência de **seriedade** na conduta do agente. Com efeito, quem, por brincadeira, em conversa informal, sugere que um amigo se mate, e este realmente pratica suicídio alguns dias depois, não responde pelo crime. No máximo teria ele agido de forma culposa, figura que não é passível de punição por ausência de previsão legal. Não há como se cogitar de homicídio culposo porque a vítima não foi morta, e sim cometeu suicídio de forma consciente e voluntária.

Nesse contexto é salutar fazer a seguinte distinção: se alguém, negligentemente, deixa um frasco de veneno sobre uma mesa e este é alcançado por uma criança que o ingere e morre, não há que falar na existência de suicídio, pois a criança não sabia o que estava fazendo. Em tal caso, quem deixou a substância no local responde por homicídio culposo. Ao contrário, se ele deixasse o veneno no mesmo local e um adulto o encontrasse e cometesse, conscientemente, suicídio, o fato seria atípico, por tratar-se de colaboração culposa para suicídio, que não é prevista como delito. Em suma, a presença dos requisitos configuradores de um suicídio afasta a possibilidade em torno do crime de homicídio, devendo o agente responder por participação em suicídio se atuou com dolo direto ou eventual, ou devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta se tiver agido com culpa em relação ao resultado.

Já houve dezenas de casos em que alguém procurou o ex-namorado(a), companheiro(a) ou cônjuge e ameaçou praticar suicídio caso não fosse reatado o relacionamento. O outro, então, se negou a reatar, e o suicídio se concretizou. O fato é atípico porque a recusa em reatar relacionamento não se enquadra nas condutas típicas (induzir, instigar ou auxiliar).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 141

11/4/2011 17:24:14

Victor Eduardo Rios Gonçalves

1.1.2.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum e de

De ação livre e

Material e

Doloso quanto ao

dano quanto à

concurso eventual

múltipla, comissivo (e instantâneo quanto

elemento subjetivo

objetividade jurídica

quanto ao sujeito

omissivo para alguns)

ao momento

ativo

quanto aos meios de

consumativo

execução

1.1.2.9. Causas de aumento de pena

Art. 122, 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.

• Motivo egoístico

Mostra-se presente quando a intenção do agente ao estimular o suicídio da vítima é auferir algum tipo de vantagem em decorrência da morte daquela. Ex.: induzir o próprio pai a se matar para ficar com seu dinheiro; auxiliar o chefe a cometer suicídio para ficar com seu posto na empresa etc.

• Vítima menor

O dispositivo refere-se à pessoa menor de 18 anos, por entender o legislador que, em tal faixa etária, as pessoas são mais suscetíveis de serem levadas ao suicídio.

É sabido porém, que, se um menor não tiver qualquer capacidade de compreender o que significa um ato suicida, quem o tenha convencido a realizá-lo responde por homicídio. Ocorre que a maior parte da doutrina presume essa total falta de capacidade de entendimento quando a vítima não for maior de 14 anos. Assim, por essa forma de interpretação, a causa de aumento do art. 122, parágrafo único, inc. II, só tem incidência se a vítima tiver mais de 14 e menos de 18 anos **na data do suicídio**.

Se não for maior de 14, o fato será considerado homicídio, pois tal corrente entende que, em tal caso, presume-se a violência contra o menor, por aplicação sistemática do Código Penal, já que o antigo art. 224, *a*, do mesmo *codex*, diz que eventual consentimento de pessoa em tal idade não tem valor. Nesse sentido: Damásio de Jesus,45

Alberto Silva Franco,46 Flávio Monteiro de Barros,47 Cezar Roberto Bitencourt,48

Fernando Capez49 e Magalhães Noronha,50 dentre outros. Atualmente, o dispositivo 45 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 102.

46 Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1644.

47 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa,* p. 50.

48 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 113.

49 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 2, p. 95.

50 Magalhães Noronha, *Direito penal,* v. 2, p. 49.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 142

11/4/2011 17:24:14

que possibilitaria tal interpretação seria o 217-A, que trata do estupro de vulnerável, em que a vítima é **menor** de 14 anos.

Existe, porém, entendimento no sentido de que não se pode fazer uso da regra do antigo art. 224, *a*, (atual 217-A) do Código Penal, por se tratar de dispositivo específico do título que trata dos crimes de natureza sexual, em que a presunção legal de falta de capacidade de compreensão diz respeito à imaturidade sexual. A utiliza

ção de tal dispositivo no crime de participação em suicídio — para presumir falta de compreensão em relação a todo e qualquer ato suicida — constitui, para essa corrente, analogia *in malam partem*, pois facilita o reconhecimento de crime mais grave que é o homicídio. Para os seguidores desta orientação, o fato só passará a ser homicídio quando for feita prova efetiva, no caso concreto, de que a pessoa não maior de 14 anos que tirou a própria vida não tinha qualquer capacidade de compreensão em torno do que fazia — prova testemunhal, pericial etc. — o que, na prática, só levaria ao reconhecimento do homicídio quando a vítima tivesse idade bastante reduzida.

Heleno Cláudio Fragoso,51 analisando o tema, assim se pronunciou: "*não nos parece que se deva adotar presunção que o legislador deliberadamente afastou. O limite de idade que a lei estabelece para a presunção de violência nos crimes contra os costumes (art. 224, I (sic), do CP), hoje a exigir, aliás, urgente revisão crítica, tem significado restrito a tal categoria de delitos. Haverá homicídio*

quando a vítima não tenha, em virtude da imaturidade da mente, qualquer capacidade de resistência moral, o que deverá identificar-se em pessoa de idade bastante reduzida, a menos que à menoridade se alie qualquer anomalia mental". Celso Delmanto52 também não aponta a idade de 14 anos como limítrofe, dizendo que, para a aplicação da causa de aumento do art. 122, parágrafo único, II, basta que a vítima seja menor de 18

anos com **alguma** capacidade de entendimento.

Em suma, para a primeira e majoritária corrente, basta que a vítima não seja maior de 14 anos para que o fato, automaticamente, seja considerado homicídio por **presunção** da plena falta de capacidade de entendimento. Para a segunda corrente, rejeita-se a presunção e o fato só passará a ser considerado homicídio se for feita prova concreta de tal falta de capacidade de entendimento do menor.

• Vítima que, por qualquer causa, está com sua capacidade de resistência diminuída

A expressão "capacidade de resistência diminuída" foi empregada para se referir à pessoa que está fragilizada e, portanto, mais suscetível de ser convencida a cometer o suicídio. Ex.: pessoa em crise de depressão; que sofreu grave abalo financeiro ou amoroso; que está embriagada; que possui leve perturbação mental etc. Veja-se que a lei prevê o aumento da pena no crime do art. 122 quando há mera **diminuição** na capacidade de resistência, deixando claro que, se a vítima não tiver nenhuma capacidade de resistência, o crime será o de homicídio, como no exemplo em que o agente convence alguém, portador de doença mental totalmente incapacitante, a pular de uma ponte.

51 Heleno Claúdio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. I, p. 104/105.

52 Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 232.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 143

11/4/2011 17:24:14

1.1.2.10. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Tribunal do Júri.

1.1.3. Infanticídio

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena — detenção, de dois a seis anos.

1.1.3.1. Objetividade jurídica

A preservação da vida humana.

1.1.3.2. Estado puerperal

O fenômeno do parto, em razão da intensa dor que provoca, da perda de sangue, do esforço necessário, dentre outros fatores decorrentes da grande alteração hormonal por que passa o organismo feminino, pode levar a mãe a um breve período de alteração psíquica que acarrete forte rejeição àquele que está nascendo ou recém-

-nascido, visto como responsável por todo aquele sofrimento. Se, em razão dessa perturbação, a mãe matar o próprio filho, incorrerá no crime de infanticídio, em que a pena a ser aplicada é muito mais branda do que a de um homicídio. É que, apesar de a vítima ser pessoa totalmente indefesa, está cientificamente demonstrado que a autora do crime encontrava-se em condição diferenciada, com sua capacidade de entendimento diminuída.

Trata-se de crime ***sui generis*** porque a perturbação psíquica decorrente do estado puerperal reduz apenas **temporariamente** a capacidade de discernimento da mãe, não se enquadrando no conceito de semiimputabilidade — já que não se trata de perturbação mental crônica, e sim de um estado breve, transitório. Diante da excepcionalidade do quadro, o legislador resolveu cuidar do assunto como crime autônomo, com denominação própria — e não como figura privilegiada do homicídio ou como hipótese de semiimputabilidade.

Estado puerperal é o conjunto de alterações físicas e psíquicas que ocorrerem no organismo da mulher em razão do fenômeno do parto. Toda

mulher que está em trabalho de parto encontrase em estado puerperal. O tipo penal, contudo, exige, para a configuração do infanticídio, que a mãe mate *sob a influência* do puerpério, isto é, que as alterações ocorridas em seu organismo a tenham levado a um sentimento de rejeição ao filho.

Questionase, na prática, **se essa perturbação psíquica é presumida ou se de-ve ser provada**. Em nosso entendimento, por tratarse de elementar do crime, deve ser provada, o que se faz por meio de perícia médica. Os médicos devem apreciar os sintomas exteriorizados pela mãe, os motivos por ela apresentados para a conduta, os meios empregados e outros fatores relevantes. Se concluírem que existiu a perturba

ção, haverá infanticídio, mas se atestarem que ela não ocorreu, estará tipificado o homicídio.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 144

11/4/2011 17:24:14

A própria Exposição de Motivos do Código Penal menciona que "*o infanticídio é considerado um* delictum exceptum *quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averigua-do ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio*". Deste trecho resta evidente que não se pode simplesmente presumir a alteração psíquica, dispensando-se a perícia médica. Ao contrário, esta deve ser sempre determinada quando a mãe matar o próprio filho durante o parto ou logo após, sem prejuízo da obtenção de outras provas consideradas importantes. Com efeito, não se pode dispensar a formalização de depoimentos de testemunhas que, por exemplo, aleguem ter ouvido a mulher, durante toda a gestação, dizer que iria matar o filho tão logo ele nascesse — fato plenamente indicativo do crime de homicídio.

A existência desse tipo de depoimento, contudo, é extremamente rara, de modo que a prova conclusiva geralmente é a perícia médica, conforme já mencionado.

Não obstante, considerando que é comum o decurso de tempo razoável entre o fato e o exame pericial, é possível que os médicos fiquem em dúvida e apresentem laudo inconclusivo. Nesse caso, é necessário presumir a existência da alteração psíquica, pois, caso contrário, a mulher seria responsabilizada por homicídio, e, em casos de dúvida, a solução deve ser a mais benéfica para a acusada, que, na hipótese, é o reconhecimento do infanticídio.

Em suma, o fato de a morte ter sido decorrente de alteração psíquica decorrente do estado puerperal deve ser investigada e, se possível, provada. Se o laudo resultar positivo, a mulher responde por infanticídio e, se resultar negativo, por homicídio.

Se, entretanto, o laudo for inconclusivo, deve-se presumir que a morte se deu por influência do estado puerperal, responsabilizando-se a ré por infanticídio.

Veja-se o seguinte julgado que confirma as assertivas acima: "*a decisão dos jurados reconhecendo ter a ré matado o próprio filho sob a influência do estado puerpe ral se revela manifestamente contrária à prova dos autos, se o exame médico legal precedido na mesma negou qualquer perturbação psíquica decorrente do puerpério*" (TJSP — Rel. Martiniano de Azevedo — *RT* 377/111).

Está cientificamente demonstrado que o estado puerperal que leva ao reconhecimento do infanticídio apenas reduz a capacidade de entendimento da mulher e é de duração breve. Não se confunde com a chamada **psicose puerperal**, consideravelmente mais rara, em que a mulher perde por completo a capacidade de entendimento e autodeterminação, sendo, em tal caso, tratada como inimputável.

Existe, ainda, a chamada **depressão pós-parto**, quadro de perturbação psíquica que pode se estender por vários meses e que não tem o parto como única fonte desencadeadora. Se a mãe, por exemplo, mata o filho após dois anos de seu nascimento e é diagnosticada a depressão pósparto, não será possível o reconhecimento do infanticídio. Caso, todavia, se constate que a depressão levou a uma situação de semiimputabilidade em razão da perturbação da saúde mental, a pena do homicídio 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 145

11/4/2011 17:24:14

poderá ser reduzida de um a dois terços (art. 26, parágrafo único, do CP), sendo ainda cabível a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança —

para tratamento do quadro depressivo crônico (art. 98 do CP).

1.1.3.3. Elemento temporal

O crime de infanticídio pode ser praticado no momento em que o filho está nascendo (passando pelo canal vaginal, por exemplo) ou logo após o nascimento. A morte do feto, antes do início do trabalho de parto, constitui crime de autoaborto.

O parto se inicia com a dilatação do colo do útero e finda com a expulsão do feto (nascimento).

Como a duração das alterações no organismo feminino podem variar de uma mulher para outra, acabou-se pacificando o entendimento de que a expressão "logo após o parto" estará presente enquanto durar o estado puerperal de cada mãe em cada caso concreto. Está, entretanto, demonstrado que essas alterações duram no máximo alguns dias, daí porque foi sábia a decisão do legislador em permitir o reconhecimen to do infanticídio somente quando o crime acontecer **logo depois** do nascimento. Não se estipulou um prazo certo, mas fixou-se um parâmetro para os juízes e os jurados.

A circunstância **temporal** — durante o parto ou logo após — constitui elemento **normativo** do tipo do infanticídio.

As ocorrências de infanticídio têm reduzido à medida em que a maioria dos partos deixou de ser realizado em residências, passando a ocorrer em hospitais e maternidades, com acompanhamento profissional antes e após o parto.

1.1.3.4. Meios de execução

Trata-se de crime de **ação livre**, que admite qualquer meio executório capaz de gerar a morte. Os casos mais mencionados na jurisprudência são de sufocação (colocar o recém-nascido em saco plástico) e fratura de crânio. O delito pode também ser cometido por **omissão**, como no caso de mãe que, dolosamente, não

amamenta e não alimenta de qualquer outro modo o recém-nascido, ou quando dá à luz sozinha e, intencionalmente, não efetua a ligadura do cordão umbilical fazendo com que o bebê morra por hemorragia.

Ao contrário do que ocorre com o homicídio, a adoção de meio executório mais gravoso não torna o delito qualificado pela asfixia, veneno, fogo etc. Poderá, entretanto, ser aplicada agravante genérica do art. 61, II, *d*, do CP, exceto no caso de asfixia, que não está elencada neste dispositivo.

1.1.3.5. Sujeito ativo

Como o tipo penal exige que o crime seja cometido pela própria mãe da vítima, em decorrência do estado puerperal, fica fácil estabelecer que se trata de crime **pró-**

prio, que, de forma imediata, não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas só por aquelas que preencham os requisitos mencionados no texto legal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 146

11/4/2011 17:24:14

• Possibilidade de coautoria e participação.

Este, em verdade, é um dos temas mais importantes no estudo do crime de infanticídio. Com efeito, embora se trate de crime próprio, que, de forma direta, deve ser cometido pela mãe, a doutrina atual é quase unânime em asseverar que tal delito admite tanto a coautoria quanto a participação. Essa conclusão deve-se, basicamente, ao que dispõe o **art. 30 do CP**: não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, **salvo quando elementares do crime**. Por esse dispositivo, verifica-se que as elementares de caráter pessoal, obrigatoriamente, comunicamse aos comparsas que não possuam a mesma condição. Ora, o estado puerperal e a condi ção de mãe da vítima são elementares do infanticídio e, evidentemente, de caráter pessoal.

Por isso, estendem-se àqueles que tenham tomado parte no crime.

Para que a comunicação ocorra, é necessário que estejam presentes todas as elementares do crime em relação à mãe, pois, apenas se caracterizado o infanticídio para ela é que a tipificação poderá se comunicar aos comparsas. Para tanto, exige-se que a mãe tenha realizado algum ato executório no sentido de matar o próprio filho. Assim, caso alguma outra pessoa tenha também tomado parte no ato executório, isto é, se a mãe e o terceiro mataram o recémnascido, serão considerados **coautores** do crime.

Se apenas a mãe cometer ato executório, tendo sido estimulada a fazê-lo por terceiro, este será **partícipe** no infanticídio.

A incidência da regra do art. 30 do Código Penal nesses casos acaba sendo injusta — principalmente no caso da coautoria — porque possibilita pena mais branda à pessoa que não se encontra em perturbação decorrente do estado puerperal. Sua aplicação, entretanto, é obrigatória, na medida em que se encontra prevista na Parte Geral do Código, e o dispositivo que tipifica o infanticídio (art. 123) não contém qualquer menção em sentido contrário.

Na grande maioria das vezes, a regra do art. 30 do Código Penal tem por consequência a exasperação da pena para aquele que não se reveste da condição pessoal.

Veja-se, por exemplo, o caso do funcionário público que, contando com a ajuda de um particular, solicita dinheiro a alguém, hipótese em que os dois respondem por corrupção passiva, já que a condição de funcionário público, por ser elementar de tal crime, estende-se aos quem tenham colaborado para o delito. No infanticídio ocorre a mesma coisa, contudo, a consequência é invertida, tendo o condão de beneficiar o terceiro.

No mesmo sentido a opinião de Damásio de Jesus,53 Fernando Capez,54 Celso Delmanto,55 Júlio Fabbrini Mirabete56 e Cezar Roberto Bitencourt.57

53 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 112/113.

54 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 106/107.

55 Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 233.

56 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 90.

57 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 127/128.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 147

11/4/2011 17:24:15

Por essa razão, e ante às imensas críticas da doutrina em face do assunto, existe projeto de lei em andamento para transformar o infanticídio em modalidade de homicídio privilegiado, de modo que o estado puerperal deixe de ser elementar do delito. Melhor, entretanto, seria acrescentar um dispositivo no art. 123, dispondo que não se aplica ao infanticídio a regra do art. 30. Com efeito, se o infanticídio for incluído como hipótese de privilégio do homicídio, acabará sendo possível aplicar à mãe as qualificadoras de caráter objetivo de tal crime (asfixia, por exemplo), o que causará nova controvérsia.

Nélson Hungria, por muitos anos, foi defensor da tese de que o estado puerperal é condição personalíssima — e não meramente pessoal — e, com esse argumento, sustentava que o terceiro que tomasse parte no crime deveria ser responsabilizado sempre por homicídio. O próprio Nélson Hungria, entretanto, na última edição de sua obra — Comentários ao Código Penal — mudou de opinião e passou a seguir a orientação majoritária.

Heleno Cláudio Fragoso, por sua vez, manteve seu entendimento de que o estado puerperal é incomunicável.58

• Ato executório realizado somente por terceiro, contando com incentivo verbal da mãe da vítima

Quando uma pessoa mata o recémnascido e a mãe apenas estimula essa conduta, não se mostram presentes as elementares do crime de infanticídio porque a mãe não realizou a conduta típica de matar e o terceiro não estava sob influência do estado puerperal. Como foi outra pessoa quem realizou a conduta típica, o crime dela é o de homicídio e a mãe é partícipe desse crime. Entretanto, apesar de essa conclusão ser tecnicamente a correta, a doutrina, em uníssono, não a aceita, porque a mãe estaria sendo punida mais gravemente, embora tivesse praticado conduta mais branda

— se ela, pessoalmente, matasse a criança responderia por infanticídio. Para sanar essa distorção, defende-se que, nesse caso, excepcionalmente, deve-se abrir exceção à teoria monista, respondendo o terceiro por homicídio e a mãe por infanticídio, com o argumento de que ela estava em estado puerperal (incomunicável nessa hipótese por ser ela partícipe e não autora do delito).

1.1.3.6. Sujeito passivo

É o **filho** que está **nascendo** ou **recém-nascido**. Se a mãe, mesmo estando sob influência do estado puerperal, e logo após o parto, mata algum outro filho, que não o nascente ou recémnascido, incide no crime de **homicídio**.

Se a mãe quer matar o próprio filho, mas, por erro, o confunde com outro bebê no berçário da maternidade, responde por infanticídio, porque o art. 20, § 3º, do Código Penal, ao tratar do instituto do **"erro sobre a pessoa"** , determina que o agente seja responsabilizado como se tivesse matado a pessoa que pretendia.

58 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. I, p. 78.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 148

11/4/2011 17:24:15

No art. 61, II, *e* e *h*, do Código Penal existem agravantes genéricas que devem ser aplicadas quando a vítima do crime é descendente ou criança. É evidente, contudo, que tais agravantes não podem ser aplicadas ao infanticídio sob pena de se incorrer em *bis in idem*, pois tais circunstâncias já estão contidas no próprio tipo penal.

1.1.3.7. Consumação

Tal como ocorre com o homicídio, a consumação se dá no momento da **morte**.

Trata-se de crime **material**. Considerando que o crime pode ser cometido durante o parto, não é necessária prova de vida extrauterina, bastando a demonstração de que se tratava de feto vivo.

1.1.3.8. Tentativa

É perfeitamente **possível**, pois se trata de crime **plurissubsistente**.

1.1.3.9. Elemento subjetivo

É **dolo**, direto ou eventual. **Não existe modalidade culposa** de infanticídio.

Diverge a doutrina em torno da responsabilização da mãe que, logo após o parto, por algum ato imprudente, cause a morte do filho recém-nascido. A esmagadora maioria entende que ela responde por homicídio culposo. Nesse sentido: Júlio Fabbrini Mirabete,59 Fernando Capez,60 Nélson Hungria,61 Cezar Roberto Bitencourt,62

Magalhães Noronha63 e Luiz Régis Prado.64

Existe, entretanto, entendimento de que o fato deve ser tido como atípico, na me dida em que, estando a mãe sob a influência do estado puerperal, não se pode dela exigir os cuidados normais, inerentes a todos os seres humanos. Se o legislador não tipificou a modalidade culposa no crime de infanticídio, conclui-se que não pretendia ver a mãe punida, sendo equivocado classificar o fato como homicídio culposo. É a opinião de Damásio de Jesus65 e Paulo José da Costa Júnior.66

Concordamos com a última tese, embora minoritária. Em nosso entendimento, o legislador deixou de prever a modalidade culposa de infanticídio por razões práticas e não teóricas (ser ou não possível atribuir conduta culposa a quem se encontra em estado puerperal). O aspecto prático a ser ressaltado é que a existência da modalidade culposa seria inócua, de aplicação nula, pois a mãe teria direito ao perdão judicial. Assim, o entendimento da maioria dos autores, no sentido de que a mãe 59 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 92.

60 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 2, p. 104.

61 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. V, p. 266.

62 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 125.

63 Magalhães Noronha, *Direito penal,* v. 2, p. 47.

64 Luiz Régis Prado, *Comentários ao Código Penal*, p. 536.

65 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 109.

66 Paulo José da Costa Júnior, *Curso de direito penal*, p. 317.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 149

11/4/2011 17:24:15

comete homicídio culposo, acaba não tendo consequências concretas no sentido de ser a mãe punida, pois ela, inevitavelmente, receberia o perdão judicial, fazendo com que toda a movimentação da máquina judiciária, com os custos a ela inerentes, fosse sempre inócua. Melhor, portanto, o entendimento de que o fato é atípico, com o argumento de que o legislador não quis a punição da mãe nesse caso.

1.1.3.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Próprio e de

De ação livre,

Material e

Doloso quanto ao

dano quanto

concurso eventual

comissivo ou

instantâneo

elemento subjetivo

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo quanto

quanto ao

jurídica

ativo

aos meios de

momento

execução

consumativo

1.1.3.11. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Júri.

Existe controvérsia em torno da hipótese em que, na votação dos quesitos, os jurados, após reconhecerem a autoria, não aceitam que a acusada tenha agido sob a influência do estado puerperal. Para alguns, ela deve ser condenada imediatamente por homicídio, pois os jurados reconheceram que ela matou o filho e refutaram o estado puerperal. Para outros, deve ser decretada a absolvição, porque os jurados reconheceram crime distinto da pronúncia, porém, mais grave. A tese mais aceita é a de que o juiz deve dissolver o Conselho de Sentença para que a pronúncia seja adaptada à decisão dos jurados, designando-se, posteriormente, novo julgamento.

Há, contudo, uma tese no sentido de que, para evitar a controvérsia acima narrada, a denúncia deve ser sempre feita por crime de homicídio, e nunca por infanticídio. Com essa providência, a ré seria pronunciada por homicídio, podendo, então, o promotor de justiça, no dia do julgamento em Plenário,

requerer a desclassificação para infanticídio, hipótese em que, caso os jurados refutem a morte em razão do estado puerperal, poderá o juiz prolatar sentença por homicídio.

1.1.4. Aborto

Aborto é a **interrupção da gravidez** com a consequente **morte do produto da concepção**. Este passa por várias fases durante a gravidez, sendo chamado de **ovo** nos dois primeiros meses, de **embrião** nos dois meses seguintes e, finalmente, de **feto** no período restante.

O aborto é possível **desde o início da gravidez**, contudo, o momento exato em que esta se inicia é tema extremamente controvertido, pois, para alguns, dáse com a **fecundação** e, para outros, como a **nidação** (implantação do óvulo fecundado no útero). Essa polêmica não é irrelevante, na medida em que, embora a nidação ocorra poucos dias após a fecundação, há alguns métodos que atuam exatamente nesse interregno — após a fecundação para evitar a nidação. É, por exemplo, o caso da **pílu-la do dia seguinte**. Para os que entendem que a gravidez se inicia com a nidação, tal método não é abortivo, mas para os que entendem que se inicia com a fecundação, sim. É bem verdade que **normas do Ministério da Saúde permitem o uso da pílula** 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 150

11/4/2011 17:24:15

I Dos Crimes Contra a Pessoa

151

do dia seguinte no Brasil, e, com isso, as mulheres que utilizem referido medicamento, ou os médicos que o prescrevam, não correm o risco de serem acusados por crime de aborto, já que, para os que entendem que a gravidez se inicia com a **nida-**

ção, o fato é **atípico**, e para os que acham que já existe gravidez com a **fecundação**, o uso constitui **exercício regular de direito**.

A importância do debate reside no fato de que os defensores da tese de que a gravidez se inicia com a fecundação procuram convencer as autoridades de que a pí lula do dia seguinte deve voltar a ser proibida por ser abortiva.

Só se pode cogitar de crime de aborto quando uma mulher está grávida. Não constitui delito de aborto destruir embrião *in vitro*.

Nem sempre o aborto é criminoso. Se for decorrente de **causas naturais**, como má formação do feto, rejeição do organismo da gestante, patologia etc., o fato será atípico. Também não haverá crime de **aborto** se tiver ele sido **acidental** — queda, colisão de veículos, atropelamento etc. Em verdade, para a existência de **crime de aborto**, é necessário que a interrupção da gravidez tenha sido **provocada** — pela própria gestante ou por terceiro — e que não se mostre presente quaisquer das hipóteses que excluem a ilicitude do fato (aborto legal).

O aborto, portanto, pode ser:

a) natural;

b) acidental;

c) criminoso;

d) legal.

1.1.4.1. Aborto criminoso

Existem quatro figuras de aborto criminoso:

FORMAS DE ABORTO CRIMINOSO

Autoaborto

Consentimento para o

Provocação de aborto

Provocação de aborto

(art. 124, 1ª parte)

aborto (art. 124, 2ª parte)

com o consentimento

sem o consentimento

da gestante (art. 126)

da gestante (art. 125)

Inicialmente, analisaremos os elementos constitutivos, bem como as questões referentes ao sujeito ativo e passivo dessas infrações, já que variam de uma para outra. Posteriormente, daremos atenção a tópicos que, por serem comuns, devem ser estudados em conjunto, como consumação, tentativa, elemento subjetivo etc.

1.1.4.1.1. Autoaborto

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena — detenção de um a três anos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 151

11/4/2011 17:24:15

No **autoaborto**, previsto na 1ª parte do art. 124, é a **própria gestante** quem pratica as manobras abortivas que levam à morte do feto. O ato executório mais comum é a **ingestão de medicamento abortivo**. Pode o autoaborto, contudo, consistir em quedas intencionais, esforços excessivos a fim de provocar o aborto, utilização de brinquedos contraindicados a mulheres grávidas, como montanhasrussas etc.

Em caso de **tentativa de suicídio** da gestante, não responde ela por tentativa de aborto com o argumento de que não se pune a autolesão. Diverge, contudo, a doutrina, na hipótese de, em consequência da tentativa de suicídio, decorrer efetivamente a morte do feto. Alguns alegam que o fato é atípico porque, ao praticar o ato suicida, não tinha a gestante intenção específica de provocar o aborto. Para outros, agiu ela com dolo eventual e deve ser punida pelo autoaborto.

Como a pena mínima desse delito é de um ano, é **cabível a suspensão condi**

cional do processo, se a gestante preencher os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

1.1.4.1.1.1. Sujeito ativo

A lei exige a qualidade de gestante na autora do crime em análise, razão pela qual classifica-se como crime **próprio**. Cuidase, ainda, de crime de **mão própria**, que, por isso, não admite a coautoria, na medida em que somente a gestante pode realizar ato abortivo **em si mesma**. Se a gestante e terceira pessoa, concomitantemente, desferirem pancadas contra o ventre da primeira, haverá crime de autoaborto por parte da gestante e de provocação de aborto com o consentimento da gestante (art. 126) para o terceiro.

É plenamente possível, e aliás, muito comum, a figura da **participação** no autoaborto. Com efeito, são partícipes, por exemplo, aqueles que incentivam verbalmente a gestante a ingerir medicamento abortivo ou que o adquirem para ela. Em geral são amigos, namorados ou familiares.

Existe, também, participação por parte do farmacêutico que, ciente da finalidade para a qual será utilizado o produto, efetua a venda do medicamento sem a devida receita médica, ou o médico que prescreve a substância a pedido da gestante que quer abortar.

Quem age a fim de obter lucro, como o farmacêutico no exemplo acima, deve ter sua pena agravada por ter agido por motivo torpe — art. 61, II, *a*, do Código Penal.

Pode, também, em âmbito administrativo, ter sua licença cassada, o mesmo ocorrendo com a permissão para o exercício da profissão em relação ao médico.

1.1.4.1.1.2. Sujeito passivo

É o **produto da concepção**, cuja vida é tutelada pela legislação penal. Trata-se de entendimento praticamente unânime na doutrina.

Em nosso entendimento, não assiste qualquer razão a Heleno Cláudio Fragoso67

e Júlio Fabbrini Mirabete68 quando sustentam que o feto não é titular de bem jurídico e, por isso, os sujeitos passivos do crime seriam o Estado e a comunidade nacional.

67 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. I, p. 111.

68 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 94.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 152

11/4/2011 17:24:15

Fragoso chega a mencionar que o aborto sequer pode ser considerado crime con tra a pessoa.

Não se pode negar, contudo, a existência de vida no feto, o que, aliás, justifica a classificação do delito no Capítulo Dos Crimes Contra a Vida, referindo-se a lei, evidentemente, à vida do feto. Nossa lei, portanto, definiu tratar-se o feto do sujeito passivo do autoaborto.

1.1.4.1.2. Consentimento para o aborto

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

Nessa modalidade, a gestante não pratica em si o ato abortivo, mas **permite** que outra pessoa **nela realize a manobra provocadora** da morte do feto. Muitas vezes a gestante até paga por isso, o que, todavia, não é requisito do crime, bastando sua anuência.

É a modalidade mais comum de aborto, em que a gestante procura um médico, uma parteira ou uma amiga para nela realizar o ato. Existem até pessoas, que não são da área médica, que se especializam na prática do aborto consentido, mediante cobrança.

É extremamente importante ressaltar, todavia, que nossa lei fez uma clara distinção, devendo a gestante responder pelo crime do art. 124, em razão de seu consentimento, e a terceira pessoa que realizar a manobra abortiva, pelo crime do art. 126

do Código Penal, que possui pena mais elevada — tratase do crime de **provocação de aborto com o consentimento da gestante**.

Como a pena mínima do crime de consentimento para o aborto também é de um ano, é **cabível a suspensão condicional do processo**, se a gestante preencher os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

1.1.4.1.2.1. Sujeito ativo

Trata-se também de crime **próprio**, pois a lei exige qualidade específica no autor do crime, isto é, o estado gravídico. É, ainda, crime de **mão própria** por não admitir coautoria. Apenas a gestante pode prestar consentimento válido.

O pai de uma moça de 16 anos, grávida do namorado, que a leva ao médico e, sem que ela saiba, paga para este realizar curetagem no momento do exame, não responde por crime de consentimento para o aborto. Em tal hipótese, o médico responde pelo crime de provocação de aborto sem o consentimento da gestante (art. 125) e o pai é partícipe de tal crime.

Se o pai falsifica um exame laboratorial, o leva para o médico juntamente com a re ferida filha grávida de 16 anos, e, com o exame, engana o médico, convencendo-o de que a filha corre risco de morte em razão da gravidez, e pede

para que ele faça o aborto, sem que a filha saiba do que está acontecendo, temos hipótese em que o médico não cometeu crime, por imaginar que estava agindo para salvar a vida da gestante, o 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 153

11/4/2011 17:24:15

que, nos termos do art. 128, I, do Código Penal, afasta o crime. Nesse caso, o pai é autor mediato do crime de provocação de aborto sem o consentimento da gestante.

O crime de consentimento para o aborto admite a figura da **participação**. Será partícipe, por exemplo, o namorado que der dinheiro para a gestante procurar alguém para nela realizar o aborto, ou a amiga ou familiares que a acompanharem a uma clínica de aborto apoiando a prática do crime.

O art. 126, parágrafo único, do Código Penal, estabelece que **não é válido o consentimento prestado por gestante não maior de 14 anos**. Com isso, a *contrario sensu*, é possível concluir que o consentimento prestado por gestante maior de 14 anos e menor e 18 é válido, embora só possa ela ser punida perante a Vara da Infância e da Juventude. Assim, se a gestante de 15 anos é levada pelo namorado a uma clínica de aborto e ali é realizado o ato abortivo, ela responde pelo crime de consenti mento para o aborto na vara especializada, o namorado é partícipe no crime de consentimento pa ra o aborto, respondendo perante a Justiça Comum, se maior de idade, e o médico incorre no crime de provocação de aborto **com** o consentimento da gestante (art. 126).

Se a gestante for menor de 14 anos e, caso se dirija sozinha ao médico e autorize o ato abortivo, tal consentimento, conforme já mencionado, não é válido, de modo que o médico incorre no crime de aborto **sem** o consentimento da gestante. É verdade que a gravidez de mulher menor de 14 anos leva à conclusão de que foi ela vítima de estupro de vulnerável (art. 217-A, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009). Nesta hipótese, prevê a lei que é permitida a realização do aborto, mas apenas **se houver autorização dos representantes legais** da grávida (art. 128, II, do CP).

1.1.4.1.2.2. Sujeito passivo

É o **produto da concepção**, da mesma forma que no autoaborto.

• Aborto social ou por causas econômicas

Praticamente todas as gestantes que são acusadas por crime de autoaborto ou con sentimento para o aborto, ao serem interrogadas, alegam que o fizeram por causas sociais — não serem casadas, ser a gravidez decorrente de aventura sexual, serem muito jovens —, ou por causas econômicas — falta de condição financeira para criar o filho. Nenhum desses fatores, todavia, gera a exclusão da pena ou sua redução. Em verdade, o legislador já levou em conta esses aspectos para estabelecer penas menores para a gestante no art. 124.

1.1.4.1.3. Provocação de aborto com o consentimento da gestante

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena — reclusão, de um a quatro anos.

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

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 154

11/4/2011 17:24:15

De acordo com a teoria **unitária** ou **monista**, adotada por nossa legislação, todos os que concorrerem para o resultado criminoso devem responder pelo **mesmo** crime. Na situação em análise, o resultado é um só, ou seja, a morte do feto. Assim, em razão da referida teoria unitária, todos os envolvidos deveriam responder pelo mesmo crime. Nosso legislador, contudo, entendeu que as condutas têm gravidades distintas e, por isso, resolveu aqui criar uma **exceção** à referida teoria, de tal modo que a gestante incorra em crime mais brando (art. 124, 2ª parte), por ter consentido no aborto, enquanto o terceiro, que realiza a manobra, pratica crime mais severamente punido, descrito no art. 126. Veja-se,

contudo, que a pena mínima deste crime é também de um ano, permitindo a incidência do benefício da suspensão condicional do processo, caso presentes os demais requisitos do art. 89, da Lei n. 9.099/95.

• O consentimento da gestante como premissa do crime

Para a existência do crime de provocação de aborto com o consentimento da gestante, é necessário que este perdure até a consumação do ato. Caso a gestante que, inicialmente, havia prestado consentimento se arrependa — já na sala própria para a realização da manobra abortiva — e peça ao agente que não o faça, mas este prossiga na execução do crime e pratique o aborto, responderá, evidentemente, por crime de aborto **sem** o consentimento, restando atípico o fato em relação à gestante que havia retirado o consentimento e foi forçada ao ato.

O **consentimento**, para que seja válido, **deve ter sido obtido de forma livre e espontânea**. Daí o art. 126, parágrafo único, do Código Penal estabelecer que o consentimento obtido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude não é válido, devendo o agente ser punido por crime de aborto **sem** o consentimento da gestante.

O mesmo dispositivo, aliás, não reconhece valor ao consentimento prestado exclusivamente por gestante não maior de 14 anos, ou alienada, ou débil mental, respondendo igualmente por aborto **sem** o consentimento da gestante quem realize o ato abortivo baseado em referida autorização nula.

1.1.4.1.3.1. Sujeito ativo

Essa modalidade de aborto constitui crime **comum**, pois pode ser cometido por qualquer pessoa, por médico ou por qualquer um que saiba realizar ato abortivo. É

possível a **participação**, como, por exemplo, por parte da enfermeira que presta assistência a um médico no instante em que ele realiza a curetagem abortiva.

É muito comum a **associação** de quatro ou mais pessoas para montar, clandestina mente, uma clínica de aborto para atendimento de todas as grávidas que pretendam interromper a gravidez mediante pagamento de valores consideráveis. Nesse caso, os médicos, secretárias, enfermeiras e seguranças que atuem na clínica, cientes de sua destinação, respondem por crime de **quadrilha** (art. 288), além dos crimes de **aborto** que tenham provocado ou para os quais

hajam colaborado, em **concurso material**. As mulheres grávidas que realizaram aborto em tal clínica não integram a quadrilha, respondendo apenas pelo consentimento para o aborto prestado em seu caso concreto.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 155

11/4/2011 17:24:16

Veja-se o seguinte caso, aliás, muito corriqueiro: *namorado leva grávida à clínica de aborto onde médico realiza ato abortivo assistido por enfermeira.* Como a grávida comete um crime e o médico outro, surge a dúvida em torno da responsabilização dos demais envolvidos (namorado e enfermeira). A solução, contudo, é simples, bastando verificar à conduta de quem está vinculada a colaboração do partícipe.

Ora, a conduta do namorado é, claramente, de participação no consentimento prestado pela gestante, de modo que ela é autora do crime de consentimento para o aborto e ele é partícipe deste mesmo crime. Já a enfermeira realizou ação de auxílio na prática da manobra abortiva, preparando a gestante e fornecendo os instrumentos ao médico que, por sua vez, realizou, sozinho, a manobra mortal para o feto, hipótese em que ele é autor do crime de provocação de aborto com o consentimento da gestante e a enfermeira partícipe deste crime.

Suponha-se, agora, que um médico, pai de filha grávida maior de idade, a convença a abortar e, em seguida, com seu consentimento, realize nela o ato abortivo.

Nesse caso, como se trata de um único aborto, o médico não pode ser punido duplamente (participação no consentimento da filha e provocação do aborto), de modo que responderá apenas pelo crime mais grave — art. 126 do CP. Da mesma forma, uma enfermeira de clínica de aborto que, inicialmente, incentiva uma amiga a consentir no ato e, posteriormente, auxilia o médico no ato abortivo. Não é possível que responda por dois crimes — porque houve um só aborto — devendo ser punida apenas por seu envolvimento no fato mais grave (art. 126).

1.1.4.1.3.2. Sujeito passivo

É o **produto da concepção**. A gestante, por prestar consentimento para o ato, não é considerada vítima. Ao contrário, conforme já estudado, comete ilícito penal mais brando.

1.1.4.1.4. Provocação de aborto sem o consentimento da gestante

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

Esta é a modalidade mais grave do crime de aborto e pode se caracterizar em duas hipóteses:

1ª) Quando não houve, no plano fático, qualquer autorização por parte da gestante, o que se dá, por exemplo, quando o agente agride uma mulher grávida pa ra causar o abortamento, ou, ainda, quando, clandestinamente, introduz substância abortiva na bebida dela.

2ª) Quando houve, no plano fático, uma autorização da gestante, mas tal anuência carece de valor jurídico em razão do que dispõe o próprio texto legal. É o que se dá nas cinco hipóteses elencadas no art. 126, parágrafo único, do Código Penal:

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 156

11/4/2011 17:24:16

a) se o consentimento foi obtido com emprego de **fraude**. Ex.: o médico e o pai da criança em gestação, que, mancomunados, falsificam exame e convencem a moça de que o prosseguimento da gravidez provocará a morte dela e, com isso, obtêm sua assinatura concordando com a realização do aborto. Descoberta a farsa, o médico e o pai respondem por aborto sem o consentimento.

Para a gestante enganada, o fato não é considerado crime;

b) se o consentimento foi obtido com emprego de **grave ameaça**; **c)** se foi obtido com emprego de **violência**;

d) se a gestante não é maior de 14 anos;

e) se é alienada ou débil mental, de modo que não tenha capacidade para compreender o significado de seu gesto.

Observação: Se a gestante é menor de 14 anos ou é portadora de enfermidade ou deficiência mental que lhe impeça de ter discernimento para o ato sexual, significa que ela foi vítima de **estupro de vulnerável** (art. 217-A e § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009). Nesses casos, o aborto é lícito, desde que haja **consentimento do representante legal** da gestante para a sua realização (art. 128, II). Se, todavia, não existe tal consentimento, o médico que realiza o ato abortivo comete o crime de aborto sem o consentimento da gestante porque a autorização dada **apenas por esta** não é válida.

• Homicídio doloso de mulher grávida e aborto

Quem mata uma mulher, ciente de sua gravidez, e com isso provoca também a morte do feto, responde pelos crimes de aborto sem o consentimento da gestante e homicídio. Como a morte do feto é decorrência do homicídio da gestante, pode-se concluir que o agente teve, no mínimo, dolo eventual em relação ao aborto.

Entendemos que não há *bis in idem* em se aplicar a agravante genérica do art. 61, II, *h*, do Código Penal, por ser a vítima do homicídio uma mulher grávida. Só ocorreria dupla apenação pelo mesmo fato se tal agravante fosse aplicada ao crime de aborto.

Caso fique demonstrado que o agente não sabia da gravidez, por estar a mulher ainda no início da gestação, sua responsabilização penal se resumiria ao crime de homicídio, pois, nesse caso, punilo por aborto constituiria responsabilidade objetiva, que é vedada. É que, em tal situação, sequer é possível imputar dolo eventual a ele, e o crime de aborto só se pune a título de dolo.

• Latrocínio de mulher grávida e aborto

Já ocorreram inúmeros casos de roubo com emprego de arma de fogo em que o

agente, durante a execução do crime, efetuou disparo e matou a gestante, causando também a morte do feto. Quase sempre o agente tem ciência da gravidez por ser ela visível diante da idade gestacional e, em tais casos, o agente responde por latrocínio e por crime de aborto sem o consentimento da gestante.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 157

11/4/2011 17:24:16

1.1.4.1.4.1. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa.

1.1.4.1.4.2. Sujeito passivo

Essa é a única modalidade de aborto em que, necessariamente, há duas vítimas, embora o delito seja um só. Com efeito, além do **feto**, não se pode deixar de considerar a **gestante** como vítima de tal infração penal.

1.1.4.1.5. Temas comuns a todas as modalidades de aborto

1.1.4.1.5.1. Objetividade jurídica

Os crimes de aborto tutelam a **vida humana intrauterina**. O ato de provocar aborto, portanto, implica provocar a morte do feto, quer seja ele expulso, quer permaneça, já sem vida, no ventre materno.

Se o feto já está morto por causas naturais ou provocadas, mas permanece mumificado no útero da mulher, a conduta posterior, consistente em sua retirada, não constitui ilícito penal.

1.1.4.1.5.2. Consumação

O crime de aborto, qualquer que seja sua modalidade, só se consuma no momento da **morte do feto**. Trata-se de crime **material**. Mesmo no crime de consentimento para o aborto, é evidente que a consumação não se dá com a mera

anuência da gestante, pois pode ela desistir e se retirar do local, hipótese de desistência voluntária. Somente no instante em que o terceiro nela realizar a manobra abortiva, haverá a consumação dos dois crimes (arts. 124 e 126).

A comprovação do crime de aborto pressupõe demonstração de que a mulher estava grávida. Essa prova normalmente é pericial — exames no corpo da mulher ou nos próprios restos fetais. Na ausência da prova pericial, a testemunhal poderá suprir a falta.

1.1.4.1.5.3. Tentativa

É **possível** em todas as figuras de aborto criminoso. Basta que seja realizado um ato capaz de provocar aborto e que a morte do feto não ocorra por circunstâncias alheias à vontade do(s) envolvido(s).

Se não tiver havido início de execução, o fato será atípico. É o que ocorre, por exemplo, se a gestante presta o consentimento no interior de uma clínica, mas a manobra abortiva propriamente dita não chega a ser iniciada pela chegada de policiais ao local. Nesse caso, houve apenas atos preparatórios.

Existem algumas questões que merecem uma especial atenção:

a) Na tentativa de aborto, é possível que o feto permaneça vivo no útero materno ou que seja expulso com vida e sobreviva.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 158

11/4/2011 17:24:16

b) Se a manobra abortiva é realizada e o feto é expulso com vida, mas morre, o aborto será considerado consumado, desde que fique demonstrado que a sua morte decorreu da manobra agressiva contra ele realizada enquanto se encontrava no útero da mãe. Ex.: golpe abortivo que atingiu o corpo do feto; imaturidade etc. Essa conclusão se deve à regra do art. 4º do Código Penal que considera cometido o crime no momento da ação, ainda que o resultado ocorra posteriormente. Nos casos em análise, o ato agressivo foi voltado ao feto, e o

dolo do agente era de cometer aborto, respondendo, portanto, por este crime.

c) Se a manobra realizada provocar a expulsão do feto com vida e, em seguida, for realizada nova agressão contra o recém-nascido, haverá tentativa de aborto em concurso material com homicídio ou infanticídio, dependendo das circunstâncias.

• Crime impossível por absoluta impropriedade do objeto

Essa forma de crime impossível mostra-se presente em duas situações: **a)** Quando o **feto já está morto**, e o agente, sem saber disso, realiza uma manobra pretensamente abortiva.

b) Quando a mulher se engana, pensando estar grávida, ou quando o resultado de um exame é falsamente positivo, e o agente realiza um ato visando causar a morte do feto, que obviamente não ocorrerá em razão da **inexistência de gravidez**.

Em ambos os casos, o fato é atípico porque o art. 17 do Código Penal expressamente dispõe que, nos casos de crime impossível, o agente não responde nem mesmo por delito tentado.

• Crime impossível por absoluta ineficácia do meio

Apresentase essa modalidade de crime impossível quando o agente quer provocar o aborto mas escolhe um **meio** de execução absolutamente **incapaz de gerar a morte** do produto da concepção. Ex.: ingestão de medicamentos ou chás que não têm poder abortivo, embora o agente, por falta de informação, imagine presente essa característica. É comum que a mulher grávida, em desespero, tome algumas aspirinas e passe mal do estômago. Ao chegar no hospital conta que ingeriu os medicamentos para abortar, mas a perícia constata que o feto não foi e não poderia ter sido afetado pelo uso de tal substância. O fato será considerado atípico, sendo inviável a punição por tentativa de aborto, nos termos do art. 17 do Código Penal.

1.1.4.1.5.4. Meios de execução

Os crimes de aborto enquadramse no conceito de crime de **ação livre**, pois admitem qualquer forma de execução, evidentemente, desde que aptos a causar o resultado. Os métodos mais usuais são a ingestão de medicamentos que causam

contração 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 159

11/4/2011 17:24:16

no útero na fase inicial da gravidez, provocando o descolamento do pro duto da concepção e sua consequente expulsão; raspagem ou curetagem; sucção do feto; introdução de objetos pontiagudos pelo canal vaginal para provocar contração uterina; utilização de choque elétrico, também para ocasionar contração no útero; uso de instrumentos contundentes para agredir a gestante na altura do ventre (com ou sem seu consentimento) etc.

O aborto pode, ainda, ser cometido por **omissão**. Exs.: a) médico que, percebendo a possibilidade de aborto natural e ciente da existência de medicamentos que podem evitar sua ocorrência, intencionalmente deixa de receitálos; b) gestante para a qual é receitado medicamento absolutamente necessário para evitar o aborto que, querendo a superveniência do resultado, não o ingere.

1.1.4.1.5.5. Elemento subjetivo

É o **dolo**.

Todas as modalidades podem ser praticadas com dolo direto, o que se verifica quando o agente quer efetivamente causar o aborto. As modalidades de autoaborto e provocação de aborto sem o consentimento da gestante são ainda compatíveis com o dolo eventual. O mesmo não ocorre com os crimes de consentimento para o aborto e provocação de aborto com o consentimento da gestante. Com efeito, como estes crimes pressupõem um consentimento específico para ato determinado — o aborto

—, não há que falar em dolo eventual.

Nossa legislação **não prevê modalidade culposa** do crime de aborto. Assim, quando alguém o provoca por negligência, imprudência ou imperícia, responde por delito de **lesões corporais**, mas, nesse caso, considerase sujeito passivo a gestante.

É que em todo caso de abortamento a gestante sofre algum tipo de lesão. Por sua vez, se a responsável pelo ato culposo tiver sido a própria mulher grávida, o fato será considerado **atípico** porque não se mostra possível a punição da autolesão — não pode a mulher ser autora e vítima do crime de lesão culposa.

• Contravenção penal

O art. 20 da Lei das Contravenções Penais pune com pena de multa quem anuncia processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto.

1.1.4.1.5.6. Aborto de gêmeos

Quando a conduta é realizada antes de o agente saber que se trata de gravidez de gêmeos, responde por crime único, já que imaginava tratar-se de feto único. Se, todavia, já havia sido feito exame de ultrassom ou outro similar, e o agente (terceiro ou gestante) sabia que se tratava de gêmeos, responde por dois crimes de aborto, na medida em que houve dolo em relação a ambos. A hipótese é de concurso formal impróprio, em que as penas são somadas, porque o agente queria efetivamente os dois resultados.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 160

11/4/2011 17:24:16

1.1.4.1.5.7. Ação penal

Todas as formas de aborto apuram-se mediante ação pública incondicionada. O

julgamento é feito pelo Tribunal do Júri.

1.1.4.1.5.8. Pena restritiva de direitos

O art. 44, II, do Código Penal, permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o réu for primário e a condenação não superar quatro anos, desde que se trate de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Entendemos que o dispositivo não engloba violência

contra o feto, de mo-do que, nos crimes de aborto, é cabível referida substituição, se a pena aplicada não superar quatro anos, e desde que não haja agressão contra a gestante para a provoca

ção do aborto.

1.1.4.1.5.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Próprio e de mão

De ação livre,

Material e

Doloso quanto ao

dano quanto

própria no

comissivo ou

instantâneo

elemento subjetivo

à objetividade

autoaborto

omissivo quanto

quanto ao

jurídica

e comum nas

aos meios de

momento

demais figuras

execução

consumativo

1.1.4.1.6. Causas de aumento de pena

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.

Esse dispositivo está elencado no Código Penal com a denominação “forma qualificada”. No texto legal, entretanto, estão previstos índices de aumento e não qualificadoras propriamente ditas, razão pela qual o correto é chamá-las de **causas de aumento de pena**.

Por expressa disposição legal, elas só são aplicáveis ao **terceiro** que realiza o aborto com ou sem o consentimento da gestante, pois, no início do art. 127 está expressamente previsto que os aumentos são exclusivos dos crimes previstos nos **dois** artigos anteriores que são os arts. 125 e 126.

É evidente que a **gestante** que incorre nos crimes do art. 124 (autoaborto e consentimento para aborto) não pode ter sua pena agravada por ter, ela própria, sofrido lesão de natureza grave. Todavia, a lei, ao excluir a incidência do aumento aos que estejam incursos no art. 124, esqueceuse de que tais delitos admitem participação.

Assim, se o namorado instiga a namorada grávida a realizar autoaborto e ela morre ou sofre lesão grave, não há como aplicar o aumento do art. 127 em relação a ele.

A solução é que seja punido como **partícipe** no crime de autoaborto e por crime 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 161

11/4/2011 17:24:16

autônomo de **homicídio ou lesão culposa**, caso se demonstre que houve conduta culposa de sua parte em relação ao evento morte ou lesão grave. Ex.: o sujeito, ao instigar o aborto, aconselha a gestante a utilizar quantidade excessiva de medicamento abortivo e isso ocasiona a sua morte. Responde por participação no autoaborto, porque instigou a namorada, e por homicídio culposo, em razão de ter sido imprudente ao sugerir o uso de medicamento em excesso.

É também importante lembrar que, se alguém realiza uma manobra abortiva e, com isso, provoca culposamente a morte da gestante, mas, posteriormente, se prova que o feto já estava morto por causas naturais, deve-se reconhecer a existência de **crime impossível** em relação ao delito de aborto, de modo que o agente só poderá ser punido por crime de **homicídio culposo**.

• Caráter preterdoloso das causas de aumento de pena

Em face de os índices de aumento serem consideravelmente pequenos, é pacífica a interpretação de que o dispositivo em análise é exclusivamente preterdoloso, ou seja, só pode ser reconhecido quando a morte ou a lesão de natureza grave forem consequências culposas do aborto ou dos meios empregados para praticálo. Assim, como existe **dolo no aborto** e **culpa no resultado** agravador, inevitável a conclusão de que se trata de crime **preterdoloso**. São hipóteses, em verdade, muito corriqueiras no dia a dia, pois um grande número de abortos é realizado por pessoas sem experiência na área médica, com instrumentos inadequados ou em locais em que não é possível o socorro à gestante em caso de complicação decorrente da manobra abortiva.

Por isso, são frequentes hemorragias ou infecções das quais decorrem a perda da capacidade reprodutora (lesão grave) ou a morte.

Em decorrência do que dispõe o art. 127, se o autor do aborto provocar a morte da gestante, terá sua pena dobrada. Suponhase que tenha havido consentimento da gestante para o aborto, hipótese configuradora do crime do art. 126, que é apenado com reclusão, de um a quatro anos. O evento morte fará com que tal pena seja do -

brada, alcançando os limites de dois a oito anos, evidenciando que o resultado

morte não foi aqui previsto a título de dolo. Conforme já estudado, quem dolosamente mata mulher grávida pratica dois delitos: homicídio e aborto sem o consentimento da gestante.

• Possibilidade excepcional da tentativa

Não obstante o art. 127 do Código Penal contenha hipóteses preterdolosas, é possível que o aumento seja aplicado quando o aborto não se consuma, mas a gestante sofre lesão grave ou morre. É evidente tratar-se de hipótese extremamente rara, porém, ela é viável na medida em que há duas vidas em pauta. Com efeito, é possível, no plano fático, a realização de ato abortivo na fase final da gestação e que o feto, em razão disso, seja expulso com vida e sobreviva, mas a gestante sofra hemorragia e morra. Nesse caso, aplica-se o redutor da tentativa em relação ao aborto e, em seguida, o acréscimo da pena decorrente da morte culposa da gestante.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 162

11/4/2011 17:24:16

1.1.4.1.7. Aborto legal

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I — se não há outro meio para 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.

Existem duas hipóteses expressamente previstas no Código Penal em que a provocação do aborto não é considerada crime. Esses dispositivos têm natureza jurídica de causa especial de exclusão da ilicitude. As figuras em que o aborto é legal são chamadas de aborto necessário e sentimental.

1.1.4.1.7.1. Aborto necessário ou terapêutico

É a modalidade prevista no art. 128, I, do Código Penal, e exige **dois** requisitos:
1) Que não haja outro meio senão o aborto para salvar a vida da gestante.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos de gravidez tubária.

Não é necessário que haja situação de risco atual para a gestante, pois, para tal hipótese, já existe a excludente do estado de necessidade. Assim, é evidente que, se nos primeiros meses da gestação os exames já demonstram que o crescimento do feto poderá provocar a morte da gestante por hemorragia nos meses seguintes, não faz sentido aguardar que o risco se concretize para só nesse momento realizar o aborto.

2) Que seja realizado por médico. A exclusão da ilicitude com base neste dispositivo pressupõe que a manobra abortiva seja feita por médico, pois, conforme já mencionado, não há situação de risco atual para a gestante, havendo tempo para que a intervenção seja feita por profissionais habilitados na área da medicina, que, além disso, são os únicos que podem interpretar os exames e concluir pela existência de risco futuro para a vida da gestante em razão da gravidez.

Se, todavia, existir perigo atual para a gestante, estando ela prestes a morrer em decorrência de complicações na gestação, qualquer pessoa poderá realizar a intervenção abortiva a fim de lhe salvar a vida, estando, nesse caso, acobertada pela excludente do estado de necessidade de terceiro.

1.1.4.1.7.2. Aborto sentimental ou humanitário

Esta figura, por sua vez, pressupõe **três** requisitos:

1) Que a gravidez seja resultante de estupro. Esta é a razão de a denominação ser aborto sentimental, pois a provocação do aborto é permitida em tal caso por se tratar de gravidez indesejada decorrente de ato sexual forçado.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, que deixou de fazer distinção entre crimes de estupro e atentado violento ao pudor, revogando este último e passando a chamar de estupro todo e qualquer ato sexual cometido com violência ou grave ameaça, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 163

11/4/2011 17:24:16

deixou de ser necessário discutir a possibilidade de aborto legal quando a gravidez resultar de atentado violento ao pudor, já que este crime não mais existe como infra

ção autônoma.

2) Que haja consentimento da gestante ou de seu representante legal se ela for incapaz. Apenas nessa modalidade é exigido o consentimento. No aborto necessário, em que há risco para a vida da gestante, o consentimento não é requisito, embora seja comum os médicos colherem a autorização.

Em nenhuma das modalidades de aborto legal exige-se autorização judicial. No aborto sentimental, aliás, também não se exige a prévia condenação do estuprador, mesmo porque é comum que ele não tenha sido identificado e, mesmo que o tenha sido, não é possível aguardar o desfecho da ação penal, posto que o tempo de gravidez costuma ser menor do que a desta.

Para a realização do aborto sentimental, basta que o médico se convença da ocor rência da violência sexual — por exames que tenha feito na vítima, por cópias de depoimentos em inquérito policial ou boletim de ocorrência etc. É de se ressaltar, por ser oportuno, que o Ministério da Saúde editou, no ano de 2005, a Portaria 1.145, deixando claro que não é necessária a existência de boletim de ocorrência para a realização do aborto sentimental (se houver, melhor). Tal portaria estabelece que o médico deve adotar um **procedimento de justificação e autorização** de interrupção da gravidez, em que a mulher deve ser ouvida detalhadamente a respeito do ato criminoso, perante dois profissionais de saúde, pois, somente após um parecer técnico do médico, e se todos estiverem de acordo, é que a interrupção da gravidez poderá ser levada a efeito, devendo a mulher ou o representante assinar, ainda, termo de responsabilidade. Ressaltese, entretanto, que, se o médico não adotar tal procedimento, mas ficar provado que a gravidez era mesmo resultante de estupro, não haverá crime de aborto a ser apurado, podendo o médico ser punido apenas administrativamente pelo descumprimento da portaria.

3) Que seja realizado por médico. Como nessa modalidade de aborto não há situação de emergência, se não for feito por médico, haverá crime. Assim, se a

gestante realizar o ato abortivo em si mesma, responderá por autoaborto, não havendo exclusão da ilicitude, ainda que prove ter sido vítima de estupro. Igualmente haverá delito se o aborto for praticado por enfermeira.

Se a gestante, ao saber que está grávida, vai até uma delegacia de polícia e mente que foi estuprada um mês atrás, mas que teve vergonha de se expor na época dos fatos, e, depois disso, faz uso do boletim de ocorrência para enganar o médico, fazendo-o crer na ocorrência do crime sexual e o convencendo a realizar o aborto, temos as seguintes consequências: a) para o médico, não há crime porque ele supôs estar agindo acobertado pela excludente de ilicitude do aborto sentimental. Trata-se de hi pótese de descriminante putativa (art. 20, § 1º, do CP); b) a gestante responde por crime de consentimento para o aborto e por comunicação falsa de crime (art. 340), em concurso material.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 164

11/4/2011 17:24:16

• Gravidez resultante de estupro cometido por mulher

Suponha-se que uma mulher mantenha relação sexual com homem portador de grave doença mental, cometendo, assim, crime de estupro de vulnerável, e que, do ato sexual, resulte gravidez. Evidente, que, sendo ela a autora do crime, não pode se beneficiar com a excludente em estudo, ainda que haja anuência dos representantes da vítima.

1.1.4.1.7.3. Aborto eugenésico

Aborto eugênico ou eugenésico é aquele realizado quando os exames pré-natais demonstram que o filho nascerá com alguma **anomalia** como Síndrome de Down, ausência congênita de algum membro etc. A sua realização, por falta de amparo legal que lhe dê suporte, constitui crime. **Não é licíto**, portanto, o aborto **eugenésico**.

Os juízes, entretanto, têm concedido autorização para o aborto em casos extremados, em que os exames demonstram que a anomalia é de tamanha

gravidade, que o filho morrerá logo após o corte do cordão umbilical. É, por exemplo, o caso dos **anencéfalos**. Argumentam os juízes que a constatação da ausência congênita do cérebro não era possível quando o Código Penal foi elaborado porque não existiam exames pré-natais que levassem a tal conclusão em 1941.

Atualmente, contudo, quando a anomalia é verificada, concede-se o alvará com o fundamento de que o feto não tem vida própria **(atipicidade)** ou por inexigibilidade de conduta diversa **(excludente de culpabilidade)**, pois não se pode exigir que a gestante enfrente o restante da gravidez, com os riscos a ela inerentes, quando já sabe que o filho não irá sobreviver. Parece-nos correta a providência porque, nos termos do art. 3º, da Lei n. 9.434/97, a morte se verifica com a cessação da atividade encefálica, não podendo, portanto, caracterizar-se o crime de aborto quando o produto da concepção não possui encéfalo, e cujos batimentos cardíacos decorrem da ligação ao corpo da gestante. De qualquer forma, tal tema encontra-se *sub judice*, estando prestes a ser decidido em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, em ação pro movida para definir se é ou não possível autorização judicial para a realização de aborto em caso de anencefalia e outros similares.

1.1.4.1.7.4. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Tribunal do Júri.

1.1.5. Questões

1. (Ministério Público/SP — 83º concurso) O agente que, para livrar um doente sem possibilidades de cura, de graves sofrimentos físicos e morais, pratica eutanásia com o consentimento da vítima deve, em tese, responder por homicídio:

a) privilegiado, pois o estado da vítima faz com que pratique o crime sob o domínio de violenta emoção.

b) privilegiado, já que agiu por relevante valor social, que compreende os interesses coletivos, entre eles os humanitários.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 165

11/4/2011 17:24:17

c) simples, já que o consentimento do ofendido nenhuma consequência gera, posto que a vida é um bem indisponível.

d) simples, aumentandose a pena em face da circunstância de o crime ter sido praticado contra enfermo.

e) privilegiado, já que agiu por relevante valor moral, que compreende também os interesses individuais do agente, entre eles a piedade e a compaixão.

Resposta: "e". A própria exposição de motivos do Código Penal exemplifica a eutanásia como exemplo de relevante valor moral.

2. (Ministério Público/MG — 40º concurso) Sobre o crime de homicídio, é correto afirmar, exceto:

a) Tanto o sujeito passivo como o objeto material do delito é o ser humano com vida, pois sobre ele recai diretamente a conduta do agente.

b) Sua execução pode se realizar sob variados meios, diretos ou indiretos, físicos ou morais, desde que idôneos à produção do resultado morte.

c) Considerase privilegiado o homicídio se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

d) A premeditação não está incluída entre as qualificadoras do homicídio.

e) Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada em 1/3, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 anos.

Resposta: "c". Tal alternativa está incorreta porque no homicídio privilegiado o agente deve estar sob o domínio de violenta emoção e não sob mera influência. As demais alternativas estão corretas.

3. (Ministério Público/RS — 40º concurso) Considere as seguintes assertivas: I. O homicídio simples tentado incluise entre os crimes hediondos, se

praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

II. A vingança e a premeditação, embora não nominadas como tais, são qualificadoras do homicídio, como espécies de motivação torpe.

III. O fato de o homicídio ser praticado contra criança tornao qualificado, em face da dificuldade de defesa da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV).

IV. O "outro crime", de que fala a qualificadora do homicídio sob o inc. V, do § 2º, do art. 121, (conexão teleológica) do Código Penal, pode vir a ser executado por terceiro que não o agente do homicídio, e, ainda, que não venha, por qualquer razão, a ser executado, não se afasta a qualificadora supramencionada.

V. O agente que, após atropelar a vítima, não lhe presta assistência, quando podia fazêlo, sem risco, vindo ela a falecer, responde por dois crimes: homicídio culposo e omissão de socorro.

a) Estão certas as assertivas II e III.

b) Estão certas as assertivas I e IV.

c) Estão certas as assertivas IV e V.

d) Apenas a assertiva II está correta.

e) Corretas são as assertivas I e III.

Resposta: "b". A assertiva II está errada porque a vingança nem sempre constitui motivo torpe e a premeditação sequer é circunstância ligada à motivação. A assertiva III está errada porque o fato de o crime ser cometido contra criança é causa de aumento de pena e não qualificadora. Por fim, a assertiva V está errada porque a falta de socorro por parte do próprio autor do atropelamento não constitui crime autônomo de omissão de socorro, e sim causa de aumento de pena do próprio homicídio culposo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 166

11/4/2011 17:24:17

4. (Magistratura/SP — 169º concurso) Se o agente mata a vítima, por temer que ela possa reconhecê-lo como autor de anterior estupro, o homicídio é qualificado: a) por motivo torpe.

b) para assegurar a ocultação.

c) por motivo fútil.

d) para assegurar a impunidade.

Resposta: "d". O enunciado diz que o estupro ocorreu em data anterior, tendo a vítima sido liberada do local do crime após sua prática. Agora, em data posterior, ela pode reconhecêlo.

Notase, pois, que a existência do estupro é conhecida e o agente quer assegurar sua impunidade com a morte da vítima.

5. (Acadepol/SP — 2008) Sobre os crimes contra a vida previstos no Código Penal brasileiro, está incorreto afirmar que:

a) não pratica conduta típica a gestante que, por imprudência, dá causa a interrupção da gravidez.

b) não se admite a figura tentada no crime de participação em suicídio.

c) respondem por infanticídio, não por homicídio, tanto a mãe que, em estado puerperal, presta auxílio, quanto a terceiro que, auxiliada por aquela, pratica atos executórios de homicídio sobre o recémnascido.

d) no crime de homicídio doloso, existe perfeita compatibilidade entre as circunstâncias legais do privilégio e as qualificadoras de ordem subjetiva.

e) inexiste crime de evento do qual resultem apenas lesões corporais de natureza leve ao suicida instigado por outrem.

Resposta: "d". A afirmação está errada porque o privilégio só é compatível com as qualificadoras objetivas.

6. (Ministério Público/SP — 86º concurso) Não é causa de aumento de pena, de um terço até metade, no crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, a circunstância de o agente:

a) não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação.

b) praticálo em faixa de pedestres ou na calçada.

c) deixar de prestar socorro, quando possível fazêlo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

d) estar sob influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.

e) no exercício de sua profissão ou atividade, estar conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Resposta: "d". A Lei n. 11.705/2008 revogou o dispositivo que previa a embriaguez como causa de aumento do crime em tela.

7. (Ministério Público/PI — 2007) Assinale a alternativa correta.

a) Pai que vê o filho menor afogandose, mas que, podendo socorrêlo, se nega a tanto, sob o argumento de que o filho precisa "aprender a ser homem", responde pelo resultado morte, no caso de o adolescente vir a falecer.

b) Pai que vê o filho menor afogandose, mas que, podendo socorrêlo, se nega a tanto, sob o argumento de que o filho precisa "aprender a ser homem", responde por omissão de socorro, no caso de o adolescente vir a falecer.

c) Os crimes comissivos por omissão não guardam correspondência com os crimes omissivos impróprios.

d) Os crimes comissivos por omissão correspondem aos crimes omissivos próprios.

e) Os crimes comissivos por omissão não possuem previsão no Código Penal brasileiro.

Resposta: "a". O pai, por lei, tem obrigação de cuidado, proteção e vigilância

sobre os filhos menores, ou seja, nos termos do art. 13, § 2º, *a*, do Código Penal, tem o dever de evitar o resultado e, caso não o faça, responde por ele (morte).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 167

11/4/2011 17:24:17

8. (Acadepol/SP — 2003) De acordo com nossa legislação,

a) nos casos de suicídio, havendo coação irresistível, deverá o fato ser tipificado como homicídio;

b) para se caracterizar um infanticídio, não se faz mister a prova de que o feto tenha nascido com vida; c) em tese, o infanticídio pode ser culposo ou doloso, dependendo da conduta da mãe do nascente;

d) poderão figurar como sujeito passivo do infanticídio o recémnascido ou o feto abortado.

Resposta: "a". Só existe suicídio quando a supressão da própria vida é voluntária. Se a vítima sofreu coação irresistível e, por isso, se matou, o agente responde por homicídio.

9. (Ministério Público/PI — 2007) Assinale a alternativa correta.

a) O Código Penal brasileiro não prevê crimes de concurso necessário de agentes, pois o concurso de pessoas sempre pressupõe concordância dos participantes.

b) O crime de infanticídio constitui hipótese de delito *sui generis.*

c) Em termos de imputabilidade penal, o Código Penal brasileiro adota o critério psicológico.

d) A coação moral irresistível é causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

e) No concurso de pessoas, as circunstâncias e as condições de caráter pessoal nunca podem se estender ao coautor do delito.

Resposta: "b". Nélson Hungria, ao comentar o crime de infanticídio, salienta o caráter *sui generis* deste crime, na medida em que a autora do crime não está em seu estado normal e tampouco pode ser considerada inimputável, recebendo, contudo, uma pena mais branda, embora tenha matado um recémnascido indefeso.

Todas as demais alternativas contêm erros. O Código Penal prevê crimes de concurso necessário, como quadrilha ou rixa. Em termos de imputabilidade o critério adotado é o biopsicológico. A coação moral irresistível é causa legal de exclusão da culpabilidade (art. 22 do CP). As circunstâncias de caráter pessoal podem se comunicar quando forem elementares do crime.

10. (Magistratura/SP — 171º concurso) O agente que, dolosamente, impede o socorro ao suicida que se arrependera do ato extremado e tentava buscar auxílio comete: a) crime de omissão de socorro.

b) crime de homicídio.

c) crime de induzimento ao suicídio.

d) fato penalmente irrelevante.

Resposta: "b". O sujeito, por meio de uma ação, colaborou com o resultado morte, respondendo, assim, por homicídio. Só é possível o crime de participação em suicídio quando o estímulo ou ajuda do agente tiverem ocorrido antes do ato suicida.

11. (Magistratura/PR — 2003) Em havendo tentativa de suicídio e sofrendo a vítima lesões corporais leves, o agente que a instigou a matar-se, por motivação torpe: a) não fica sujeito a qualquer apenação.

b) pode ser apenado por tentativa de homicídio qualificado.

c) pode ser apenado por crime de lesões corporais leve.

d) pode ser apenado por tentativa de crime de induzimento, instigação e auxílio a suicídio.

Resposta: “a”. O art. 122 do Código Penal só prevê crime de participação em suicídio se a vítima sofrer lesão grave ou morrer.

12. (Acadepol/SP — 2003) Prevê nossa legislação substantiva que: a) a ocorrência de lesão corporal de natureza grave, na gestante, não é circunstância autorizadora de aumento de pena, no caso de aborto provocado por terceiro; b) a ocorrência de lesão corporal de natureza leve, na gestante, é circunstância autorizadora de aumento de pena, no caso de aborto provocado por terceiro; 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 168

11/4/2011 17:24:17

I Dos Crimes Contra a Pessoa

169

c) a ocorrência de lesão corporal de natureza grave, na gestante, é circunstância autorizadora de aumento de pena, no caso de aborto provocado por terceiro; d) a ocorrência de lesões leves ou graves na gestante será sempre circunstância irrelevante, para fins de aumento de pena, no caso de aborto praticado por terceiro.

Resposta: “c”. O art. 127 do Código Penal é expresso no sentido de que, no aborto provocado por terceiro, a pena é aumentada se a gestante sofrer *lesão grave* ou morrer.

13. (Ministério Público/PE — 2008) Sobre o crime de aborto, é correto afirmar: a) Não se pune o aborto praticado por médico se a gravi dez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou do seu representante legal, se incapaz.

b) Não constitui infração penal provocar aborto em si mesma.

c) É permitido provocar aborto com o consentimento da gestante, em qualquer hipótese.

d) Quando o aborto praticado por terceiro configura crime, as penas são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocálo, a gestante sofre lesão corporal de natureza leve ou grave.

e) Em qualquer hipótese não pratica crime a gestante que consente no aborto.

Resposta: “a”. O art. 128, II, do Código Penal, expressamente autoriza o aborto na hipótese da alternativa A.

A alternativa B está errada porque o autoaborto constitui crime previsto no art. 124 do CP.

A alternativa C está errada porque o consentimento da gestante só exclui o crime se a gravidez for resultante de estupro e o ato abortivo for realizado por médico.

A hipótese D está errada porque o art. 127 não prevê aumento de pena quando a gestante sofre lesão leve.

O enunciado E está equivocado porque o consentimento no aborto é previsto como crime no art. 124, 2ª parte, do CP.

14. (Ministério Público/SC — 2008) Enunciados:

I. Para a configuração do crime de homicídio privilegiado, o agente deve se encontrar, impelido por motivo de relevante valor moral ou social, ou sob influência de violenta emo

ção, quando realizada a conduta logo após a provocação.

II. A sepultura e a urna vazia não são tuteladas pelo art. 210 do CP, violação de sepultura.

III. O homicídio culposo admite compensação de culpa.

IV. O objeto jurídico tutelado no crime de violação de sepultura não é a paz dos mortos.

V. O infanticídio é crime próprio e por este motivo não admite participação.

a) apenas I, II, e III são incorretos;

b) apenas II, III e IV são incorretos;

c) apenas II, IV e V são incorretos;

d) apenas II, III e V são incorretos;

e) apenas I, III e V são incorretos.

Resposta: "e". A assertiva I está errada porque para o privilégio é necessário o domínio e não mera influência de violenta emoção. A III está errada porque não existe compensação de culpas.

A assertiva V está errada porque o infanticídio, embora crime próprio, admite a participação.

A assertiva II está correta porque estando vazias a sepultura e a urna não há desrespeito aos mortos. A IV também está correta porque a "paz dos mortos" não é objeto jurídico do crime de violação de sepultura, e sim o "respeito" aos mortos.

15. (Ministério Público/SP — 82º concurso) A. induziu a gestante B. a provocar aborto em si mesma, e ela o provocou. Em outra hipótese, C. executou aborto em D., gestante, com o seu consentimento. Procede dizer que

a) não há concurso de pessoas nos dois casos.

b) no primeiro caso, A. é partícipe de B., no crime de autoaborto e, no segundo, C. é autor de outro crime, ou seja, o de provocação de aborto com o consentimento da gestante.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 169

11/4/2011 17:24:17

c) no segundo caso, C. responde por crime de autoaborto.

d) no primeiro caso, B. responde por outro crime que não o de autoaborto, e, no segundo, C. responde por outro crime que não o de provocação de aborto com o consentimento da gestante.

e) no segundo caso, só D. poderá ser responsabilizada por crime.

Resposta: “b”. É a única das alternativas que apresenta a solução correta para os dois casos. B.

é autora de autoaborto e A. partícipe em tal crime. Por sua vez, C. cometeu crime de aborto com consentimento da gestante.

16. (Magistratura/SP — 171º concurso) É incorreto afirmar-se que: a) para a realização do aborto sentimental, é prescindível a existência de autorização judicial.

b) o namorado que acompanha a gestante que deseja abortar ou paga o aborto criminoso, a pedido dela, comete o crime de autoaborto na condição de coautor.

c) em caso de aborto necessário feito por médico, nenhum crime pratica a enfermeira que o auxiliou.

d) para a realização do aborto necessário é prescindível o consentimento da gestante ou de seus familiares.

Resposta: “b”. O namorado não é coautor, e sim partícipe. O crime de consentimento para o aborto, por ser de mão própria, não admite a coautoria.

17. (Magistratura/SP — 171º concurso) Inexistindo médico em uma longínqua fazenda, é correto dizer-se que, no caso de aborto necessário feito por enfermeira, sem o consentimento da vítima:

a) é aplicável ao caso a causa de exclusão da criminalidade prevista como aborto necessário.

b) a enfermeira comete o crime de aborto sem o consentimento da gestante.

c) a enfermeira deve ser absolvida pela justificativa do estado de necessidade de terceiro.

d) a enfermeira é beneficiada pelo reconhecimento do exercício regular de direito.

Resposta: “c”. Aplicase a excludente genérica do estado de necessidade porque a

excludente do aborto necessário pressupõe que o sujeito seja médico.

18. (Ministério Público/MG — 44º concurso) Em face das assertivas seguintes, pode-se afirmar que:

I. Cometido homicídio contra velho, pressupõese caracterizada a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

II. Ocorre a conexão ocasional quando o homicídio é cometido a fim de assegurar a oculta

ção, impunidade ou vantagem em relação a outro delito.

III. Vítima de tentativa de homicídio um dia antes de completar quatorze anos, o menor falece em tal aniversário, impondo a causa de aumento de pena ao homicídio.

IV. Não é possível a concorrência do homicídio privilegiado com as qualificadoras de natureza subjetiva.

a) Somente I e II estão incorretas.

b) Somente II e III estão incorretas.

c) Somente I, II e IV estão incorretas.

d) Somente I, II e III estão incorretas.

e) Todas estão incorretas.

Resposta: "a". A alternativa A está errada porque homicídio contra idoso gera causa de aumento de pena e não a qualificadora mencionada. A alternativa B está errada porque a conexão na hipótese é a consequencial e não a ocasional.

19. (OAB — Exame unificado — 2009/3) Amaro, durante uma calorosa discussão no trânsito, desferiu, com intenção homicida, dois tiros de revólver em Bernardo. Mesmo dispondo de 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 170

11/4/2011 17:24:17

mais munição e podendo prosseguir, Amaro arrependeu-se, desistiu de continuar a ação criminosa e prestou imediato socorro a Bernardo, levando-o ao hospital mais próximo. A atitude de Amaro foi fundamental para a preservação da vida de Bernardo, que, contudo, teve sua integridade física comprometida, ficando incapacitado para suas ocupações habituais por sessenta dias, em decorrência das lesões provocadas pelos disparos. Considerando essa situa-

ção hipotética, assinale a opção correta:

a) A atitude de Amaro caracteriza arrependimento posterior, tornandoo isento de pena.

b) Amaro deve responder apenas pelo delito de lesão corporal de natureza grave.

c) Amaro deve responder pelo delito de tentativa de homicídio.

d) A atitude de Amaro caracteriza desistência voluntária, ficando excluída a ilicitude de sua conduta.

Resposta: " b". Após atingir a vítima, o agente realizou nova ação, caracterizando arrependimento eficaz, devendo responder apenas pela lesão corporal, nos termos do art. 15 do Código Penal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 171

11/4/2011 17:24:17

II

DAS LESÕES CORPORAIS

1.2. DAS LESÕES CORPORAIS

O crime de lesões corporais subdivide-se em duas categorias: a das lesões dolosas e a das culposas. Por sua vez, a modalidade dolosa possui quatro figuras,

que dependem do resultado provocado na vítima. Assim, a lesão dolosa pode ser leve, grave, gravíssima ou seguida de morte.

LESÕES CORPORAIS

DOLOSA

CULPOSA

- Leve

- Grave

- Gravíssima

- Seguida de morte

1.2.1. Lesões corporais dolosas

1.2.1.1. Lesões leves

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

1.2.1.1.1. Objetividade jurídica

A manutenção da integridade física e da saúde das pessoas.

1.2.1.1.2. Tipo objetivo

Nota-se, inicialmente, que, quanto ao resultado, o texto legal não define quando uma lesão corporal é leve. Ao contrário, nosso legislador apenas descreve expressamente quando uma lesão deve ser considerada de natureza grave (art. 129, § 1º) ou gravíssima (art. 129, § 2º). Por isso, é por **exclusão** que se conclui que uma lesão é de natureza **leve**, devendo ser assim considerada, portanto, aquela que não é grave e nem gravíssima.

É exatamente por isso que, no formulário próprio para os legistas apresentarem o laudo do exame de corpo de delito, constam quesitos em torno de todas as modali02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 172

dades consideradas graves ou gravíssimas de lesão corporal. Apenas quando o legista responder negativamente a todas elas, é que será possível dizer que a lesão é leve.

Para que haja tipificação do crime de lesão corporal, o texto legal exige que o ato agressivo perpetrado contra a vítima lhe tenha provocado ofensa à **integridade corporal** ou à **saúde**.

• Ofensa à integridade corporal

É o **dano anatômico** decorrente de uma agressão. É a alteração na anatomia prejudicial ao corpo humano. Pressupõe que o ato agressivo rompa ou dilacere algum tecido do corpo da vítima, externa ou internamente. Os casos mais comuns de lesão corporal são as escoriações, equimoses, cortes, fraturas, fissuras, hematomas, luxações, rompimento de tendões ou ligamentos, queimaduras etc.

Equimoses são decorrentes do rompimento de pequenos vasos sanguíneos (capilares) no tecido subcutâneo, em razão de uma pancada razoavelmente forte, e que conferem coloração roxa à pele pelo fato de não haver rompimento desta, o que impede o imediato extravasamento do sangue. A equimose **constitui lesão** porque, nela, há rompimento de tecidos — os vasos sanguíneos.

A **dor**, em si mesma, desacompanhada de alteração anatômica ou ofensa à saúde, **não constitui lesão**. Nesse sentido: "*A dor física, por si só, sem o respectivo dano anatômico ou funcional, não constitui lesão corporal. Impõe-se a solução má-*

xime porque, de índole inteiramente subjetiva, a dor só por falível presunção pode ser reconhecida como efeito da violência" (Tacrim-SP — Rel. Silva Franco — *Jutacrim* 40/89). **Eritemas não constituem lesão**, pois são fruto de deslocamento sanguíneo momentâneo para certa parte do corpo, que conferem vermelhidão à pele.

Podem decorrer de um beliscão ou tapa. A provocação de eritema em decorrência de ato agressivo pode configurar tentativa de lesão corporal ou contravenção de vias de fato, dependendo de haver intenção de lesionar.

O **corte** de **cabelo** ou da **barba**, não autorizado pela vítima, constitui lesão corporal, ainda que a intenção do agente seja obter vantagem econômica. Como se trata de parte de ser humano, o cabelo não pode ser considerado objeto material de furto ou roubo, de modo que se alguém corta, clandestinamente ou com violência, os longos cabelos da vítima, com a intenção de vendê-los para que sejam usados na confecção de perucas ou em apliques, o crime a ser reconhecido é o de lesão corporal.

Se, todavia, a intenção de quem corta os cabelos é a de humilhar a vítima, estará caracterizada uma forma qualificada do crime de injúria, chamada de injúria real. Além disso, se o agente raspa o cabelo de uma criança ou adolescente que está sob sua guarda, autoridade ou vigilância, a fim de lhe causar vexame, haverá crime mais grave, descrito no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

• Ofensa à saúde

Abrange a provocação de perturbações **fisiológicas** ou **mentais** na vítima.

Perturbação **fisiológica** é o desajuste no funcionamento de algum órgão ou sistema que compõe o corpo humano. Ex.: transmissão intencional de doença que afete 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 173

11/4/2011 17:24:17

o sistema respiratório, ministração de alimento ou medicamento na bebida da vítima que provoquem diarreia, vômito ou náuseas, ministração de diurético que a faça urinar repetidamente, uso de gases ou aparelhos de choque que provoquem paralisia muscular etc. Note-se que, nesses exemplos, a perturbação fisiológica é de duração transitória, pois o organismo trata de recompor o funcionamento do órgão afetado.

Isso, todavia, não altera a conclusão de que houve ofensa à saúde e torna necessária a punição do agente.

Perturbação **mental** abrange a causação de qualquer desarranjo no funcionamento cerebral. Ex.: provocar convulsão, choque nervoso, doenças mentais etc. Nesse sentido: *"O conceito de dano à saúde tanto compreende a saúde do corpo como a mental também. Se uma pessoa, à custa de ameaças, provoca em outra um choque nervoso, convulsões ou outras alterações patológicas, pratica lesão corporal*" (TJSC

— Rel. Marcílio Medeiros — *RT* 478/374).

É comum que um só ato agressivo provoque concomitantemente ofensa à in -

tegri dade corporal e à saúde. Ex.: um chute no tórax que fratura uma costela e, ao mesmo tempo, faz com que a vítima tenha crises de vômito. Há, nesse caso, crime único.

• Princípio da insignificância

Em determinados crimes, a doutrina e a jurisprudência têm aceitado a aplicação do princípio da insignificância para reconhecer a atipicidade da conduta quando a lesão ao bem jurídico tutelado é de tal forma irrisório que não justifica a movimentação da máquina judiciária, com os custos a ele inerentes. É o que ocorre quando alguém dá um alfinetada em outra pessoa, causando a perda de uma gota de sangue.

1.2.1.1.3. Sujeito ativo

Pode ser **qualquer pessoa**. Trata-se de crime **comum**.

Se o agressor for policial em serviço, responde também por abuso de autoridade, não reconhecendo a jurisprudência *bis in idem* em tais casos. Nesse sentido: *"Lesões corporais e abuso de autoridade. Se o agente, além do crime de abuso de autoridade (art. 3º, i, da Lei n. 4.898, de 09.12.1965) também praticar lesões corporais na vítima, aplicar-se-á a regra do concurso material"* (STF — HC — Rel. Cordeiro Guerra — *RTJ* 101/595 *)"; "A concomitante prática de lesão corporal não resta absorvida pelo crime de abuso de autoridade, devendo ser aplicada, em tal caso, a regra da cumulação das penas"* (TJSP — Rel. Jarbas Mazzoni — *RT* 598/302).

1.2.1.1.4. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa. Como o tipo penal exige dano à integridade corpórea ou à saúde de **outrem**, a autolesão nunca se enquadra no conceito de lesão corpo ral. Assim, se o agente o fizer para simular uma agressão e, com isso, receber o valor do seguro que tinha feito em relação à sua integridade corpórea, incorre no crime de fraude para recebimento de seguro (art. 171, § 2º, V, do CP). Em tal caso, contudo, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 174

11/4/2011 17:24:17

I Dos Crimes Contra a Pessoa

175

a vítima é a seguradora. Quem se autolesiona para não prestar serviço militar comete o crime do art. 184 do Código Penal Militar. Cuida-se de crime militar aplicável a quem ainda sequer se incorporou.

A autolesão por outra razão qualquer não constitui crime.

O feto não pode ser sujeito passivo do crime de lesões corporais. Se o agente, intencionalmente, ministra medicamento a fim de provocar deformidade no feto, o fato é atípico. Trata-se de evidente falha em nossa legislação. Só existirá crime se ficar demonstrada intenção de provocar a morte do feto, hipótese em que o agente responderá por aborto, consumado ou tentado, dependendo do resultado.

1.2.1.1.5. Meios de execução

O crime pode ser praticado por **ação** ou por **omissão**. Trata-se de crime de **ação livre**.

A provocação de várias lesões na vítima no mesmo contexto fático constitui delito único. Esse fator, todavia, deve ser levado em conta pelo juiz na aplicação da penabase.

1.2.1.1.6. Consumação

No momento em que ocorre a ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima. Trata-se de crime **material**.

• Exame de corpo de delito

A comprovação da **materialidade** deste crime, que deixa vestígios, é feita pelo exame pericial, chamado exame de corpo de delito (direto ou indireto), em que se deve atestar a ocorrência da lesão, sua extensão e causas prováveis. Para o oferecimento de denúncia, todavia, basta a juntada de qualquer boletim médico ou prova equivalente (art. 77, § 1º, da Lei n. 9.099/95), sendo que, posteriormente, deverá ser anexado o laudo definitivo de corpo de delito.

Na ausência do exame pericial decorrente do desaparecimento das lesões, a **prova testemunhal**, desde que cabal, **pode suprir-lhe a falta**. As testemunhas, nesse caso, devem ser claras quanto à natureza e o local das lesões.

1.2.1.1.7. Tentativa

É possível, desde que se prove que o agente queria lesionar a vítima e não conseguiu.

• Distinção entre a tentativa de lesões corporais e a contravenção de vias de fato (art. 21 da Lei das Contravenções Penais)

Na tentativa, o agente quer lesionar a vítima e não consegue por circunstâncias alheias à sua vontade. Na contravenção, fica demonstrado que o agente, desde o

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 175

11/4/2011 17:24:18

início, não tinha a intenção de machucar a vítima. Ex.: empurrão, tapa, beliscão etc.

Nesse sentido: "*Indiscutível a possibilidade da tentativa no uso de lesões corporais dolosas, impondo-se a condenação do réu se o conjunto probatório se mostra suficiente para embasar a conclusão de que ele agiu com dolo de ferir*" (Tacrim-SP —

Rel. Ralpho Waldo — *Jutacrim* 76/312).

Se, por acaso, o agente quer cometer apenas a contravenção e, de forma não intencional, provoca lesões na vítima, responde por lesões **culposas**. Ex.: empurrar levemente a vítima e esta cair, fraturando o braço.

• Distinção entre tentativa de lesões corporais e o crime de periclitação da vida e da saúde do art. 132 do Código Penal

A diferença localiza-se também no dolo. Na tentativa o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue concretizar a lesão que pretendia causar na vítima, enquanto no crime de perigo, a intenção é apenas de assustá-la, provocan -

do-lhe situação de risco. Nesse sentido: "*A conduta do agente que investe contra a vítima armado de instrumento hábil a produzir ferimentos, presente o dolo direto, não configura o delito de perigo para a vida, se, só por motivos alheios à vontade do réu, o resultado lesivo não se consuma. A hipótese é a da chamada tentativa branca de lesão corporal*" (Tacrim-SP — Rel. Francis Davis — *Jutacrim* 15/193)

1.2.1.1.8. Elemento subjetivo

É o dolo, direto ou eventual.

A intenção de lesionar, caracterizadora do dolo direto, é muito comumente referida como *animus vulnerandi* ou *animus laedendi*.

1.2.1.1.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum e de

De ação livre,

Material e

Doloso quanto ao

dano quanto

concurso eventual

comissivo ou

instantâneo

elemento subjetivo

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo quanto

quanto ao

jurídica

ativo

aos meios de

momento

execução

consumativo

1.2.1.1.10. Absorção das lesões leves

Existem inúmeros crimes no Código Penal e em leis especiais em que o emprego de violência é elementar do delito, constituindo meio de execução da infração penal. É

o que ocorre em crimes como roubo, extorsão, estupro, tortura etc. Como em nenhum dos tipos penais mencionados existe ressalva, dando autonomia ao crime de lesões corporais de natureza leve, a conclusão é de que, por ser meio de execução, fica absorvido.

Assim, se o agente, durante um roubo ou estupro, causar lesão leve na vítima, ele responde só pelo crime-fim, ficando absorvidas as lesões leves.

Concomitantemente, existem vários crimes cometidos com emprego de violência em que o texto legal expressamente ressalva a autonomia das lesões, de modo que, se, ao praticar o outro crime com emprego de violência, o agente causar também lesão leve na vítima, responderá pelos dois delitos. É o que ocorre em crimes como a injúria real, constrangimento ilegal, dano qualificado, resistência, exercício arbitrário das próprias razões etc.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 176

11/4/2011 17:24:18

1.2.1.1.11. Ação penal

Desde o advento da Lei n. 9.099/95, a ação penal passou a ser pública condicionada à representação do ofendido ou, se incapaz, de seu representante legal (art. 88

da Lei n. 9.099/95).

Nas outras formas de lesão dolosa (grave, gravíssima e seguida de morte), a ação penal continua sendo pública incondicionada.

1.2.1.1.12. Observações

• Intervenções cirúrgicas

No caso de cirurgia de **emergência**, em que a necessidade da intervenção decorre da existência de risco para a vida do paciente, não haverá crime por parte do médico, mesmo que não exista consentimento do paciente ou de seus representantes legais, visto que, nesse caso, agiu ele acobertado pela excludente do **estado de necessidade de terceiro** (da própria pessoa submetida à cirurgia). Assim, se alguém chega acidentado em um hospital e, estando desacordado, o médico amputa sua perna para evitar mal maior, não responde por crime de lesão corporal. Mesmo que a vítima diga, posteriormente, que preferia ter morrido a ficar sem a perna, não se po de cogitar de punição ao médico, exceto se tiver havido erro de diagnóstico, quando res ponderá por lesão culposa.

Quando se tratar de cirurgia **corretiva** ou **terapêutica**, sem que haja situação de emergência, a operação só poderá ser feita se houver prévia autorização e, nessa hipótese, terá o cirurgião atuado sob a excludente do **exercício regular de direito**, conforme entendimento da maioria dos doutrinadores. Em suma, entende-se que o fato é típico, porque, nas intervenções cirúrgicas, o médico faz incisões, dilacerando alguns tecidos do corpo do paciente; porém, a conduta não é antijurídica em face da excludente do exercício regular de direito. Heleno Cláudio Fragoso,69 contudo, entende que, nesses casos, nem há tipicidade, uma vez que lesão é um **dano** à integridade corporal, o que não ocorre no caso de intervenção cirúrgica em que a finalidade é restituir ou melhorar a saúde do paciente. "Típico só pode ser o resultado que prejudica, ou seja, o resultado de dano." Em se tratando de cirurgia meramente estética, implante de prótese no seio, por exemplo, em que não há nenhuma melhora na saúde, mas apenas mudança na aparência, aplica-se a excludente do exercício regular de direito em caso de autorização da paciente.

• Lesões esportivas

Em certos esportes em que a lesão é uma consequência normal de sua prática (boxe, lutas marciais), também não há crime em face do **exercício regular de direito**. Todos esses esportes são regulamentados e, desde que observadas as regras, o fato não constitui crime.

69 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 129.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 177

11/4/2011 17:24:18

Sempre que houver abuso intencional, todavia, o fato constituirá crime, ainda que ocorra durante a prática esportiva. O boxeador que morde a orelha do opoente, arrancando-lhe um pedaço, comete crime. Igualmente, o jogador de futebol que, intencionalmente, desfere um soco no rosto de outro e lhe quebra os dentes ou o nariz, ainda que o fato ocorra com a bola em jogo.

• Estatuto do torcedor e lesões corporais

O Estatuto do Torcedor pune com reclusão, de um a dois anos, quem pratica violência durante evento esportivo ou nas proximidades do estádio em dia de jogo (raio de 5 km), ou em seu trajeto (art. 41-B, da Lei n. 12.299/2010). Como o texto legal não especifica, o crime se concretiza independentemente da superveniência de lesões em terceiros, como, por exemplo, atirar pedra em ônibus, explodir bomba de fabricação caseira, derrubar alambrado, atirar garrafa ou pedra em campo, lançar detrito, urina ou fogos de artifício em outros torcedores, trocar socos e chutes com outras pessoas. Caso se concretizem lesões corporais em terceiros, caberá aos tribunais definirem se estas absorvem o novo crime ou o contrário ou, ainda, se ambos subsistem em concurso (formal ou material). É provável que prevaleça o entendimento de que o crime mais grave é que deve subsistir, de modo que eventual lesão leve fique absorvida, mas que a lesão grave absorva o delito da nova lei.

• Doação de órgão por pessoa viva

A Lei n. 9.434/97 regulamenta o transplante de órgãos e admite que pessoa viva seja doadora, desde que capaz e que a faça de forma gratuita. Além disso, só será possível se houver autorização do doador e desde que não haja possibilidades de graves prejuízos à sua saúde. O desrespeito a essas regras caracteriza crime específico do art. 14 da mesma Lei, que, aliás, possui qualificadoras idênticas às estabelecidas no Código Penal no que se refere aos crimes de lesões graves ou seguidas de morte.

• Consentimento da vítima

A doutrina tradicional sustenta que a incolumidade física é bem indisponível, de forma que o consentimento não exclui o crime, exceto nas situações social e culturalmente aceitas, como no caso de colocação de brincos em meninas e na circuncisão realizada em recém-nascidos em algumas religiões.

Heleno Cláudio Fragoso70 argumenta que "*o consentimento do ofendido exclui a ilicitude, desde que validamente obtido e a ação não ofenda os bons costumes*".

Após o advento da Lei n. 9.099/95, é forçoso, todavia, reconhecer que a incolumidade pública passou a ser bem apenas relativamente indisponível. No que se refere a lesões de natureza leve, o prévio consentimento do ofendido, desde que capaz, exclui o crime. Com efeito, a partir do momento em que a lei

estabeleceu que a ação penal só pode ser promovida se houver representação da vítima, tornou-se possível o seguinte 70 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 129.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 178

11/4/2011 17:24:18

raciocínio: se a vítima não consente na agressão, porém, posteriormente, deixa de oferecer representação, faz com que a punibilidade do agente seja extinta. Assim, por lógica, a prévia autorização impede o próprio surgimento do direito de punir do Estado.

A realização de tatuagem e a colocação de *piercings* só é permitida em pessoas maiores de idade. A colocação em menores constitui crime.

1.2.1.2. Lesões corporais graves

Estão previstas no art. 129, § 1º, do Código Penal e possuem pena de reclusão, de **um a cinco anos**. A pena mínima prevista — um ano — faz com que seja possível a suspensão condicional do processo, se o réu preencher os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Embora possua denominação própria — lesão grave — é extremamente comum que doutrinadores e juízes a ela se refiram como lesão corporal qualificada.

Art. 129, § 1º, I — Se resulta incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

• Ocupações habituais

A atividade habitual a que se refere a lei é **qualquer ocupação rotineira**, do dia a dia da vítima, como andar, praticar esportes, alimentarse, estudar, trabalhar etc.

Não se trata, portanto, de qualificadora que se refira especificamente à incapacitação para o trabalho, de modo que **crianças e aposentados** também

podem ser vítima desse crime. É claro que, quando a vítima tem emprego, a incapacitação para as atividades habituais engloba a incapacitação para o trabalho. A propósito: "*Em tema de lesão corporal de natureza grave, irrelevante ao reconhecimento da agravante do art. 129, § 1º, I, do CP, o não exercer a vítima qualquer atividade remunerada, bastando a tal desiderato restar o sujeito passivo impedido de exercer a atividade comum corporal*" (*Jutacrim* 43/368); "*A hipótese do art. 129, § 1º, do CP abrange também a criança, pois que as ocupações habituais não são apenas as de natureza lucrativa, mas sim as atividades gerais da vítima, como entidade humana e social*" (Tacrim-SP — Rel. Adalberto Spagnuolo — *Jutacrim* 36/298); "*A ocupação de que trata o art. 129, § 1º, I, do CP, não é só o trabalho, mas a atividade costumeira, pena de, caso contrário, estarem excluídos do dispositivo repressivo a criança e o an-cião"* (Tacrim-SP — Rel. Gonçalves Sobrinho — *Jutacrim* 32/266) *;* A vítima deve estar efetivamente incapacitada para que se reconheça a lesão grave. Assim, se uma pessoa pode realizar as suas atividades normalmente, mas deixa de fazê-lo, ficando dentro de casa, por mera **vergonha** de que as pessoas vejam suas lesões e comentem sobre o assunto, a lesão **não** pode ser tida como qualificada.

A incapacitação pode ser física ou mental.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 179

11/4/2011 17:24:18

• Crime a prazo e sua comprovação

Essa forma de lesão grave enquadra-se no conceito de crime a prazo porque sua configuração depende do transcorrer de determinado prazo: mais de trinta dias.

Apesar de ser necessário aguardar o decurso de referido prazo para que se tenha prova de que a incapacitação durou tanto tempo, o momento consumativo do crime é o da provocação das lesões. Em outras palavras, o crime se consuma no momento em que o agente provoca as lesões que incapacitarão a vítima por mais de trinta dias, e não no trigésimo primeiro dia após a agressão. A prescrição começa a correr, portanto, da data da agressão.

O Código de Processo Penal, em seu art. 168, § 2º, exige, para a comprovação do decurso desse prazo, a realização de um **exame complementar**, após o trigésimo dia, para que o legista constate e declare que a vítima continua incapacitada. Assim, não basta que, no dia da agressão, no exame inicial, o médico faça uma previsão de que o quadro de incapacitação não reverterá em menos de trinta e um dias. Esse prognóstico não tem valor porque a medicina não é ciência exata, de modo que o organismo da vítima pode reverter a incapacitação antes do tempo previsto. Por isso, quando o médico legista, no exame inicial, verifica que existe a possibilidade de a incapacidade perdurar mais de trinta dias, não deve declarála de imediato, e sim marcar um retorno da vítima para o trigésimo primeiro dia, para que, nesta nova data, verifique se subsiste a incapacitação.

O exame complementar feito antes do prazo legal não tem valor.

Se a vítima só comparecer após a data exata (31º dia após a agressão), duas hipóteses podem ocorrer: **a)** Se ela já estiver recuperada, o legista não terá como dizer se ela se recuperou antes ou depois do prazo legal, não bastando as palavras da vítima.

Assim, se ela não comparece para fazer o exame complementar na data inicialmente agendada e, por isso, o delegado que preside o inquérito designa nova data fazendo com que o exame só aconteça, por exemplo, noventa dias depois da agressão, e, em tal oportunidade, a vítima já estiver recuperada, o laudo não poderá dizer que a lesão foi grave.

b) Se ainda estiver incapacitada, a perícia deve concluir que a lesão é grave.

Ex.: vítima que, após seis meses da data da agressão, comparece para exame complementar e ainda está incapacitada.

O art. 168, § 3º, do Código de Processo Penal, dispõe que "a falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal".

Nos termos do que foi acima exposto: *"Sendo prematuro o laudo de exame complementar de sanidade, por ter sido oferecido antes dos 30 dias a que se refere o art. 129, § 1º, I, do CP, ao capitular a lesão como grave, ineficaz deve ser havido para o fim do art. 168, § 2º, do CPP"* (TJSP — Rel. Cunha Camargo — *RT* 587/292);

"*Sendo processado o agente por lesão corporal de natureza grave, e não realizado exame complementar na forma prevista no § 2º do art. 168 do Código de Processo Penal, impõe-se a desclassificação para lesão corporal leve, se a acusação não* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 180

11/4/2011 17:24:18

I Dos Crimes Contra a Pessoa

181

pro duziu prova testemunhal bastante da incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, sendo insuficiente a só afirmação da vítima nesse sentido" (TJSP — Rel. Luiz Pantaleão — *RJTJSP* 146/287); "*Embora realizado muito tempo depois o exame complementar, é de se ponderar que o que pretende a lei penal é que se estabeleça o nexo causal entre a conduta delituosa e o resultado; e isto fi cou patente nos autos eis que a vítima, por ocasião do referido exame, ainda deambu-lava com auxílio de muletas*" (TJSP — Rel. Sinézio de Souza — *RJTJSP* 131/484);

"*Realizado o exame complementar de sanidade depois de decorrido o trintídio da agressão e achando-se a vítima, a esse tempo, já curada, não há falar em incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, impondo-se, por isso, a desclassificação para lesão leve"* (TJSP — Rel. Cunha Camargo — *RT* 574/347).

• Ocupações habituais ilícitas e imorais

A atividade que a vítima ficou impossibilitada de realizar deve ser **lícita**, pouco importando se é ou não moral. Assim, a lesão é grave quando incapacita uma prostituta de exercer suas atividades, já que a prostituição em si não é crime. Nesse sentido: "*A meretriz exerce atividade imoral, mas não ilícita. Pode, pois, ser vítima de lesão grave, que lhe acarrete incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias*" (Tacrim-SP — Rel. João Guzzo — *RT* 449/425).

Por outro lado, se uma lesão incapacita um ladrão de empunhar sua arma em roubos que usualmente comete, não há que falar em lesão grave por esta consequência nele gerada.

• Desnecessidade da intenção de criar a incapacitação

A qualificadora em análise existe, quer o agente tenha tido a específica intenção de gerar a incapacitação, quer tenha sido ela decorrência culposa do ato agressivo.

Em outras palavras, a lesão grave em tela pode ou não ser preterdolosa.

Art. 129, § 1º, II — Se resulta perigo de vida.

• Natureza do perigo e sua demonstração

Perigo de vida é a possibilidade **grave** e **imediata** de morte. Deve ser um perigo efetivo, concreto, comprovado por perícia médica, devendo o legista **especificar** exatamente **em que consistiu o perigo** sofrido. Não basta, portanto, que o médico perito diga que houve perigo de vida; ele deve descrever precisamente em que consistiu. Ex.: grande perda de sangue que provocou choque, ferimento em órgão vital, necessi dade de cirurgia de emergência etc. A falta dessa descrição é a maior causa de desclassificações para crime de lesão leve. Assim, quando um promotor de justiça recebe um inquérito em que o laudo diz que houve perigo de vida, mas não detalha em que ele consistiu, deve requerer a devolução dos autos ao perito para que o laudo seja complementado a fim de esclarecer exatamente por que a vítima quase morreu.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 181

11/4/2011 17:24:18

Nesse sentido: "*A simples afirmativa de laudo pericial quanto à existência de perigo de vida não basta à Justiça, cabendo ao experto apontar os sintomas verificados no examinando e a respectiva sequela natural, sem jamais sobrepor-se através de conclusão imotivada ao prudente arbítrio do julgador*" (Tacrim-SP — Rel.

Ferreira Leite — *Jutacrim* 37/42); "*Para a configuração da qualificadora do perigo de vida é necessário que o laudo técnico não seja genérico e que traga em seu bojo descrição convincente de sua ocorrência*" (TJSC — Rel. Márcio Batista — *RT*

638/324); *"a simples referência à laparotomia não basta para o reconhecimento de perigo de vida, sendo necessário que se mencione em que consistiu tal perigo. Nesse sentido a doutrina e a jurisprudência"* (Tacrim-SP — Rel. Oliveira e Costa — *Jutacrim* 37/211).

• Perigo decorrente da sede das lesões e não do fato em si

O perigo de vida a que a lei se refere na figura qualificada da lesão corporal é aquele que decorre da gravidade das lesões, apuráveis mediante perícia médica, e não aquele que decorre do fato em si. Dessa forma, se um soco causa um pequeno corte na boca da vítima (lesão leve), mas, em razão do impacto, a vítima dá um passo para trás e quase é atropelada por um ônibus que passa pelo local, a lesão não é considerada grave pelo perigo de vida.

• Hipótese exclusivamente preterdolosa

O laudo pericial concluindo pela existência de perigo de vida é apenas a constatação da consequência do ato agressivo. A natureza efetiva da infração penal deverá ser analisada sob o prisma do dolo do agente. Com efeito, se ficar evidenciada a intenção de matar e que o agente, ao executar o crime de homicídio, não conseguiu provocar a morte, mas causou perigo de vida, deve responder por tentativa de homicídio. O local onde desferidos os golpes e a sua quantidade são fatores decisivos na análise do dolo. Evidente que um tiro na cabeça que provoque perda de massa encefálica constitui crime de tentativa de homicídio se a vítima não morrer. Em outras palavras, é comum na tentativa de homicídio a existência de laudo declarando a ocorrência de perigo de vida, sendo certo ainda que tal laudo é importante no que diz respeito à fixação da pena, pois, como a vítima quase morreu, a redução referente à tentativa deve se dar em seu grau mínimo (um terço).

Assim, para que seja reconhecido o crime de **lesão grave pelo perigo de vida**, é necessário que haja laudo pericial declarando a existência do perigo e que, no caso concreto, se conclua que o agente não quis matar a vítima. Em outras palavras, referida modalidade de lesão grave **é exclusivamente preterdolosa**, exigindo dolo de lesionar e culpa em relação ao perigo de vida.

Art. 129, § 1º, III — Se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função.

• Debilidade

É sinônimo de **redução** ou **enfraquecimento** na capacidade de utilização do membro, sentido ou função, que, todavia, mantém em parte sua capacidade funcional. Se houver perda ou inutilização de membro, sentido ou função, a lesão será considerada gravíssima. Assim, a agressão que faz com que a vítima passe, permanentemente, a andar mancando, constitui lesão grave, mas a que a faz ficar paraplégica é lesão gravíssima.

• Caráter permanente da debilidade

É necessário que haja um prognóstico médico no sentido de que a debilidade é irreversível. Quando, por exemplo, alguém tem um dedo extirpado pelo agressor, é evidente que o médico tem condições de dizer que a debilidade é permanente, na medida em que, não tendo o dedo sido reimplantado de imediato, a vítima ficará para sempre sem referida parte do corpo.

• Membros

São os braços e as pernas.

Agressões que provoquem, como já mencionado, a perda de um dedo ou a diminuição na mobilidade de um braço ou uma perna, desde que permanentes, configuram a lesão grave. Certas fraturas ósseas ou rompimentos de ligamentos ou tendões podem também fazer com que a vítima fique, para sempre, com menos força nos braços ou pernas, ou que passe a andar mancando de uma perna ou que só consiga caminhar com auxílio de muletas. Nessas hipóteses a lesão também é considerada grave.

Nos termos acima mencionados: "*A perda de parte de um dedo — amputação do segundo dedo da mão direita, entre a falange e a falanginha — caracteriza a qualificadora do inc. III do § 1º, do art. 129 do CP*" (TJRS — Rel. Gilberto Correa —

RTJE 44/292); "*A perda de um dedo da mão não caracteriza perda ou inutilização de membro, sentido ou função. A jurisprudência tem-se inclinado no sentido de que mesmo a perda de um olho, de uma orelha, de um rim etc, mantido o outro órgão íntegro, não abolida a função, constitui lesão grave e não gravíssima"* (TJSP — Rel.

Ângelo Galluci — *RT* 591/309); "*Afetado o membro inferior da vítima de golpe traumático por constrangedor passo claudicante, por tempo indeterminado, é de se reconhecer a qualificadora correlata da debilidade da função da marcha*" (Tacrim-SP

— Rel. Azevedo Júnior — *Jutacrim* 20/153).

• Sentidos

São os mecanismos sensoriais por meio dos quais percebemos o mundo exterior. São o tato, olfato, paladar, visão e audição. Estes dois últimos são os mais comumente afetados por agressões. Configuram a lesão grave situações em que a vítima continua a enxergar ou ouvir, mas com uma redução de 20% ou 30%, por exemplo, na respectiva capacidade. Ademais, embora existam algumas vozes divergentes, tem prevalecido o entendimento de que a provocação de cegueira completa 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 183

11/4/2011 17:24:18

em um só olho ou surdez total em um só ouvido, mantido intacto o outro órgão, constitui mera debilidade da visão ou audição (lesão grave), porque a vítima continua podendo enxergar ou ouvir, não havendo, em tais casos, perda ou inutilização do sentido, que configuraria lesão gravíssima. Nesse sentido: "*A lesão de um olho, de um ouvido, de um testículo, de um ovário, de um rim, mantido o outro íntegro, debi-litada, mas não abolida da função respectiva, deve ser catalogada, não como gravíssima, mas sim grave*" (Tacrim-SP — Rel. Costa Mendes — *Jutacrim* 43/236); "*A ablação ou inutilização de um dos elementos componentes de determinada função ou sentido, como ocorre em relação àqueles que se apoiam em órgãos duplos, acarreta tão só a diminuição funcional do organismo e não sua perda. Isso ocorre, por exemplo, em relação ao sentido*

da visão, quando se vem a inutilizar um dos órgãos em que aquela se situa" (Tacrim-SP — Rel. Valentim Silva — *RT* 536/341).

• Funções

Dizem respeito ao funcionamento de um sistema ou aparelho do corpo humano.

Exs.: função reprodutora, mastigatória, excretora, circulatória, respiratória etc. Assim, agressões que provoquem dificuldade permanente para a vítima respirar ou que lhe causem perene aumento de pressão sanguínea constituem lesão grave. Igualmente, a perda de um testículo, que diminui a capacidade reprodutora, caracteriza a qualificadora em estudo.

Atos agressivos que provoquem a perda de um ou alguns dentes podem configurar debilidade da função mastigatória se assim entenderem os peritos em face dos dentes que foram perdidos: "*A perda de quatro dentes e ossos do maxilar acarreta, obrigatoriamente, uma permanente debilidade da função mastigatória*" (Tacrim-SP — Rel.

Prestes Barra — *RT* 418/279); "*Para que se configure a gravidade da lesão, resultante da perda de um dente, precisam os peritos justificar quantum satis a conclusão de que ela acarretou debilidade permanente da função mastigatória*" (TJSP — Rel.

Cunha Camargo — *RT* 612/317); "*O fato de ter a vítima implantado uma 'ponte' no lugar dos dentes perdidos na agressão que sofreu é irrelevante para fins de tipificação penal da infração. Ninguém está obrigado a usar dentes postiços ou disfarces para favorecer a sorte de seu ofensor*" (TJSP — Rel. Denser de Sá — *RT* 593/339).

Art. 129, § 1º, IV — Se resulta aceleração do parto.

O que se exige, em verdade, é que a agressão perpetrada provoque um nascimento prematuro, uma antecipação do parto. Premissa desta qualificadora é que o feto seja expulso com vida e sobreviva, pois a agressão que causa aborto (morte do feto) constitui lesão gravíssima (art. 129, § 2º, V).

A tipificação desta figura pressupõe que o agente **saiba** da gravidez, pois, caso contrário, haveria responsabilidade objetiva. Ademais, tratase de modalidade estritamente preterdolosa, em que o agente tem apenas dolo de lesionar e,

culposamente, causa o nascimento prematuro. Com efeito, se o agente tivesse intenção de provocar o aborto e causasse nascimento prematuro, responderia por crime mais grave — tentativa de aborto sem o consentimento da gestante.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 184

11/4/2011 17:24:18

Importante o seguinte julgado: "*Se o agente ignora a gravidez da vítima, não se lhe pode imputar a crime de lesão grave se de sua ação delituosa resultar acelera-*

ção do parto, nem o delito de lesão gravíssima se resultar aborto" (Tacrim-SP —

Rel. Silva Leme — *Jutacrim* 10/249).

1.2.1.3. Lesões corporais gravíssimas

Importante mencionar, inicialmente, que essa denominação não consta expressamente do Código Penal. A rubrica "lesão grave" engloba os §§ 1º e 2º do art. 129.

Todavia, como as hipóteses do § 2º possuem pena maior do que as do parágrafo anterior, convencionou-se, doutrinariamente, chamá-las de lesões gravíssimas, para estabelecer uma distinção.

É possível que o laudo pericial aponte, concomitantemente, a existência de lesão grave e também de lesão gravíssima. Ex.: que a amputação de um braço, além de caracterizar lesão gravíssima pela perda de membro, causou também perigo de vida à vítima pelo extenso sangramento provocado (lesão grave). Nesses casos, o réu responde por crime único, aplicando-se a qualificadora de maior pena — lesão gravíssima.

Art. 129, § 2º, I — Se resulta incapacidade permanente para o trabalho.

Tendo em vista o texto legal referir-se à palavra “trabalho”, sem fazer qualquer tipo de ressalva, conclui-se que a incapacitação que torna gravíssima a lesão corporal é aquela que impede a vítima de exercer o trabalho em geral. Exigese, portanto, a incapacitação genérica e não específica em relação ao trabalho antes exercido pela vítima. Assim, se alguém ganhava a vida como guitarrista profissional e a agressão lhe causou diminuição na agilidade de uma das mãos, impossibilitando-o de continuar na profissão de músico, mas a perícia constata que ele pode exercer diversas outras funções: advogado, ator, vendedor, motorista etc., a lesão não será considerada gravíssima, mas meramente grave (incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias — tocar guitarra era uma ocupação habitual). Júlio Fabbrini Mirabete71 critica tal entendimento, que é praticamente pacífico, sustentando que a exigência da incapacitação genérica torna difícil a aplicação deste dispositivo, pois “*sempre restará à vítima possibilidade de vender bilhetes de loteria*”. Em verdade, todavia, existem critérios médicos previamente determinados para se definir que alguém está incapacitado para o trabalho, não sendo tão raro o seu reconhecimento. Basta ver a quantidade considerável de pessoas que obtém aposentadoria por invalidez para o trabalho e que não passaram a ter vida vegetativa.

Art. 129, § 2º, II — Se resulta enfermidade incurável.

71 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 112.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 185

11/4/2011 17:24:19

É a alteração permanente da saúde da vítima por processo patológico, a transmissão intencional de uma doença para a qual não existe cura no estágio atual da medicina.

Exige-se a existência de afirmação pericial no sentido de que a medicina não dispõe de meios para reverter o quadro e eliminar a doença instalada no corpo da vítima.

• **Transmissão de AIDS**

É polêmico o enquadramento daquele que, intencionalmente, transmite AIDS a outra pessoa, por meio de relação sexual ou outro qualquer.

Quando referida síndrome imunológica tornou-se conhecida, há poucas décadas, levava inexoravelmente à morte, o que, aliás, dava-se muito rapidamente. Por isso, as primeiras manifestações jurídicas em torno da transmissão de AIDS apontavam sempre no sentido do crime de homicídio. Todavia, com o avanço das pesquisas em torno de referida doença, foram desenvolvidos diversos medicamentos que, utili zados em conjunto, têm o poder de evitar a instalação das doenças oportunistas, verdadeiras provocadoras da morte. Em razão disso, passou a se questionar se a AIDS ainda é fatal para os soropositivos. Para alguns, a resposta é afirmativa, e os medi camentos constituem a circunstância alheia à vontade do agente, que impede a consumação do homicídio, devendo o agente responder por tentativa de tal crime. Para outros, a existência dos "coquetéis" de medicamentos, por evitarem o resultado morte na maioria dos casos, impedem o enquadramento como homicídio ten tado, devendo o agente responder por lesão corporal gravíssima pela transmissão de molés tia incurável, pois, embora possa ser controlada, a AIDS ainda não tem cura. Nesse sentido o dizer de Júlio Fabbrini Mirabete:72 "*A transmissão da AIDS, pelo coito ou transfusão, enquanto não ocorre a morte da vítima, é crime de lesão corporal grave (gravíssima em verdade), que pode ser integrado por dolo direto ou eventual*".

Art. 129, § 2º, III — Se resulta perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

• Membros

A **perda** de membro pode se dar por mutilação ou amputação. Em ambos os casos, haverá lesão gravíssima. A **mutilação** é decorrência imediata da ação criminosa, em que o próprio agente extirpa uma parte do corpo da vítima. Ex.: com um facão ou foice corta o braço dela. A **amputação** decorre de intervenção cirúrgica imposta pela necessidade de salvar a vítima da agressão ou impedir consequências mais graves. O autor do golpe responde pela lesão gravíssima desde que haja nexo causal entre a necessidade de amputação e o ato agressivo por ele perpetrado. Ex.: uma facada na perna que provoca gangrena e a necessidade de amputação dela.

72 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 113.

A **inutilização** de membro pressupõe que ele permaneça, ainda que parcialmente, ligado ao corpo da vítima, mas incapacitado de realizar suas atividades próprias.

Ocorre, por exemplo, quando a vítima fica paraplégica ou perde por completo o movimento dos braços.

A extirpação de um **dedo** constitui lesão grave (debilidade permanente), exceto se for o **polegar**, em que a doutrina aponta tratar-se de lesão gravíssima por ficar a vítima impossibilitada de pegar e segurar objetos. A extirpação da **mão** constitui **inu tilização** de membro, e a do **braço** todo constitui **perda** de membro. Provocar paralisia completa de braço ou perna é **inutilização** de membro, enquanto provocar diminuição de sua força ou mobilidade caracteriza lesão grave.

A utilização de próteses (de mão, de braço) não exclui o crime em análise. Já o reimplante imediato, desde que a vítima tenha os movimentos recompostos, implica desclassificação para modalidade mais branda do delito.

• Sentidos

Já foi estudado que, em caso de cegueira em um só olho ou surdez em um só ouvido, há lesão grave, porque a vítima continua podendo ver e ouvir, não tendo ha vido perda ou inutilização de quaisquer desses sentidos. Por isso, ocorre perda da visão ou audição quando a vítima fica totalmente cega ou surda, e inutilização quando lhe resta tão pouca capacidade, que só consegue enxergar vultos disformes ou sombras, ou só consegue ouvir sons distorcidos sem poder compreendêlos.

• Função

Existem algumas funções que são vitais, como a respiratória e a circulatória. Em

relação a estas, não há que falar em lesão gravíssima por perda ou inutilização, porque, em tais casos, a consequência é a morte. Por isso, é a função reprodutora que normalmente é atingida nesta forma de lesão gravíssima. Ex.: agressão em que a vítima perde os testículos ou ovários.

A extirpação do pênis também é exemplo de lesão gravíssima — perda de fun

ção sexual e reprodutora.

Como a integridade corporal, no que diz respeito àquelas de natureza grave, constitui bem indisponível, alguns médicos chegaram a responder processo criminal por terem realizado vasectomia ou ligadura de trompas, ainda que com a autorização do paciente. Tais procedimentos de esterilização cirúrgica, todavia, estão atualmente regulamentados pela Lei n. 9.263/96, e, desde que haja autorização do paciente, não configuram crime.

Também no caso de cirurgia transexual, com ablação do pênis, entende-se que não há crime se fica plenamente demonstrado que a pessoa tinha todas as características psicológicas do sexo feminino — via-se e comportava-se como mulher — de tal forma que a cirurgia somente lhe trouxe benefícios. Considerando que dano à integridade corporal, por definição, é a alteração anatômica prejudicial ao corpo humano, conclui-se que não há dolo de lesionar, mas sim intenção de reduzir o sofrimento físico e mental do paciente e, assim, não há crime. Nesse sentido: "*Não age* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 187

11/4/2011 17:24:19

dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada por lei, nem mesmo pelo Código de Ética Médica" (Tacrim-SP — Rel. Denser de Sá — *RT* 545/355).

Art. 129, § 2º, IV — Se resulta deformidade permanente.

A configuração desta qualificadora pressupõe os seguintes requisitos: a) que se

trate de dano estético; b) que o dano seja de certa monta; c) que seja permanente; d) que seja visível; e) que seja capaz de provocar impressão vexatória.

• Dano estético

É sinônimo de perda de beleza pela marca deixada no corpo da vítima em decorrência do ato agressivo. Os casos mais comuns são o de cortes profundos que deixam fortes cicatrizes, queimaduras com água fervente ou ácido, arrancamento do globo ocular, da orelha ou parte desta, fratura nos ossos da face etc. Veja-se "*Arrancamento, com dentada, de parte do pavilhão auricular do ofendido, caracteriza deformidade permanente por ensejar à vítima um dano estético visível e irreparável"* (Tacrim-SP — Rel. Camargo Aranha — *Jutacrim* 59/161).

A doutrina toda costuma ressaltar que a análise deve ser feita de acordo com a vítima, pois é diferente a cicatriz provocada no belo rosto de uma mulher jovem e a mesma cicatriz no rosto de um homem idoso. *Data venia*, caso a marca no corpo de quaisquer delas possa ser vista por outras pessoas, a lesão será considerada gravíssima, não sendo mais admissível esse tipo de diferenciação, posto que a Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei. Nesse sentido: "*Para se caracte ri zar deformidade permanente não se exige tratar-se de verdadeiro aleijão, nem tampouco de aparência horripilante. Assim, é de se reconhecer a qualifica -*

do ra se apresentar o ofendido gilvaz visível no rosto, de 10 centímetros, de aspecto desagradável para qualquer pessoa. Longe vai o tempo em que a cicatriz na face constitui para o homem motivo de orgulho" (Tacrim-SP — Rel. Valentim Silva —

Jutacrim 20/70).

O ato de lançar ácido na vítima para lhe causar queimaduras é conhecido co -

mo crime de vitriolagem: "*A vitriolagem, caso raro nos dias atuais, é crime perpetrado mediante arremesso de ácido sulfúrico contra a vítima, com o objetivo de lhe causar lesões corporais deformantes da pele e dos tecidos subjacentes, inserindo-se, pois, no art. 129, § 2º, IV, do CP"* (TJSP — Rel. Andrade Junqueira — *RT*

563/323).

É altamente recomendável à acusação a anexação de fotografia da vítima e da lesão, pois, em caso de recurso da defesa em que se questione a existência do dano estético e sua extensão, os integrantes do Tribunal não terão contato pessoal com a vítima, o que só ocorre com o juiz de 1ª instância.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 188

11/4/2011 17:24:19

• De certa monta

O requisito aqui analisado refere-se à necessidade de que o dano estético tenha certa proporção, a ponto de provocar razoável diminuição de beleza, pois não é justificável considerar como gravíssima uma lesão em que reste uma cicatriz de meio centímetro no braço da vítima, ainda que seja ela permanente. "*O dano estético precisa ser de vulto, proporcional à gravidade da pena. Deve constituir incômodo permanente, vexame constante para o ofendido. A simples linha cicatricial, p. ex., ainda que no rosto, não é dano estético suficiente para caracterizar a lesão corporal*" (gravíssima) (TJSP — Rel. Denser de Sá — *RT* 595/349). O julgado se refere a uma cicatriz muito suave (branda).

• Permanente

É o dano que não desaparece pelo passar do tempo, pelo simples poder de recomposição do organismo humano.

A possibilidade de correção, exclusivamente por meio de cirurgia plástica, não afasta a qualificadora, caso a vítima não a realize, já que ninguém é obrigado a submeter-se a procedimento cirúrgico. É praticamente pacífico, todavia, o entendimento de que, se a vítima fizer a plástica, e **houver total correção**, com o desaparecimento do dano estético, o crime deve ser desclassificado. Esse o entendimento de Damásio de Jesus,73 Júlio Fabbrini Mirabete74 e Fernando Capez.75 Estamos com Flávio Monteiro de Barros76 quando, embora reconheça a prevalência do já mencionado entendimento doutrinário, critica tal posicionamento "*que consagra a vingança privada, deixando ao alvedrio da vítima a decisão de fazer ou não incidir a qualificadora*".

Veja-se o seguinte julgado: "*Se a vítima de deformidade, voluntariamente e com êxito, submeteu-se a uma cirurgia reparadora, para figura menos grave, em certas circunstâncias, a sanção do réu poderá ser desclassificada*" (Tacrim-SP — Rel.

Azevedo Franceschini — *Jutacrim* 11/74).

• **Visível**

A necessidade de que o dano estético seja visível, nos dias de hoje, não restringe praticamente em nada o alcance desta qualificadora, pois consideram-se visíveis todas as partes do corpo que possam ser vistas quando a pessoa estiver com roupa de banho e estas, atualmente, são consideravelmente pequenas. Não haverá a qualificadora, por exemplo, se a cicatriz localizar-se na sola do pé ou no couro cabeludo e seja coberta pelos fios de cabelo. Nota-se, pois, que **não** são apenas as marcas deixadas no rosto ou no pescoço que configuram a lesão gravíssima.

73 Damásio de Jesus, *Direito penal,* v. 2, p. 143.

74 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 114.

75 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 2, p. 142.

76 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa,* p. 104.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 189

11/4/2011 17:24:19

Assim: "*o dano estético representado pela falta de um olho configura-se incontestavelmente numa deformidade permanente, que, obviamente não fica descaracte-rizada pela dissimulação de um olho de vidro"* (Tacrim-SP — Rel. Xavier Homrich

— *RT* 480/346); "*Não se pode exigir que a vítima procure encobrir, com*

artifícios ou indumentária adequada, as queimaduras que lhe provocaram dano estético irreparável e permanente, no pescoço, no tórax e na região abdominal, causando impressão vexatória" (Tacrim-SP — Rel. Nigro Conceição — *RT* 522/397).

• Capaz de provocar impressão vexatória

A lesão só será considerada gravíssima se a deformidade causar má impressão nas pessoas que olham para a vítima, de tal modo que esta se sinta incomodada em expor tal parte do seu corpo. Em outras palavras, a deformidade deve ser considerada feia, antiestética pelas pessoas em geral, não sendo, contudo, exigido que a vítima tenha se tornado uma monstruosidade. Assim: "*o conceito de deformidade repousa na estética, somente ocorrendo quando a lesão cause uma impressão, senão de repugnância ou de mal-estar, pelo menos de desgosto ou desagrado. Assim, o simples gilvaz não importa, por si mesmo, necessariamente, na graveza da lesão"* (Tacrim-SP — Rel. Galvão Coelho — *Jutacrim* 42/231);

Art. 129, § 2º, V — Se resulta aborto.

O aborto deve ter sido consequência culposa do ato agressivo. Com efeito, a lesão gravíssima em análise é **exclusivamente preterdolosa**, pressupondo dolo na lesão e culpa no aborto, na medida em que, se o agente atua com dolo em relação à provocação do aborto, responde por crime mais grave, de aborto sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP).

O agente deve saber que a vítima está grávida para que não ocorra punição decorrente de responsabilidade objetiva.

Vejam-se os seguintes julgados: "*Para a configuração do delito previsto no art.*

129, § 2º, V, do CP, é indispensável que o agente tenha conhecimento da gravidez da vítima ou que sua ignorância quanto a ela seja inescusável" (TJSP — Rel. Cunha Camargo — *RT* 556/317); "*Indispensável ao reconhecimento do delito do art. 129,*

§ 2º, V, do CP, é a existência de laudo médico-pericial que estabeleça nexo causal entre as lesões sofridas pela vítima e o abortamento" (Tacrim-SP — Rel. Baptista Garcia — *Jutacrim* 49/278);

"*Deve responder pelo delito de lesões corporais dolosas, qualificado pelo resultado, e não por simples culpa, o agente que, pretendendo agarrar a vítima para relações sexuais, embora adiantado o seu estado de gravidez, faz com que ela ao repeli-lo, bata o ventre na quina de uma mesa, provocando com isso o aborto*" (Tacrim-SP — Rel. Geraldo Gomes — *RT* 463/355).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 190

11/4/2011 17:24:19

• Distinção entre hipóteses que envolvem lesão grave e aborto Dolo

Culpa

Lesão

na lesão

no aborto

gravíssima

Aborto

Dolo

Culpa na lesão

agravado

no aborto

grave

(art. 127)

1.2.1.4. Lesões corporais seguidas de morte

Art. 129, § 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 quatro a dez anos.

Trata-se de modalidade criminosa **exclusivamente preterdolosa**, em que o agente quer apenas lesionar a vítima, mas acaba, culposamente, causando sua morte. Ex.: uma facada na perna que atinge a artéria femural na região da coxa e, em face do extenso sangramento, a vítima morre de hemorragia.

Se o agente comete **vias de fato** — ato agressivo sem intenção de lesionar

— e disso decorre a morte da vítima — o agente responde apenas por **homicídio culposo**. É o que ocorre quando alguém dá um empurrão na vítima e esta acaba se desequilibrando e caindo de cabeça no chão, sofrendo, com isso, traumatismo craniano.

O crime de lesão seguida de morte pressupõe, portanto, que haja prova de que o agente queria lesionar a vítima e que, em nenhum momento, ele quis ou assumiu o risco de causar sua morte, provocando-a por mera culpa. É que, se ficar demonstrada a existência de dolo, direto ou eventual, em relação ao resultado morte, estará caracterizado homicídio doloso.

O crime em estudo é híbrido (dolo na lesão e culpa na morte), não se confundindo com o instituto da **progressão criminosa** no homicídio. Nesta, o agente inicia uma agressão querendo apenas lesionar a vítima, mas, durante a agressão, muda de ideia e, no mesmo contexto fático, dolosamente mata. Nesse caso, ele responde apenas por homicídio, que absorve o delito anterior de lesões corporais.

As lesões seguidas de morte, por serem crime exclusivamente preterdoloso, são incompatíveis com a figura da tentativa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 191

11/4/2011 17:24:19

Sobre a lesão seguida de morte, vejamse os seguintes julgados: "*A diferença entre a lesão corporal seguida de morte e o homicídio culposo está em que, na primeira, o antecedente é um delito doloso e, no segundo, um fato penalmente indiferente, ou, quando muito, contravencional. Assim, se a morte for consequência de simples vias de fato (empurrão que causa queda da vítima e a lesão mortal), haverá homicídio culposo*" (RJSP — Rel. Jarbas Mazzoni — *RT* 599/322); "*Não se pode negar a relação de causalidade existente entre o ato do acusado, que empurra a vítima embriagada e causa a sua queda ao solo, com fratura de crânio, vindo a falecer dias depois. Contudo, se não teve aquele a intenção de agredi-la ou de feri-la, somente poderia responder por homicídio culposo e não pelo delito preterinten -*

cional previsto no art. 129, § 3º, do CP" (TJSP — Rel. Geraldo Gomes — *RT*

582/304); "*Não é possível identificar-se delito meramente culposo na ação de quem, em incidente ocorrido em jogo de futebol, vendo o adversário caído, desfere-lhe violento pontapé na cabeça, fraturando-a e provocando a sua morte*" (Tacrim-SP

— Rel. Cunha Bueno — *RT* 502/279); "*Não é possível negar-se que, na lesão corporal seguida de morte, a ação do agente (em sentido amplo) é dolosa; quem feriu quis ferir; o resultado é que escapa à vontade do agente; foi além do que ele quis, mas lhe é atribuível pela previsibilidade, e, portanto, há culpa em sentido estrito.*

Trata-se, pois, de delito doloso e culposo, há dolo no antecedente e culpa no consequente" (*RT* 375/165).

• Quadro comparativo entre as lesões corporais qualificadas exclusivamente preterdolosas e as que podem ou não se revestir de tal característica
EXCLUSIVAMENTE PRETERDOLOSAS

PODEM OU NÃO SER PRETERDOLOSAS

• Lesão grave decorrente do perigo de vida;

• Lesão grave pela incapacidade para as ocupações

• Lesão grave decorrente de aceleração do parto;

habituais por mais de 30 dias;

• Lesão gravíssima pela provocação de aborto;

• Lesão grave pela debilidade permanente de mem

• Lesão seguida de morte.

bro, sentido ou função;

• Lesão gravíssima pela incapacidade permanente

pa ra o trabalho;

• Lesão gravíssima pela transmissão de moléstia

incurável;

• Lesão gravíssima pela perda ou inutilização de

mem bro, sentido ou função;

• Lesão gravíssima pela deformidade permanente.

1.2.1.5. Lesão corporal privilegiada

Art. 129, § 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.

Trata-se de instituto idêntico ao do art. 121, § 1º, do Código Penal, razão pela qual aplicam-se às lesões privilegiadas as regras já estudadas em relação ao homicídio 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 192

11/4/2011 17:24:19

privilegiado. A sua incidência, se presentes os requisitos legais, é direito

subjetivo do réu.

O privilégio é aplicável a todas as formas de lesão dolosa — leve, grave, gravíssima e seguida de morte — mas não incide sobre a lesão culposa.

1.2.1.6. Substituição da pena da lesão leve

Art. 129, § 5º — O Juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção por multa:

I — se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior.

II — se as lesões são recíprocas.

• Lesões leves privilegiadas

Verifica-se que o juiz tem duas opções quando se trata de lesão **leve** privilegiada: pode reduzir a pena de um sexto a um terço fundado no § 4º, ou substituir a pena por multa com base no § 5º.

• Lesões leves e recíprocas

Premissa para a aplicação do presente dispositivo é que duas pessoas tenham cometido crime de lesão corporal leve, uma contra a outra. Isso não ocorre, por exemplo, quando se prova que uma delas tomou a iniciativa da agressão e que a outra, ao se defender, acabou causando também lesão leve na primeira. Nesse caso, só há crime de lesão corporal por parte de quem iniciou a agressão, estando o outro em legítima defesa. É comum, também, que ambos os envolvidos atribuam ao outro o início das agressões, sustentando que agiram em legítima defesa, e a prova colhida não seja suficiente para sanar a dúvida, hipótese em que ambos deverão ser absolvidos.

O instituto da substituição da pena, assim, terá vez, por exemplo, se uma pessoa agredir outra no início de um baile e, após cessada a agressão, a vítima, ao término do evento, for à desforra e agredir o primeiro, em situação em que não pode mais alegar legítima defesa. Nesse caso, os dois cometeram crimes de lesões corporais leves, e ambos podem ter a pena substituída por multa.

Haverá também reconhecimento de crimes por parte de ambos quando os dois partirem, concomitantemente, para a agressão, um contra o outro, tal como

ocorre quando se soltam dois cães bravios próximos um do outro.

Sobre o assunto: "*Para se caracterizar a responsabilidade penal, nas lesões corporais dolosas, em caso de briga, com agressões mútuas, é fundamental que a prova esclareça quem foi o iniciador, o provocador da contenda. Se este ponto não ficou claro, deve-se absolver ambos os litigantes*" (Tacrim-SP — Rel. Pedro Gagliar-di — *RT* 692/285); "*Se ambos os acusados alegam que se limitaram a defender-se de agressão iniciada pelo outro e a prova é contraditória a esse respeito, é de se absolver ambos, por falta de elementos precisos para se fundamentar a condenação*" (Tacrim-SP — Rel. Ferreira Leite — *Jutacrim* 22/97); "*Tratando-se de entre ve ro de* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 193

11/4/2011 17:24:19

mútua iniciativa em que os briguentos se desafiam e buscam, cada qual, desforra em razão de alterações anteriores, devem ambos ser responsabilizados pelas consequências reciprocamente causadas" (Tacrim-SP — Rel. Camargo Sampaio — *Jutacrim* 32/184); "*Partindo réu e vítima para recíproca agressão após mú tua aceitação do entrevero, impõe-se a dupla responsabilização pelas consequên cias do desforço físi-co*" (Tacrim-SP — Rel. Manoel Pedro Pimentel — *Jutacrim* 23/227).

• Possibilidade de substituição por multa prevista na Parte Geral do Código Penal

É certo que o art. 44, § 2º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.704/98, permite a substituição da pena por multa, se a sanção fixada na sentença não superar um ano, o que pode causar a impressão de que o dispositivo em tela (art. 129, § 5º) perdeu o sentido porque a pena máxima da lesão leve é exatamente de um ano. Ocorre que, para o cabimento da substituição prevista na Parte Geral, são necessários diversos requisitos, como, por exemplo, primariedade e bons

antecedentes, que não são exigidos na Parte Especial, restando, assim, aplicáveis os dispositivos.

1.2.1.7. Causas de aumento de pena

Art. 129, § 7º, c.c. art. 121, § 4º — Sendo dolosa a lesão, a pena é aumentada de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos.

Essas causas de aumento são aplicáveis a todas as figuras de lesão corporal dolosa — leve, grave, gravíssima e seguida de morte.

1.2.2. Lesão corporal culposa

Art. 129, § 6º — Se a lesão é culposa:

Pena — detenção, de dois meses a um ano.

O crime de lesões corporais culposas possui a mesma dinâmica do homicí -

dio culposo, diferenciando-se deste apenas em razão do resultado e da respectiva pena.

Ao contrário do que ocorre nas lesões dolosas, na modalidade culposa não há distinção no que tange à gravidade das lesões. A capitulação é sempre no mesmo dispositivo — art. 129, § 6º — e a gravidade da lesão só deve ser levada em consideração pelo juiz na fixação da pena-base (art. 59 do CP).

De acordo com o art. 88 da Lei n. 9.099/95, a ação penal é pública condicio nada à representação. Além disso, a composição acerca dos danos civis, realizada na audiên cia preliminar, no Juizado Especial Criminal, e homologada pelo juiz, implica renúncia ao direito de representação, e gera a extinção da punibilidade do agente.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 194

11/4/2011 17:24:20

Se a lesão culposa for cometida na direção de veículo automotor, estará configurado crime mais grave, descrito no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97).

1.2.2.1. Causas de aumento de pena

Art. 129, § 7º — Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

Assim, haverá acréscimo na pena do autor de uma lesão corporal culposa, se o cri me resultar da inobservância de regra técnica de arte, ofício ou profissão, se o agente deixar de prestar imediato socorro à vítima, não procurar diminuir as consequências de seu ato ou fugir para evitar a prisão em flagrante.

1.2.2.2. Perdão judicial

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

O dispositivo referido é o que trata do perdão judicial no homicídio, de modo que as regras lá estudadas aplicam-se também à lesão culposa.

1.2.3. Violência doméstica

Art. 129, § 9º — Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena — detenção, de três meses a três anos.

Art. 129, § 10 — Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, a pena aumenta-se de um terço.

Art. 129, § 11 — Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Esses dispositivos, criados pela Lei n. 10.886/2004, não constituem tipos penais au -

tônomos, já que não possuem núcleo, isto é, não têm nenhum verbo descrevendo uma conduta típica propriamente dita. Para criar um tipo penal autônomo, não

basta lhe dar um nome — “violência doméstica”, como ocorre no caso em tela. Pela redação dos

§§ 9º e 10, resta claro que, a partir do texto legal aprovado, o legislador quis apenas acrescentar algumas circunstâncias com o intuito de agravar o crime de lesões corporais. Tanto é assim que, como já mencionado, não descreveu uma conduta típica nova, mas sim fez remissão ao crime de lesão corporal, iniciando o § 9º, como a expressão

“se a lesão...”, deixando evidente que, ao acrescentar circunstâncias (crime contra 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 195

11/4/2011 17:24:20

ascendente, descendente, irmão, cônjuge etc.) e prever novos limites de pena, acabou criando, no § 9º, o crime de **lesão corporal dolosa leve qualificada pela violência doméstica**.

A pena da figura qualificada que, originariamente, era de seis meses a um ano, foi alterada pela Lei n. 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), passando a ser de três meses a três anos de detenção. Como a pena máxima passou a ser de três anos, o crime **não mais se enquadra no conceito de infração de menor potencial ofensivo**, restando, assim, inaplicáveis os institutos da Lei n. 9.099/95 referentes às infrações de menor potencial ofensivo. O julgamento, tampouco, será feito no Juizado Especial Criminal.

No § 10 o legislador estabeleceu **causas de aumento de pena** de um terço para os crimes de lesão grave, gravíssima ou seguida de morte, se cometidos contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge etc. Com efeito, o § 10 faz expressa menção aos §§ 1º a 3º

do art. 129, deixando claro que se refere a essas modalidades de lesão corporal, ficando evidenciado, por exclusão, que o § 9º é exclusivo para as lesões de natureza leve.

O § 10, aliás, ajuda a demonstrar que não foram criados tipos penais autônomos,

mas sim circunstâncias que agravam a pena do delito de lesão corporal dolosa, porque, expressamente, diz que as penas aumentam-se de um terço, “se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo”. É sabido que **circunstâncias** são elementos agregados que aumentam a pena e não elementares de um delito.

Em suma, não existe um crime chamado “violência doméstica”, mas crimes de lesão corporal agravados pela violência doméstica, mesmo porque o Capítulo em estudo se chama Das Lesões Corporais.

É possível, ainda, notar, pela leitura de tais parágrafos, que nem sequer é necessário que o fato ocorra no âmbito doméstico para que a pena seja majorada. Com efeito, não consta do texto legal que a pena só será aumentada se o crime contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou contra quem o agente conviva ou tenha convivido, tiver sido praticado dentro de casa. É indiferente, portanto, o local em que a agressão ocorra. Haverá sempre a agravação se a vítima for uma das pes soas enumeradas na lei, tratando-se, contudo, de enumeração taxativa. Apenas nas últimas figuras do dispositivo, ou seja, quando o agente cometer o crime prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, é que se pressupõe que o fato ocorra no ambiente doméstico. A conclusão não pode ser outra, na me dida em que as primeiras figuras estão separadas destas últimas no texto legal pela conjunção alternativa “ou”, de modo que não é necessário, para agravar a pena, que a agressão seja feita pelo agente contra um descendente, prevalencendo-se de relação doméstica, já que a lei diz “contra descendente, ..., ou prevalecendo de relação doméstica”.

Em suma, a rubrica “violência doméstica” não condiz totalmente com o texto legal aprovado.

Tendo em vista que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que trata da violência doméstica ou familiar contra as **mulheres**, ganhou grande repercussão na mídia, é necessário que se esclareça que, embora tenha alterado o montante da pena do crime em análise, não modificou o texto originário, de modo que a vítima das hi-póteses agravadas dos §§ 9º e 10 pode ser homem ou mulher (o filho ou a filha, o pai ou a mãe, o avô ou a avó, o irmão ou a irmã, o marido ou a esposa, o companheiro 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 196

11/4/2011 17:24:20

ou a companheira etc.). A Lei n. 11.340/2006 contém, todavia, outras regras preventivas e repressivas, mais gravosas, para as hipóteses em que a vítima é mulher. É o que ocorre, por exemplo, no art. 41 desta Lei, que veda os benefícios da Lei n.

9.099/95 quando a violência doméstica for contra mulher, de modo que tanto a provocação de lesão leve no pai como na mãe enquadram-se no art. 129, § 9º, do Código Penal, mas, na última hipótese, é incabível a suspensão condicional do processo, enquanto no caso de a vítima ser o pai, mostra-se possível referido benefício, desde que o réu preencha os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Deve-se salientar que não mais podem incidir sobre o crime de lesão corporal as agravantes genéricas do art. 61, II, *e* e *f*, que possuem redação idêntica às hipóteses agora elencadas no § 9º.

Em relação à regra do § 10 é preciso ressalvar que não é rara a agressão contra filho menor de 14 anos que lhe cause lesão grave. Nesse caso, estaríamos diante de duas causas de aumento de pena — a do referido § 10 e aquela prevista no art. 129,

§ 7º (c.c. art. 121, § 4º), que se refere à vítima menor de 14 anos. Nesse caso, todavia, o juiz não poderá aumentar a pena duas vezes, porque o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, dispõe que, quando forem reconhecidas duas causas de aumento de pena, ambas da Parte Especial, o juiz só poderá efetuar um acréscimo. A doutrina entende que a palavra “pode” não é indicativa de mera faculdade do juiz, mas de obri gação de aumentar a pena uma única vez.

O § 11 estabelece que, no caso de lesão **leve** contra ascendente, descendente, ir mão, cônjuge etc., a pena sofrerá, ainda, acréscimo de um terço se a vítima for pessoa portadora de deficiência. O dispositivo abrange a deficiência física e a mental. Não tem, contudo, aplicação sobre o § 10, pois, além de referir-se expressamente ao § 9º, não poderiam ser acumulados dois aumentos, conforme se explicou no pará grafo anterior.

• Ação penal na lesão leve qualificada pela violência doméstica contra

mulher O fato de o art. 41 da Lei Maria da Penha estabelecer que os dispositivos da Lei n. 9.099/95 não se aplicam aos crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra mulher fez surgir controvérsia em torno de a ação penal, para apurar o crime de lesão leve em tais casos, ser condicionada à representação ou incondicionada, uma vez que a regra que estabelece ser condicionada a ação penal na lesão leve encontra-se no art. 88 da Lei n. 9.099/95.

A primeira corrente diz que, em razão do mencionado art. 41, a ação é incondicionada, tendo sido esta a intenção do legislador a fim de conferir eficácia ao combate a esse tipo de violência, que não pode ficar à mercê da vítima.

A segunda corrente entende que a ação penal continua sendo condicionada à representação porque o art. 16 da própria Lei Maria da Penha regulamenta a forma como a vítima pode renunciar ao direito de representação, de modo que o art. 41

desta Lei restringiria apenas outros institutos da Lei n. 9.099/95. É a opinião, dentre outros, de Damásio de Jesus:77 "*Segundo entendemos, a Lei n. 11.340/2006 não pre-77 Damásio de Jesus, Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006). Disponível em: <http://www.damasio.com.br>*.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 197

11/4/2011 17:24:20

tendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar. Público e incondicionado o procedimento policial e o processo criminal, seu prosseguimento, no caso de a ofendida desejar extinguir os males de certas situações familiares, só viria piorar o ambiente doméstico, impedindo

reconciliações". Entendendo também tratar-se de ação pública condicionada à representação temos a opinião de Cezar Roberto Bitencourt.78

Em nosso entendimento, a ação penal continua condicionada à representação em razão do art. 16 da Lei Maria da Penha, mencionado no parágrafo anterior, e, principalmente, por questão de lógica, pois, não faz sentido exigirmos representação quando o agressor é um vizinho (hipótese que não é de violência doméstica), e não a exigirmos quando o agressor é o filho da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento, proferiu diversas decisões, em suas duas turmas criminais, no sentido de que a ação era pública incondicionada: "*1. Esta corte, interpretando o art. 41 da Lei 11.340/06, que dispõe não serem aplicáveis aos crimes nela previstos a lei dos Juizados Especiais, já resolveu que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com* violência doméstica *e familiar contra a mulher independe de representação. Para esse delito, a ação penal é incondicionada (Resp. 1.050.276/DF, Rel. Min. Jane Silva, DJU*

24.11.08). 2. Se está na Lei 9.099/90, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha afasta a incidência desse diploma despenalizante, inviável a pretensão de aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide desta lei" (STJ — HC 91.540/MS, 5ª Turma, *DJe* 13.04.2009, Min. Napoleão Nunes Maia Filho). No mesmo sentido: "*1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a* violência

no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da Repú-

blica). 2. As famílias que se erigem em meio à violência *não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocu pa-*

ção do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, co mo a Lei Maria da Penha, para tal desiderato. 3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e

cul -

po sa para a propositura da ação penal. 4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006). 5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada" (STJ —

HC 96.992/DF — 6ª Turma — Rel. Jane Silva — *DJU* 23.03.2009).

78 Cezar Roberto Bitencourt, *Boletim IBCrim*, maio/2009, p. 10.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 198

11/4/2011 17:24:20

No ano de 2010, entretanto, ambas as turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça reapreciaram o tema e adotaram o entendimento por nós esposado, no senti do de que a ação penal depende de representação, ainda que se trate de violência doméstica contra mulher: *"1. A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações públicas condicionadas e, dessa forma, a não aplicação da Lei n. 9.099/95, prevista no art. 41 daquela lei, refere-se aos institutos despenalizadores nesta previstos, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. 2. O princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade. 3. A garantia de livre e espontânea manifestação conferida à mulher pelo art. 16, na hipótese de renúncia à representação, que deve ocorrer perante o magistrado e representante do Ministério Público, em audiência especialmente designada para esse fim, justifica uma interpretação restritiva do art. 41 da Lei n. 11.340/06. 4. O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução paras as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a cons cientização, a proteção das vítimas e o*

acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família" (STJ — 5ª Turma — HC 157.416/MT — Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 10.05.2010); "*A ação penal referente ao delito previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, é pública condicionada à representação da vítima. E a representação, nos termos do art. 16 da Lei n. 11.340/06, pode ser retratada somente perante o juiz*" (STJ — 6ª Turma — HC 278.588-8 — Rel. Min. Celso Limongi, *DJe* 15.03.2010).

No mesmo sentido, todos do ano de 2010: HC 154.749, Min. Laurita Vaz; HC 124.106/

MS, Min. Celso Limongi; HC 95.261/DF, Min. Laurita Vaz; HC 91.540/MS, Rel.

Napoleão Nunes Maia Filho; RHC 23.047/GO, Min. Jorge Mussi; RHC 26.072/DF, Min. Félix Fischer; Resp. 1.097.042/DF, Min. Jorge Mussi.

1.2.4. Questões

1. (Magistratura/SP — 171º concurso) Pode-se aceitar configurada a debilidade permanente de membro se, em decorrência da lesão corporal sofrida, a vítima: a) sofre paralisia de um braço.

b) perde um dedo da mão.

c) perde uma das mãos.

d) perde totalmente um dos braços.

Resposta: "b". Nas demais alternativas ocorre lesão gravíssima por perda ou inutilização de membro.

2. (Magistratura/SP — 172º concurso) Se o agente lesiona levemente a vítima, sabendo de seu estado de gravidez, e esta vem a abortar em virtude da ação do réu, o agente responderá por: a) lesões leves.

b) lesões gravíssimas.

c) lesões graves.

d) perigo para a vida ou a saúde de outrem.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 199

11/4/2011 17:24:20

200 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Resposta: "b". A hipótese se enquadra perfeitamente na figura de lesão gravíssima descrita no art. 129, § 2º, V, do Código Penal.

3. (Delegado de Polícia/SP — 2000) Estudando o crime de lesão corporal previsto em nosso Código Penal em suas diversas espécies verifica-se que a classificação em "gravíssima": a) não se encontra nele expressa, sendo uma criação doutrinária.

b) está, juntamente com a de natureza leve e grave, expressa nesse delito.

c) está normalmente expressa nesse delito, mas limitada ao resultado aborto e ao da deformidade permanente.

d) está normalmente expressa nesse delito prevendo outros resultados além do aborto e da deformidade permanente.

Resposta: "a". A expressão lesão "gravíssima" não existe no Código Penal, tendo sido adotada pela doutrina para diferenciála das hipóteses de lesão grave do art. 129, § 1º, do CP, na medida em que as penas são diferentes.

4. (Ministério Público/RS — 40º concurso) Marque a opção correta: a) Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 129 do Código Penal (lesões corporais qualificadas pelo resultado) contêm apenas figuras preterdolosas do crime.

b) Apenas as qualificadoras do perigo de vida, aceleração do parto, morte e aborto são ne cessariamente figuras de crimes preterintencionais; as demais admitem o dolo tanto em relação às lesões corporais, como em relação ao resultado qualificador.

c) Não se admite a tentativa de lesões corporais graves; ou houve o resultado qualificador, ou então haverá lesões leves ou outro crime.

d) As qualificadoras das lesões corporais são de natureza objetiva, com o que, no caso de concurso de agentes, comunicamse sempre entre os partícipes.

e) As causas de diminuição de pena do art. 129, § 4º, do Código Penal, ligadas à motivação ou à violenta emoção do agente, comunicamse ao coautor, e não se aplicam às lesões seguidas de morte.

Resposta: "b". Todas as demais alternativas possuem afirmações erradas.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 200

11/4/2011 17:24:20

III

DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE

1.3. DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE

Dentro da classificação geral dos crimes, há uma que interessa especificamente a este Capítulo:

a) Crimes de **dano**, que são aqueles em que ocorre efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

b) Crimes de **perigo**, que se caracterizam pela mera possibilidade de dano, bastando, portanto, que o bem jurídico tutelado seja exposto a uma situação de risco; já em relação ao dolo, basta que o agente tenha a intenção de expor a vítima a tal situação de perigo.

O perigo pode ser:

Individual, quando atinge indivíduos determinados. **Coletivo,** quando atinge um número elevado e inde

São os crimes previstos nos arts. 130 e seguintes do Có terminado de pessoas. São previstos nos arts. 250 e digo Penal.

seguintes.

Os crimes de perigo, por sua vez, subdividem-se, ainda em:

Perigo **concreto**, cuja caracterização pressupõe **prova** Perigo **abstrato**, em que a lei descreve uma conduta efetiva de que uma pessoa correu risco. Nessa espécie e **presume** a existência do perigo sempre que tal conde crime, o tipo penal expressamente menciona que duta se realize, independentemente da comprovação **alguém** deve ter sido exposto a perigo, de modo que, de que alguém efetivamente tenha sofrido risco, não na denúncia, o Ministério Público, necessariamente, admi tindo, ainda, que se faça prova em sentido condeve identificar a(s) pessoa(s) exposta(s) a risco.

trário. Nessa modalidade de delito, o tipo penal simplesmente descreve a conduta perigosa. No crime de disparo de arma de fogo previsto no art. 15 do Estatuto do Desarmamento, por exemplo, basta que o Ministério Público mencione a ocorrência dos disparos, não sendo necessário dizer que pessoa A ou B foi exposta

a risco, porque a lei presume que, sempre que alguém

efetua disparo em via pública, há situação de perigo.

Já no crime de perigo de contágio venéreo, **que tam-**

bém é de perigo abstrato, o texto legal exige a identificação da vítima, mas presume que, da relação sexual com pessoa contaminada, decorre automaticamente a

situação de risco.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 201

11/4/2011 17:24:20

1.3.1. 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 três meses a um ano, ou multa.

§ 1º Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º Somente se procede mediante representação.

1.3.1.1. Objetividade jurídica

O dispositivo tutela a incolumidade física e a saúde das pessoas.

1.3.1.2. Tipo objetivo

A caracterização do delito se dá pela prática de qualquer ato sexual — cópula vagínica, anal, sexo oral etc. — desde que apta à transmissão da moléstia venérea, como sífilis, blenorragia (gonorreia), cancro mole, papilomavírus (HPV) etc. É claro que o fato não constitui crime se o agente não expõe a vítima a perigo de contágio fazendo uso, por exemplo, de preservativo.

Trata-se de crime de **ação vinculada** porque o tipo penal especifica que sua configuração só pode se dar pela prática de atos sexuais.

A doutrina, baseada nos esclarecimentos da Exposição de Motivos do Código Penal, sustenta que a elementar "doença venérea", por depender de regulamento do Ministério da Saúde que as defina, faz com que o tipo penal em análise seja considerado norma penal em branco. A AIDS, por não estar contida nos regulamentos do Ministério da Saúde, não é entendida como doença venérea, e, por isso, a doutrina estabelece que, em relação a esta doença, poderá estar configurado o crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131), lesão corporal gravíssima ou homicídio, conforme já estudado.

No crime em análise o ato sexual normalmente é consentido porque a vítima não tem ciência da doença. É possível, porém, que o agente acometido de moléstia venérea estupre uma mulher, empregando, para tanto, violência ou grave ameaça; nesse caso, ele responderá por estupro em concurso formal com o delito em estudo, caso não transmita a doença. Se ocorrer a transmissão, ele responde por crime de estupro com a pena aumentada de um sexto até a metade, nos

termos do art. 234, IV, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009.

1.3.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, casada ou solteira, recatada no as pecto sexual ou prostituta. Como o tipo penal exige característica diferenciada no sujeito ativo — estar acometido de doença venérea — enquadra-se no conceito de crime **próprio**. Discordamos da doutrina tradicional que diz tratar-se de crime comum com o argumento de que qualquer pessoa pode contrair doença venérea e ser 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 202

11/4/2011 17:24:20

autor deste crime. Se assim fosse, o crime de corrupção passiva também não seria próprio, uma vez que qualquer pessoa poderia transformar-se em servidor público e depois pedir dinheiro em troca da concessão de vantagens.

1.3.1.4. Sujeito passivo

Também pode ser **qualquer pessoa**, inclusive as prostitutas. Pode ser do mesmo sexo ou do sexo oposto ao do autor do delito.

Se duas pessoas estão acometidas da mesma doença venérea, ainda que fique demonstrado que o contato sexual entre elas poderia agravar o quadro, nenhuma responde pelo delito. Com efeito, o tipo penal exige que se exponha a vítima a risco de *contágio,* e não de agravamento da doença preexistente.

1.3.1.5. Elemento subjetivo

Na figura simples, do art. 130, *caput*, é o dolo de manter a relação sexual, mesmo ciente de que poderá transmitir a doença. O agente, tendo a opção de não ter a relação, opta pela satisfação de sua libido, expondo a vítima a risco de contágio.

No que diz respeito ao conhecimento acerca da doença, a caracterização se dá

tanto quando o agente sabe da doença (dolo direto em relação a tal elementar) como quando deve saber que está contaminado — hipótese que, de acordo com maioria quase absoluta da doutrina, indica culpa, havendo, entretanto, entendimento de que seria indicativo de dolo eventual.

Na figura qualificada do art. 130, § 1º, estamos diante de um crime **de perigo com dolo de dano**, e, portanto, nos termos da lei, o agente tem de ter efetivo conhecimento de que está acometido da doença e deve ter intenção de transmiti-la.

1.3.1.6. Consumação

No momento da prática do ato sexual, independentemente da efetiva transmissão da doença. Trata-se de crime de perigo **abstrato** (a lei presume o perigo sempre que houver relação sexual com pessoa contaminada com doença venérea).

Ocorrendo o contágio, o agente responde apenas pelo crime do art. 130, *caput*, do Código Penal, já que, por ter havido mero dolo de perigo, concluise que ele não queria transmitir a doença e, por isso, só poderia ser punido por lesão corporal culposa que, entretanto, fica afastada por ter pena menor.

Também na hipótese qualificada do § 1º, a consumação se dá no momento da re lação sexual, pois, para sua configuração, basta a intenção de transmitir a moléstia, não sendo, contudo, necessário que o resultado se concretize. Caso haja a transmissão, não há como negar que a lesão é dolosa, pois o agente queria o resultado. Todavia, se a lesão decorrente da moléstia venérea for leve, o agente só responderá pelo crime do art. 130, § 1º, que tem pena maior. Tal delito, portanto, se configura quando o agente pratica o ato sexual querendo a transmissão e não 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 203

11/4/2011 17:24:20

consegue o resultado ou quando consegue, mas a lesão é considerada leve. Ao contrário se, em razão da moléstia, a vítima sofrer lesão grave ou gravíssima, o agente só responderá por estas que, por terem pena maior, absorvem o delito

previsto no art. 130, § 1º.

1.3.1.7. Tentativa

É possível quando o agente quer manter a relação sexual e não consegue. É, entretanto, de difícil comprovação.

1.3.1.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Próprio quanto ao

De ação vinculada

Formal e

Doloso quanto ao

abstrato quanto

sujeito ativo

e comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

à objetividade

aos meios de

ao momento

jurídica

execução

consumativo

1.3.1.9. Ação penal

É pública condicionada à representação. Na modalidade simples, o procedimento deve tramitar junto ao Juizado Especial Criminal, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo.

1.3.2. 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 um a quatro anos, e multa.

1.3.2.1. Objetividade jurídica

A incolumidade física e a saúde da pessoa.

1.3.2.2. Tipo objetivo

O delito em estudo configura-se pela prática de **qualquer ato** capaz de transmitir a doença (beijo, espirro intencional próximo à vítima, lamber o garfo em que ela irá comer etc.). Trata-se, portanto, de crime de **ação livre** que admite qualquer meio de execução, desde que apto a transmitir a doença. Como se exige prova de que o ato praticado era capaz de provocar o contágio, conclui-se que se trata de crime de perigo concreto.

O tipo penal exige que se trate de moléstia grave — que provoca séria perturba

ção da saúde — e contagiosa (tuberculose ou “gripe suína”, por exemplo).

As doenças venéreas, sendo elas graves, tipificam o crime, desde que o perigo de contágio não decorra de ato sexual, já que, nesse caso, aplica-se o art. 130 do Código.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 204

11/4/2011 17:24:21

1.3.2.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa que está **contaminada** com moléstia grave, conforme exige o tipo penal. Se alguém **que não está contaminado** aplica em outrem injeção contendo o vetor de transmissão de doença grave, incorre em crime de lesão corporal, consumada ou tentada, dependendo de ter ou não havido a transmissão.

Entendemos tratarse de crime **próprio**, pois o delito só pode ser cometido por quem está acometido de doença contagiosa grave.

1.3.2.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa. Caso se trate de doença para a qual exista vacina e sendo a vítima vacinada, o ato praticado pelo agente não é capaz de transmitir o contágio, não configurando, portanto, a infração penal, ainda que o agente não saiba disso.

1.3.2.5. Consumação

O texto legal é bastante claro no sentido que cuida de crime **formal**, que se consuma no instante em que o agente pratica o ato capaz de produzir o contágio, independentemente da efetiva transmissão. Trata-se, porém, de crime de perigo **concreto**, pois é necessário comprovar que o ato era capaz de transmitir a doença a alguém.

Tendo em vista o montante das penas, se ocorrer a transmissão da doença e as lesões forem consideradas leves (apesar de a doença ser grave), o agente só responde pelo crime do art. 131, que tem pena maior. Se, entretanto, as lesões forem graves ou gravíssimas, o agente só responde pelas lesões.

1.3.2.6. Tentativa

É possível. O agente tenta beijar a vítima, mas ela recusa.

1.3.2.7. Elemento subjetivo

Trata-se de crime de **perigo com dolo de dano**, que apenas se caracteriza quando o agente quer transmitir a doença. Em razão disso, **somente** admite o **dolo direto**.

Como a lei não prevê modalidade culposa, o fato será atípico se o agente atua apenas de forma imprudente e não ocorre a transmissão da doença. Haverá,

entretanto, lesão culposa, se ocorrer o contágio.

1.3.2.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Próprio quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

concreto quanto

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

à objetividade

aos meios de

ao momento

jurídica

execução

consumativo

1.3.2.9. Ação penal

É pública incondicionada. Como a pena mínima é de um ano, é cabível a suspensão condicional do processo, se o réu preencher os demais requisitos do art. 89

da Lei n. 9.099/95.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 205

11/4/2011 17:24:21

1.3.3. 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 três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

1.3.3.1. Objetividade jurídica

A vida e a saúde da pessoa.

1.3.3.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em "expor alguém a perigo", que significa criar ou co locar a vítima em situação de risco. Trata-se de crime de **ação livre**, pois admite qualquer forma de execução: "fechar" o carro de outra pessoa de forma intencional; abalroar dolosamente seu carro contra o da vítima com ela dentro; desferir golpe com instrumento contundente próximo à vítima; tirar uma "fina" de um pedestre pa-ra assustá-lo; não fazer os exames exigidos no sangue do doador antes de efetuar a transfusão etc.

O crime em tela pode também ser praticado por omissão, como no caso do patrão que não fornece aparelho de proteção para seus funcionários, desde que disso resulte situação concreta de perigo. O descumprimento das normas de segurança, por si só, constitui contravenção penal prevista no art. 19 da Lei n. 8.213/91, infração esta que fica absorvida quando o fato caracteriza o crime do art. 132 em decorrência da situação concreta de risco criada.

Costuma-se dizer que o crime de exposição a perigo pressupõe que este seja direto e imediato.

O perigo é **direto** quando voltado à(s) pessoa(s) determinada(s). Cuida-se, assim, de crime de perigo concreto em que se deve fazer prova de que o agente objetivava efetuar a conduta contra certa ou certas pessoas e que contra elas

efetivamente logrou causar situação de risco. Se o agente visasse provocar perigo a número indetermi nado de pessoas, estaria configurado um dos crimes de perigo comum previsto nos arts. 250 e seguintes do Código.

Perigo **imediato** é aquele em que a possibilidade de dano é iminente; é aquele que pode provocar imediatamente o dano.

1.3.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

1.3.3.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa. O tipo penal não exige qualquer vinculação ou relação jurídica entre a vítima e o autor do crime.

Alguns autores costumam mencionar que não podem ser sujeito passivo deste crime aqueles que têm o dever de enfrentar o perigo, como policiais e bombeiros.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 206

11/4/2011 17:24:21

Deve-se tomar cuidado com essa afirmação, pois o dever destas pessoas de enfrentar o perigo não significa que as outras tenham o direito de tomar a iniciativa de expô-las a risco. Assim, não comete crime quem se arrisca a nadar em um local peri goso, fazendo com que bombeiros sejam chamados para salvá-lo, sofrendo estes também perigo. Não há dolo de perigo neste caso. Por outro lado, se alguém vê um policial de trânsito no meio da rua e, para fazer graça, passa rente a ele em excesso de velocidade para assustálo, responde pelo crime em tela.

1.3.3.5. Consumação

No momento em que é praticado o ato do qual resulte perigo **concreto** para a

vítima.

1.3.3.6. Tentativa

É possível.

1.3.3.7. Elemento subjetivo

É o dolo de expor a perigo pessoa ou pessoas determinadas.

Não existe modalidade culposa.

Se o sujeito agiu com dolo de dano, responde por outro crime, como, por exemplo, por tentativa de lesão corporal ou tentativa de homicídio.

A pessoa que, *v.g.* , organiza um rodeio, em que peões se expõem a risco montan-do em cavalos ou touros bravios, não comete o crime em análise, pois não tem a específica intenção de criar situação de risco, e sim de organizar um entretenimento.

Ademais, são os próprios peões que aceitam montar os animais. Esse exemplo vale também para quem organiza corrida de Fórmula 1 ou eventos similares.

1.3.3.8. Caráter subsidiário

A lei, ao tratar da pena deste crime, deixou claro que se trata de delito subsidiário, cuja configuração pressupõe que o fato não constitua ilícito mais grave. Por isso, se o agente, com intenção apenas de assustar a vítima, resolve passar perto dela com o carro, porém, acidentalmente a atinge e provoca sua morte, responde por homicídio culposo na direção de veículo, ficando absorvido o crime do art. 132. Dependendo, todavia, do modo como tenha agido o autor do delito, poderá ser até mesmo punido por crime mais grave em razão de ter agido com dolo eventual, o que, todavia, só será possível em situações extremas e nas quais haja prova cabal de que ele assumiu o risco de provocar o resultado.

Saliente-se, por sua vez, que, se o agente, com uma só ação, intencionalmente, expõe duas ou mais pessoas a perigo, responde por dois delitos em **concurso formal** (art. 70 do CP).

Há alguns anos, a hipótese mais comum de configuração deste crime do art. 132

era o disparo de arma de fogo próximo a alguém para intimidá-lo. Se o agente, entretanto, efetuasse o disparo para cima, e não próximo à vítima, estaria configurada 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 207

11/4/2011 17:24:21

apenas a contravenção penal de disparo de arma de fogo em via pública (art. 28 do CP). Atualmente, entretanto, após mudanças legislativas, o ato de efetuar disparo de arma de fogo em local habitado ou em suas adjacências, na via pública ou em direção a ela, configura o crime do art. 15 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que tem pena consideravelmente maior — reclusão, de dois a quatro anos — e se tipifica, nos termos da lei, desde que o disparo não tenha como finalidade a prática de outro delito. No crime de disparo de arma de fogo, a objetividade jurídica é a incolumidade **pública**, que é afetada quando o fato ocorre em um dos locais mencionados no tipo penal, pois a lei presume o perigo quando ocorre em local habitado ou em suas adjacências. Assim, quando o agente efetua um disparo para o alto no meio da multidão para comemorar o título do seu time de futebol, incorre no referido crime do art. 15. Poderia, entretanto, haver divergência na hipótese em que o agente efetua o disparo para causar perigo a pessoa determinada.

Em tal caso, sua conduta se amolda nos dois tipos penais — art. 132 do Código Penal e art. 15 do Estatuto do Desarmamento. Como se trata de um único disparo, não há como se punir o agente por dois delitos em concurso formal. A punição deve se dar por crime único. Como o art. 15 contém ressalva no sentido de que referido delito tem sua tipicidade afastada quando a intenção do agente é cometer outro crime, poderia haver entendimento de que este crime fica absorvido para dar lugar àquele descrito no art. 132 do Código Penal. Acontece que, neste, também existe subsidiariedade expressa, conforme já mencionado. Dessa forma, como ambos os delitos são subsidiários, o agente deve ser punido pelo crime mais grave, ou seja, pelo crime de disparo de arma de fogo em via pública (art. 15 do Estatuto do Desarmamento).

Por sua vez, se o disparo for efetuado no meio de uma floresta ou em outro lu gar desabitado, a conduta não se amolda em tal crime. Nessa hipótese, se a inten

ção do agente era expor pessoa determinada a situação de risco, estará tipificado o crime do art. 132, mas se não queria causar perigo concreto para ninguém, o fato é atípico.

Se o perigo a outrem é provocado por determinadas condutas elencadas como crime no Código de Trânsito Brasileiro, fica afastado o do art. 132. Ex.: embriaguez ao volante, participação em "racha", excesso de velocidade em determinados locais (arts. 306, 308 e 310 da Lei n. 9.503/97). Fora das hipóteses expressamente tipificadas como delitos autônomos no Código de Trânsito, a utilização de veículo para expor outrem a situação de risco configura o crime do art. 132.

1.3.3.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Comum quanto ao

De ação vinculada

Formal e

Doloso quanto ao

concreto quanto

sujeito ativo

e comissivo ou

instantâneo quanto elemento subjetivo

à objetividade

omissivo quanto

ao momento

jurídica

aos meios de

consumativo

execução

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 208

11/4/2011 17:24:21

1.3.3.10. Causa de aumento de pena

Art. 132, 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 de transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

Esse dispositivo, introduzido no Código Penal pela Lei n. 9.777/98, tem a finalidade de punir mais gravemente os responsáveis pelo transporte de trabalhadores, em geral, os rurais (boias-frias), a fim de prevenir o enorme número de acidentes registrados com elevado número de vítimas fatais, em razão de o transporte ser feito na carroceria de caminhões ou em veículos em péssimo estado de conservação.

Pelo texto legal, somente haverá o aumento se houver desrespeito às normas legais destinadas a garantir a segurança, atualmente previstas na Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

O aumento da pena pressupõe também a ocorrência de perigo **concreto**, ou seja, que se constate o efetivo transporte de pessoas fora dos padrões de segurança exigidos em lei.

1.3.3.11. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

1.3.4. 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 seis meses a três anos.

1.3.4.1. Objetividade jurídica

A vida e a saúde da pessoa incapaz de defender-se.

1.3.4.2. Tipo objetivo

Abandonar o incapaz significa deixá-lo sem assistência afastando-se dele, de mo do que seja exposto a risco.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso,79 o crime pode ser praticado mediante um deslocamento no espaço, por meio de ação (levar a vítima a um determinado lugar e 79 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 154.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 209

11/4/2011 17:24:21

dela se afastar) ou por omissão (deixar a vítima no lugar onde se encontra). No último exemplo, a bem da verdade, não há uma omissão do agente, e sim uma ação, con sistente em se afastar do local onde a vítima permanece. Há omissão se o agente (o pai, por exemplo) deve buscar uma criança em certo local e, intencionalmente, não vai apanhála.

Pode-se dizer que o crime pode ser cometido **com** ou **sem** deslocamento espacial da vítima, desde que ela fique desamparada e, com isso, seja exposta a risco.

Existe o crime, por exemplo, quando uma babá deixa criança de pouca idade so -

zinha em casa e sai para namorar, uma vez que a criança, por não ter ainda exata

no -

ção do perigo, pode subir em um sofá e cair, mexer em produtos tóxicos, sufocar-se com um saco plástico etc. Igualmente, o enfermeiro contratado para tomar conta de pessoa doente, privada de seus movimentos, que deixa de lhe dar assistência por alguns dias, ou os pais que abandonam seus filhos etc. Há inúmeros casos de pais que deixam seus filhos de pouca idade no interior de veículos e vão para o bar conversar com amigos ou para o *shopping* fazer compras, hipóteses que configuram o crime em tela.

Notese que "*o abandono pode ser temporário ou definitivo. Sua duração é in* -

diferente, desde que seja por espaço de tempo juridicamente relevante (capaz de pôr em risco o bem jurídico tutelado).80

A propósito: "*deixando o agente abandonadas as crianças que estavam sob sua guarda, após furtar a residência da qual era empregada doméstica, expondo aquelas a perigo real e concreto, configurado está o delito previsto no art. 133 do Código Penal, em concurso material com o crime do art. 155 do mesmo estatuto*" (Tacrim

— Rel. Dias Filho — *RT* 541/396).

A pessoa que não tem a vítima sob seus cuidados e a encontra em situação de abandono, mas não lhe presta assistência, comete omissão de socorro.

Pressuposto do crime em análise é a ocorrência de perigo concreto, efetivo, como consequência do abandono.

Não há crime quando é o próprio assistido quem se afasta sem que o agente perceba o ocorrido.

1.3.4.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, pois só pode ser autor do delito quem exerce cuidado, guarda vigilância ou autoridade sobre a vítima. No dizer de Damásio de Jesus81

"*cuidado é a assistência eventual. Ex.: o enfermeiro que cuida de portador de doen*-

ça grave. Guarda é a assistência duradoura. Ex.: menores sob a guarda dos pais.

Vigilância é a assistência acauteladora. Ex.: guia alpino em relação ao turista. Autoridade é o poder de uma pessoa sobre outra, podendo de ser direito público ou privado".

80 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. I, p. 154.

81 Damásio de Jesus, *Direito penal,* v. 2, p. 168.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 210

11/4/2011 17:24:21

1.3.4.4. Sujeito passivo

É a pessoa que está sob a guarda, cuidado, vigilância ou autoridade do agente, desde que esteja incapacitada de se defender dos riscos decorrentes do abandono.

1.3.4.5. Consumação

No momento em que, em razão do abandono, a vítima sofre situação **concreta** de perigo. Trata-se de crime **instantâneo**, e, mesmo que o agente, posteriormente, reassuma o dever de assistência, o delito já estará consumado.

1.3.4.6. Tentativa

É possível.

1.3.4.7. Elemento subjetivo

É a vontade livre e consciente de abandonar o assistido. Pode haver dolo direto ou eventual em relação ao perigo que decorra do abandono.

Não existe modalidade culposa. Se o agente esquece temporariamente a criança no supermercado e vai embora, não responde pelo delito, ainda que policiais já

tenham sido acionados pelos funcionários do estabelecimento.

1.3.4.8. Distinção

a) Se o agente tem a vítima sob seus cuidados e deixa de lhe prestar assistência, comete abandono de incapaz, mas, se a vítima não está sob seus cuidados e o agente a encontra ao desamparo e não lhe presta assistência, comete omissão de socorro.

b) Se a vítima for recém-nascido e a intenção do agente for de ocultar desonra própria, o crime será o de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134).

1.3.4.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Comum quanto ao

De ação vinculada

Formal e

Doloso quanto ao

concreto quanto

sujeito ativo

e comissivo ou

instantâneo quanto elemento subjetivo

à objetividade

omissivo quanto

ao momento

jurídica

aos meios de

consumativo

execução

1.3.4.10. Formas qualificadas

Art. 133, § 1º — Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

Pelo montante das penas cominadas, inferiores à do homicídio simples, resta óbvia a conclusão de que essas qualificadoras são **exclusivamente preterdolosas**.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 211

11/4/2011 17:24:21

Assim, em havendo intenção por parte do agente de provocar o resultado mais gravoso, ou, tendo ele assumido o risco de produzi-lo, responderá por crime de lesão corporal grave ou homicídio doloso, tentado ou consumado, dependendo do caso.

Se, todavia, as lesões sofridas forem leves, subsiste o crime de abandono de incapaz, que as absorve por ter pena maior.

1.3.4.11. Causas de aumento de pena

Art. 133, § 3º — As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I — se o abandono ocorre em local ermo;

II — se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima;

III — se a vítima é maior de 60 anos.

Local **ermo** é o local afastado, isolado.

A enumeração do inc. II é taxativa, não se podendo fazer uso de analogia para abranger outras hipóteses não mencionadas expressamente, como, por exemplo, no caso de o agente ser companheiro da vítima, já que, nesse caso, haveria analogia *in malan partem*, que é vedada.

A hipótese do inc. III, que se refere à pessoa idosa, foi inserida no Código Penal pela Lei n. 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso.

1.3.4.12. Ação penal

É pública incondicionada. Tendo em vista a pena mínima prevista em abstrato, mostrase cabível a suspensão condicional do processo se o réu preencher os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

1.3.5. Exposição ou abandono de recém-nascido

Art. 134. Expor ou abandonar recémnascido, para ocultar desonra própria: Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

1.3.5.1. Objetividade jurídica

A segurança do recém-nascido.

1.3.5.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são **expor e abandonar** o recém-nascido. Na primeira figura, o agente remove o recémnascido do local em que se encontra, deixandoo em local onde não terá assistência. Na segunda, o agente deixa o bebê no local em que já estava, dele se afastando. A doutrina costuma dizer que só há crime se, em razão do abandono, o recém-nascido for exposto a situação de **risco concreto**, na medida 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 212

11/4/2011 17:24:21

I Dos Crimes Contra a Pessoa

em que, embora o neonato seja indefeso, caso a mãe o abandone no berçário de uma maternidade, continuará ele a ter toda a assistência de que necessita, recebendo até mesmo o leite materno de outras mulheres. Configura, assim, crime abandonar o be-bê no banco de uma rodoviária, na porta de um supermercado etc. Veja-se, porém, que, a mulher que não está sob influência do estado puerperal, e joga o recém-nascido em uma lata de lixo ou no meio de uma mata, responde por tentativa de homicídio ou por homicídio consumado — dependendo do resultado.

A doutrina costuma dizer que o crime de abandono de recém-nascido é uma espécie **privilegiada** do crime de abandono de incapaz, porque possui pena menor em razão da finalidade de ocultar desonra própria. O Código Penal, porém, trata referida conduta como infração autônoma, já que possui pena própria.

1.3.5.3. Sujeito ativo

Não há dúvida de que o crime pode ser cometido por mãe solteira ou casada, que concebeu fora do casamento, e que venha a abandonar o recém-nascido para ocultar a própria desonra.

Diverge, contudo, a doutrina, em torno da possibilidade de o pai, que concebeu em relação adulterina ou incestuosa, ser também sujeito ativo do delito. Entendendo que o pai pode ser autor deste crime, podemos citar Nélson Hungria,82 Magalhães Noronha,83 Júlio Fabbrini Mirabete, Heleno Cláudio Fragoso,84 Flávio Monteiro de Barros85 e Damásio de Jesus.86 Em sentido oposto, argumentando que desonra **pró-**

pria é só a da mulher, temos o entendimento de Celso Delmanto87 e Cezar Roberto Bitencourt.88 Para estes, o pai comete crime de abandono de incapaz (art. 133), que tem pena maior.

Qualquer que seja a corrente adotada em relação ao pai, o crime de abandono de recémnascido enquadrase no conceito de crime **próprio**, porque não pode ser cometido por outras pessoas. Todavia, quem colaborar com a mãe (ou com o pai, para os que o admitem como sujeito ativo) será partícipe ou coautor do crime de abandono de recém-nascido, nos termos do art. 30 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime,

estendemse aos que não possuem tal característica. No caso, a circunstância pessoal que se comunica por ser elementar é a finalidade de ocultar desonra própria.

As prostitutas não podem ser autoras do crime em tela com o argumento de que não têm desonra a ocultar. Em caso de abandono responderão pelo crime de abandono de incapaz do art. 133.

82 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. V, p. 437.

83 E. Magalhães Noronha, *Direito penal,* v. 2, p. 91.

84 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. I, p. 157.

85 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa,* p. 138.

86 Damásio de Jesus, *Direito penal,* v. 2, p. 174.

87 Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 252.

88 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 245.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 213

11/4/2011 17:24:22

1.3.5.4. Sujeito passivo

É o recém-nascido. Existe, porém, séria controvérsia em torno do alcance desta condição.

Para alguns, o prazo não é fixo, sendo a **queda do cordão umbilical** o marco divisório em que a criança deve deixar de ser tratada como recém-nascida. É a opinião de Damásio de Jesus89 e Júlio Fabbrini Mirabete,90 com a qual concordamos.

A outra corrente defende que a condição de recém-nascido alcança o **primeiro**

mês de vida. É a opinião de Heleno Cláudio Fragoso,91 Cezar Roberto Bitencourt92 e Flávio Monteiro de Barros.93

1.3.5.5. Consumação

Momento em que o recém-nascido sofre perigo **concreto** como consequência do ato de abandono.

1.3.5.6. Tentativa

É possível quando o agente elege a forma comissiva para o cometimento do crime.

1.3.5.7. Elemento subjetivo

É o dolo de perigo. Exige o tipo penal um especial fim por parte do agente que é o de **"ocultar desonra própria"** . Essa honra que o agente visa preservar é a de natureza sexual, a boa fama, a reputação. Quando o fato já é conhecido da coletividade, não há como se ocultar desonra própria, configurando o abandono o crime do art. 133 do CP. Por isso, se todos viram uma mulher solteira grávida durante o perío-do gestacional, não há que cogitar de ocultação de desonra após o nascimento. Haverá, todavia, o crime, se ela havia conseguido esconder a gravidez, com uso de rou -

pas largas ou mudandose de cidade.

Se a causa do abandono for miséria, excesso de filhos ou outra, o crime será tam bém o de abandono de incapaz do art. 133 do Código Penal, delito que também ocorrerá se o agente não for pai nem mãe da vítima.

1.3.5.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Próprio quanto ao

De ação livre

Formal e

Doloso quanto ao

concreto quanto

sujeito ativo

e comissivo ou

instantâneo quanto elemento subjetivo

à objetividade

omissivo quanto

ao momento

jurídica

aos meios de

consumativo

execução

89 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 174.

90 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 134.

91 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 158.

92 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 247.

93 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 139.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 214

11/4/2011 17:24:22

1.3.5.9. Formas qualificadas

Art. 134, § 1º — Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — detenção, de um a três anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena — detenção, de dois a seis anos.

Pelo montante das penas cominadas, inferiores à do homicídio simples, resta óbvia a conclusão de que essas qualificadoras são **exclusivamente preterdolosas**.

Assim, em havendo intenção por parte do agente de provocar o resultado mais gra -

vo so, ou, tendo ele assumido o risco de produzi-lo, responderá por crime de lesão corporal grave ou homicídio doloso, tentado ou consumado, dependendo do caso.

Assim, se a mãe colocar o filho em uma cesta e a colocar em um rio, mas, posteriormente, a correnteza virar a cesta e o bebê morrer, evidente se mostra a configuração do homicídio.

Se as lesões sofridas pela vítima forem leves, subsiste o crime de abandono de recémnascido, que as absorve por ter pena maior.

1.3.5.10. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

1.3.6. 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 dois a seis meses, ou multa.

1.3.6.1. Objetividade jurídica

A preservação da vida e da saúde das pessoas e a consagração do dever de assistência mútua e solidariedade entre os homens.

1.3.6.2. Tipo objetivo

O crime pode ocorrer de duas maneiras:

a) Falta de assistência **imediata**, que se verifica quando o agente pode prestar o socorro pessoalmente e não o faz. Ex.: uma pessoa vê outra se afogando e, sabendo nadar, nada faz para salvá-la.

Essa modalidade só se configura, nos termos da lei, quando a prestação do socorro não põe em risco a vida ou a incolumidade física da pessoa, que, em verdade, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 215

11/4/2011 17:24:22

não precisa realizar atos heróicos, dos quais podem decorrer a própria morte. Convém lembrar, contudo, que certas profissões, como a dos bombeiros, trazem o dever de enfrentar o perigo, e os seus agentes somente não responderão pela omissão de socorro quando o risco for efetivamente consistente.

Se a prestação de socorro implicar produção de risco à terceira pessoa, a omissão não constitui crime.

b) Falta de assistência **mediata**, que se dá quando o agente, não podendo prestar o socorro pessoalmente, deixa de solicitar auxílio às autoridades públicas quando havia meios para tanto. No exemplo anterior, se a pessoa não soubesse nadar, deveria procurar noticiar o afogamento a qualquer agente da autoridade para que esta providenciasse o salvamento. Não o fazendo, incorre na figura prevista na parte final do art. 135. Para se livrar da responsabilização penal, o agente deve acionar de imediato as autoridades.

A doutrina costuma salientar que a lei não confere duas opções ao agente. Assim, se for possível a ele prestar pessoalmente o socorro, só se eximirá da responsabilidade penal se o fizer. Caso opte por acionar as autoridades, retardando o socorro que já poderia ter sido prestado pessoalmente, responde pelo crime.

1.3.6.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, independentemente de vinculação jurídica com a vítima. Trata-se de crime **comum**.

Não admite participação. Todos os que se omitirem serão considerados autores do crime.

Existem inúmeros julgados reconhecendo crime de omissão de socorro por parte de médicos e enfermeiros que demoram a atender pacientes em situação de risco, embora pudessem fazê-lo de imediato, ou por motoristas que passam por local de acidente e se negam a colocar o acidentado dentro de seu carro para levá-lo a um prontosocorro, por receio de sujar seu carro.

"*Responde por omissão de socorro o médico que, embora solicitado, deixa de atender de imediato a paciente que, em tese, corria risco de vida, omitindo-se no seu dever*" (Tacrim-SP — Lauro Malheiros — *Jutacrim* 47/223); "*Caracteriza o crime de omissão de socorro a conduta do médico que, impassível e indiferente, deixa por horas vítima com operação infeccionada dentro de ambulância, negando-lhe internação, e nem mesmo ministrando a ela sedativo para minimizar seu sofrimento, desrespeitando o agente seu dever profissional*" (Tacrim-SP — Rel. Silva Rico — *RJD* 9/123); "*Responde pela infração a enfermeira que deixa de prestar socorro de urgência a doente, por falta de convênio entre o nosocômio e a entidade assistencial a que estava filiado o paciente, vindo este a falecer a caminho de outro hospital*" (Tacrim-SP — Rel. Weiss de Andrade — *Jutacrim* 52/172); "*Responde penalmente o motorista que, tendo presenciado agressão física contra terceiro, recusa-se a prestar imediato socorro à víti-ma, transportando quem visivelmente se encontra necessitado de atendimento médi-co*" (Tacrim-SP — Rel. Geraldo Pinheiro — *Jutacrim* 30/209); "*Infringe o disposto no* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 216

11/4/2011 17:24:22

I Dos Crimes Contra a Pessoa

217

art. 135, parágrafo único, do CP, aquele que se recusa a transportar em seu veículo, para ser socorrida, pessoa gravemente ferida e que, logo após, vem a falecer" (TacrimSP — Rel. Cunha Camargo — *RT* 522/397).

• **Várias pessoas presentes que se omitem.** Quando várias pessoas, concomitantemente, deixam de auxiliar a vítima, todas respondem pelo crime.

• **Socorro por um dos presentes.** Tendo em vista que se trata de obrigação solidária, se apenas uma das pessoas presentes presta o socorro à vítima, embora existam outras no local que se omitiram, não há crime porque o socorro,

objetivamente, foi prestado.

1.3.6.4. Sujeito passivo

O texto legal expressamente enumera as pessoas que podem ser vítimas deste crime, subdividindoas em cinco categorias:

1. Criança abandonada

É aquela que, propositadamente, foi deixada por seus responsáveis e que, assim, está entregue a si mesma, sem poder prover a própria subsistência. Diverge do crime de abandono de incapaz porque, na omissão, o sujeito encontra a vítima em abandono e não lhe presta assistência, enquanto no abandono de incapaz é o próprio agente, responsável pelo menor, quem o abandona.

Considerase criança quem tem menos de 12 anos.

2. Criança extraviada

É aquela que se perdeu, ou seja, que não sabe retornar ao local onde estão seus responsáveis.

3. Pessoa inválida, ao desamparo

Inválida é a pessoa que não pode valer de si própria para a prática dos atos normais dos seres humanos. Pode decorrer de defeito físico, de idade avançada, de doença etc. A pessoa deve, ainda, estar ao desamparo, ou seja, impossibilitada de se afastar de uma situação de perigo por suas próprias forças e sem contar com a assistência de outra pessoa.

4. Pessoa ferida, ao desamparo

É aquela que está lesionada, de forma acidental ou provocada por terceiro, e que está também desamparada.

Se foi o próprio agente quem, culposamente, lesionou a vítima e depois não a socorreu, ele responde por crime específico de lesões corporais culposas com a pena aumentada de um terço pela omissão de socorro (art. 129, §§ 6º e 7º).

Se o agente feriu intencionalmente a vítima, a fim de lhe causar lesões corporais

ou a morte, e, posteriormente, não a socorreu, responde tão somente por lesão corporal ou homicídio, não agravando sua pena a falta de assistência à vítima. Ao contrário, caso a socorra com sucesso, poderá ser beneficiado pelo instituto do arrependimento eficaz (art. 15 do CP).

Caso se trate de pessoa idosa que esteja necessitando de trata mento de saúde, haverá crime específico previsto no art. 97 da Lei n. 10.741/2003

(Estatuto do Idoso), por parte de quem recusar, retardar ou dificultar sua assistência, hipótese em que a pena será de seis meses a um ano de detenção, e multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 217

11/4/2011 17:24:22

5. Pessoa em grave e iminente perigo

Nos termos do texto legal, o perigo a que a vítima está submetida deve ser de grandes proporções e estar prestes a desencadear o dano.

Ex.: pendurada em um abismo ou isolada em uma grande enchente,

no interior de uma casa na encosta de um morro prestes a desabar etc. Mesmo que a vítima não queira ser socorrida, haverá o crime se o agente não lhe prestar socorro ou não acionar as autoridades, já que a vida e a incolumidade física são bens indisponíveis. Assim, se alguém percebe que outra está prestes a se atirar de um prédio e cometer suicídio, deve acionar as autoridades para que tentem evitálo. Se nada fizer, incorrerá em omissão de socorro. Já em relação às autoridades acionadas que se omitam, e que têm o dever de evitar o resultado caso possível, existe controvérsia em torno da forma como devem ser punidas (sobre o assunto ver comentários ao art. 122 do CP).

Não haverá crime de omissão de socorro se a oposição da vítima inviabilizar a sua prestação.

Para a configuração do crime em análise, não importa quem causou a situação de perigo — a própria vítima, terceiro, forças da natureza etc.

Se o causador do perigo tiver sido o próprio omitente, poderá ele responder pelo crime de omissão de socorro, caso não sobrevenha lesão corporal ou morte — lembrese de que, na hipótese em análise, a vítima está em situação de perigo e não ferida. Notese, porém, que o causador da situação de perigo, nos termos do art. 13, § 2º, *c*, do Código Penal, passa a ter o dever jurídico de evitar a produção do resultado; assim, caso a vítima morra ou sofra lesão corporal em decorrência da omissão de socorro, o agente responderá por crime de lesão ou homicídio em suas formas dolosas.

Quando se trata de pessoa idosa em situação de perigo, a omissão de assistência configura crime mais grave, descrito no art. 97 da Lei n.

10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Observação: Nas quatro primeiras hipóteses (criança abandonada ou extraviada e pessoa inválida ou ferida ao desamparo), o crime é de perigo **abstrato** ou **presumido**, isto é, basta que se prove que a situação da vítima se enquadrava em uma dessas circunstâncias, que a ausência de socorro será considerada crime. Já na última hipótese, o crime é de perigo **concreto**, cabendo ao órgão acusador demonstrar inicialmente que a vítima estava em uma situação efetiva de perigo e que, mesmo assim, o agente se omitiu. A diferença é que, nas quatro hipóteses iniciais, o legislador especifica em que consiste a situação de risco (criança abandonada etc.), enquanto na última existe uma menção genérica — vítima em iminente e grave perigo — devendose demonstrar, no caso concreto, qual era esse perigo.

1.3.6.5. Consumação

No momento da **omissão**, uma vez que a vítima já se encontrava anteriormente em situação de risco.

1.3.6.6. Tentativa

Não é possível, na medida em que se trata de crime omissivo puro (próprio), para os quais nunca é admissível o *conatus*. Se o agente presta o socorro no momento próprio, o fato é atípico; se não presta, o delito está consumado. Nesse sentido: "*o crime de omissão de socorro constitui infração instantânea, que não*

admite tentativa, consumando-se no instante em que o sujeito omite a prestação de socorro" (Tacrim-SP — Rel. Goulart Sobrinho — *Jutacrim* 35/152).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 218

11/4/2011 17:24:22

A falta de socorro quando a vítima está evidentemente morta não constitui crime, sendo considerada hipótese de crime impossível, pois não há socorro a ser prestado.

1.3.6.7. Elemento subjetivo

É dolo de perigo, direto ou eventual.

1.3.6.8. Distinção

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) tipificou condutas criminais diferenciadas para punir mais gravemente os condutores de veículos, fazendo com que exista uma legislação própria em torno desse assunto.

Assim, analisando os arts. 303 e 304 do referido Código de Trânsito, podemos chegar às seguintes conclusões:

a) O condutor de veículo automotor que, culposamente, provoque acidente, causando lesões na vítima e, que, em seguida, não a socorra, comete o crime de lesão culposa com a pena aumentada pela falta de socorro (art. 303, parágrafo único, III, da Lei n. 9.503/97). Aqui a omissão de socorro atua como causa de aumento do crime de lesão culposa na direção de veículo.

b) O condutor de veículo envolvido em acidente, que não agiu de forma culposa, mas que, em seguida, não prestou socorro à vítima, comete o crime de omissão de socorro previsto no art. 304 do Código de Trânsito, que tem pena de seis meses a um ano de detenção, ou multa (mais grave que a omissão de socorro do Código Penal).

c) Qualquer outra pessoa que não preste socorro em caso de acidente de trân sito incorre no crime do art. 135 do Código Penal. É o que acontece, por exemplo, com um pedestre ou com condutores de outros veículos, não envolvidos no acidente, que não prestam socorro aos acidentados.

d) Omissão de socorro não relacionada a acidente de veículos configura sempre o crime do art. 135 do CP, exceto se a vítima for pessoa idosa, hipótese em que configura crime específico já mencionado, previsto no art. 97 do Estatuto do Idoso.

1.3.6.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum quanto ao

Omissivo próprio

Instantâneo quanto

Doloso quanto ao

perigo abstrato nas

sujeito ativo

(ou puro) quanto

ao momento

elemento subjetivo

primeiras figuras e

aos meios de

consumativo

concreto na última

execução

1.3.6.10. Causas de aumento de pena

Art. 135, parágrafo único — A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 219

11/4/2011 17:24:22

Tendo em vista o pequeno montante da pena a ser aplicada, ainda que triplicada na hipótese de morte da vítima, conclui-se que essas figuras qualificadas são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, aplicamse quando há dolo na omissão de socorro e culpa na lesão grave ou morte.

Trata-se de qualificadoras em que o resultado, em verdade, não decorre diretamente da omissão, e sim da causa originária que fez surgir a necessidade do socorro.

No caso em tela, portanto, o nexo causal deve ser analisado de outra forma, já que se trata de crime omissivo, isto é, somente serão aplicadas as qualificadoras se ficar provado que, caso o agente tivesse socorrido a vítima, poderia terse evitado a ocorrência do resultado agravador. Nesse sentido: "*ainda que a morte da vítima não resulte da omissão de socorro, é suficiente para que se configure o delito em sua forma qualificada, que se comprove que a atuação do sujeito ativo poderia evitar o resultado, tanto mais tratando-se o agente de médico no exercício dessa atividade*" (TacrimSP — Rel. Abreu Machado — *RT* 636/301).

1.3.6.11. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal — mesmo nas hipóteses agravadas pela provocação de lesão grave ou morte.

1.3.7. 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 dos meios de correção ou disciplina: Pena — detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

1.3.7.1. Objetividade jurídica

A vida e a saúde daquele que se encontra sob a guarda, autoridade ou vigilância do agente para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia.

1.3.7.2. Elemento objetivo

A conduta típica incriminada é a de expor a risco a vida ou a saúde da vítima por uma das formas enumeradas no tipo penal. Assim, como o texto legal expressamente elenca as formas de execução do delito, pode-se concluir que o crime de maus-

tratos enquadrase no conceito de crime **de ação vinculada**.

As formas de execução do crime de maus-tratos são:

a) Privação de alimentos. A lei se refere a vítimas que não têm condições de obter o próprio alimento, de modo que o agente comete o crime deixando de alimentar a pessoa que está sob sua guarda, autoridade ou vigilância. A privação pode ser relativa (diminuição no volume de alimentos fornecidos) ou 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 220

11/4/2011 17:24:22

absoluta (total). Para a configuração do crime, basta a privação relativa, desde que seja suficiente para gerar perigo para a vida ou para a saúde da vítima.

Em caso de privação total de alimentos, somente poderá ser cogitado o crime de maus-tratos se ocorrer apenas por um curto espaço de tempo. Se o agente deixa totalmente de alimentar uma pessoa que está sob sua guarda, autorida de ou vigilância, fazendo-o por um longo período, responderá por tentativa de homicídio ou por delito consumado, caso a vítima venha a falecer.

O carcereiro que deixa de alimentar o preso durante um dia pode incorrer no crime de maus-tratos. Caso a privação de alimentos se estenda um pouco mais, ele poderá responder por crime de tortura (art. 1º, inc. II, ou § 1º, da Lei n. 9.455/97). Se parar de fornecer alimentação em definitivo, estará praticando homicídio, consumado ou tentado, dependendo do resultado.

b) Privação de cuidados indispensáveis. A lei se refere a cuidados médicos, fornecimento de agasalho, de higiene etc. O fato de não higienizar pessoa que está sob sua guarda pode, por exemplo, provocar-lhe doenças, assaduras, brotoejas na pele etc.

c) Sujeição a trabalhos excessivos ou inadequados. Trabalho excessivo é aquele que provoca fadiga acima do normal, quer pelo grande volume de ta -

refas, quer pelo grande número de horas de serviço. Trabalho inadequado é aquele impróprio ou inconveniente às condições de idade, sexo, desenvolvimento físico da vítima etc. É o que ocorre quando o agente exige que a ví ti -

ma carregue peso acima do que ela suporta, ou em local muito quente ou frio, ou quando um adolescente é obrigado a trabalhar à noite etc. "*Respondem por maus-tratos os responsáveis por nosocômio que submetem doentes mentais a condições desumanas, trabalhos exaustivos, redução de alimentação, agressões e confinamento em locais inadequados. Suficiente à configuração do delito é o perigo de dano à incolumidade da vítima*" (Tacrim-SP — Rel.

Goulart Sobrinho — *Jutacrim* 49/289).

d) Abuso dos meios de disciplina e correção. O texto legal se refere aos castigos corporais imoderados. Apesar de estarem cada vez mais em desuso, a lei não considera crime a aplicação de leves palmadas ou chineladas em criança.

O delito consiste no **abuso** do poder de correção e disciplina e este passa a existir quando o meio empregado atinge tal intensidade que gera situação de perigo para a vida ou para a saúde da vítima. Assim, ocorre a infração penal quando o agente desfere violentos chutes ou socos na vítima, quando lhe desfere enorme surra com uma cinta etc.

Vejam-se os seguintes julgados que ajudam uma melhor compreensão em torno do crime em estudo: "*Embora seja permitido ao pai punir o filho é lhe vedado*

tudo quanto ultrapasse a via módica, a leve percussão, e se o fato expõe a perigo a saúde da vítima, entra na órbita do ilícito penal" (Tacrim-SP — Rel. Galvão Coelho —

Jutacrim 49/384); "*Pratica o delito do art. 136 do CP o agente que agride a filha, desferindo-lhe chineladas no rosto, máxime quando testemunhas afirmem ser tal conduta uma constante*" (Tacrim-SP — Rel. Samuel Júnior — *RJD* 22/283); "*Incorre nas sanções do art. 136 do CP, a Diretora de escola que, com o intuito de atribuir* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 221

11/4/2011 17:24:22

castigo a aluno de 9 anos de idade, que estava sob sua autoridade, para fins de educação, por ter ele colocado uma formiga no braço de um colega, abusa dos meios de correção e disciplina, expondo a perigo a saúde física e mental do ofendido, fazendo com que este, na presença de outros alunos, coloque no próprio corpo, para ser pi-cado, 48 insetos" (Tacrim-SP — Rel. Orlando Bastos — *RJD* 20/229); *"O agente que obriga a filha a comer insetos, como meio de correção, incorre nas penas do art. 136 do CP, pois, ainda que se admita que os limites do direito de corrigir são elásticos e que sempre se deva levar em conta o nível social do corrigente, qualquer pessoa, ainda que de escassa cultura, formará a convicção de que ocorre, na es-pécie, abuso inadmissível" (* Tacrim-SP — Rel. Xavier de Aquino — *RJD* 23/282).

1.3.7.3. Sujeitos do delito

O crime de maustratos é um crime **próprio específico**, pois exige uma vincula

ção, uma relação jurídica entre o sujeito ativo e a vítima, na medida em que o texto legal exige que ela esteja sob autoridade, guarda ou vigilância do agente para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. A vítima, portanto, deve estar subordinada ao agente.

Segundo Damásio de Jesus,94 "*cuidado é a assistência eventual. Ex.: o enfermeiro que cuida de portador de doença grave. Guarda é a assistência duradoura.*

Ex.: menores sob a guarda dos pais. Vigilância é a assistência acauteladora. Ex.: guia alpino em relação ao turista. Autoridade é o poder de uma pessoa sobre outra, podendo de ser direito público ou privado".

O companheiro da mãe da vítima quando exerce guarda, autoridade ou vigilância sobre o menor pode cometer crime de maustratos. Nesse sentido: "*Embora não sendo pai da vítima, pode o amásio de sua mãe figurar como sujeito ativo do delito de maus-tratos se restar comprovado que, na ocasião dos fatos, encontrava-se aquela sob sua autoridade, guarda ou vigilância*" (Tacrim-SP — Rel. Lourenço Filho

— *RJD* 17/119).

A **esposa** não se encontra em relação de subordinação para com o **marido**, de modo que as agressões por ele perpetradas configuram crime de lesão corporal agravada pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal), ou, se não houver agressão, mas outra forma de exposição a risco, pelo crime de periclitação da vida e da saúde (art. 132).

Para a configuração do crime de maus-tratos, é ainda necessário que a vítima esteja sob a subordinação do agente para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Nélson Hungria,95 discorrendo sobre o tema, explica que "*educação compreende toda atividade docente destinada a aperfeiçoar, sob o aspecto intelectual, moral, técnico ou profissional, a capacidade individual. Ensino, aqui, em sentido me nos amplo que o de educação: é a ministração de conhecimentos que devem formar o fundo comum da cultura (ensino primário, propedêutico). Tratamento abrange não só o emprego de meios e cuidados no sentido da cura de moléstias, como o* 94 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 168.

95 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 450.

fato continuado de prover a subsistência de uma pessoa. Finalmente, custódia deve ser entendida em sentido estrito: refere-se à detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei. Assim, o crime em questão é praticável por pais, tutores, curadores, diretores de colégio ou de institutos profissionais, professores, patrões, chefes de ofi cina ou contramestres, enfermeiros, carcereiros, em relação, respectivamente, aos filhos (menores), pupilos, curatelados, discípulos, fâmulos (menores), operários (menores) aprendizes, enfermos, presos.

1.3.7.4. Consumação

No momento da produção do perigo. Trata-se de crime de perigo **concreto** em que deve ser produzida prova da efetiva situação de risco sofrida pela vítima.

Algumas das formas de execução do crime de maus-tratos exigem certa dura

ção, como no caso da privação de alimentos, em que não basta deixar a vítima, uma única vez, sem café da manhã para sua configuração. Em outras modalidades, todavia, basta uma única ação para que o crime se concretize, como no caso do abuso dos meios de correção e disciplina. Em suma, algumas modalidades do delito são classificáveis como crimes instantâneos, enquanto outras se mostram adequadas ao conceito de crimes permanentes.

1.3.7.5. Tentativa

É **possível** nas modalidades **comissivas**. Ex.: alguém que ia desferir cintadas na vítima, mas é detido por outra pessoa quando a cinta estava prestes a atingir o sujeito passivo. Nas hipóteses de privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, a tentativa é impossível, quer por se tratarem de figuras omissivas, quer por exigirem alguma habitualidade para sua configuração, conforme explanado no item anterior.

1.3.7.6. Elemento subjetivo

É o dolo de perigo, direto ou eventual. Nesse sentido: *"O agente que coloca crianças que estão sob sua guarda, sem camisa, sobre formigueiro, com o fim de corrigi-las, comete o crime de maus-tratos, pois o elemento subjetivo do delito abarca a aceitação do risco de exposição a perigo, ou seja, o dolo eventual"* (Tacrim-SP

— Rel. Moacir Peres — *RJD* 25/271).

1.3.7.7. Distinção

• Maus-tratos e crime de tortura

Se o meio empregado pelo agente provocar na vítima **intenso s**ofrimento físico ou mental, estará configurado o crime do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97 (Lei Antitortura), que tem redação bastante parecida com a figura do crime de maus-tratos que diz respeito ao abuso dos meios de correção ou disciplina. O crime de tortura, todavia, por possuir pena bem maior, é reservado para condutas mais graves, em que o sofrimento causado na vítima, de acordo com o texto legal, é **intenso**, de grandes 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 223

11/4/2011 17:24:23

proporções. A análise deve ser feita caso a caso. Configuram o crime de tortura, por exemplo, amarrar a vítima e chicoteá-la, aplicar ferro em brasa ou queimá-la várias vezes com cigarro etc. A redação do crime de tortura é "*submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo corporal ou medida de caráter preventivo*".

• Maus-tratos e Estatuto da Criança e do Adolescente

Se o agente não expõe um menor a perigo, mas o sujeita a situação vexatória ou a constrangimento, configura-se o crime do art. 232 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ex.: raspar o cabelo da criança para castigá-la.

• Maus-tratos e Estatuto do Idoso

Um novo tipo penal foi incluído em nossa legislação para punir, de forma específica, o crime de maus-tratos contra pessoa idosa. O novo crime, em verdade, pos sui a mesma pena do art. 136, contudo, dispensa a relação de guarda, autoridade ou vigilância para com o idoso. Assim, se um vizinho comete maus-tratos contra pessoa com mais de 60 anos, sem estar com sua guarda (etc.), infringe o crime da lei especial.

• Maus-tratos e lesões corporais leves

A diferença entre esses dois crimes reside no dolo. Nas lesões corporais, o dolo é de dano, porque o agente quer machucar a vítima. Nos maustratos, o dolo é de perigo.

Quando o agente, a fim de corrigir o filho, aplica-lhe uma surra e, desta, culposamente, decorre alguma lesão, o crime é apenas o de maustratos, já que o delito de lesão culposa possui a mesma pena. Se, contudo, ficar caracterizado que houve dolo de provocar as lesões, o agente responde pelo crime do art. 129, que é mais grave.

1.3.7.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Próprio quanto ao

De ação múltipla,

Instantâneo ou

Doloso quanto ao

concreto quanto

sujeito ativo

vinculada e

permamente

elemento subjetivo

à objetividade

comissivo ou

dependendo da

jurídica

omissivo quanto

hipótese

aos meios de

execução

1.3.7.9. Figuras qualificadas

Art. 136, § 1º — Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 224

11/4/2011 17:24:23

Tendo em vista o montante da pena, consideravelmente pequena em face do resultado morte ou lesão grave, tornase inequívoca a conclusão de que se tratam de hipóteses **exclusivamente preterdolosas**, em que o agente atua com dolo em relação aos maustratos e culpa quanto ao resultado agravador. Nesse sentido: "*Se não pretendia o acusado eliminar o filho e tampouco assumiu o risco de fazê-lo, mas objetivava corrigi-lo, ainda que de forma despropositada, descontrolada e brutal, a ponto de provocar-lhe a morte, deverá responder pelo delito de maus-tratos, na forma qualificada (§ 2º do art. 136, do CP), e não por homicídio qualificado*" (TJSP —

Rel. Silva Leme — *RT* 561/328).

Na hipótese em que a vítima sofre lesão grave, o juiz pode aplicar a regra do art. 92, II, do Código Penal, e decretar, como efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela. Tal dispositivo aplica-se

também ao crime de tortura, que, igualmente, possui pena de reclusão. Essa regra do Código Penal é inaplicável em relação à modalidade simples do crime de maus-tratos, porque esta é apenada com detenção e o dispositivo é expresso no sentido de ser aplicável somente a crimes apenados com reclusão. É evidente, porém, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por conter normas genéricas, permite ao juiz da Vara da Infância e Juventude decretar a suspensão ou perda do pátrio poder em qualquer ca so de maus-tratos, desde que haja razões para tanto. Nesse caso, contudo, não se trata de efeito decorrente imediatamente da condenação criminal, e sim de decisão de outro Juízo.

1.3.7.10. Causas de aumento de pena

Art. 136, § 3º — A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos.

Esse dispositivo, inserido no Código Penal pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, inviabiliza a aplicação ao crime de maus-tratos da agravante genérica do art. 61, II, *h*, do Código, que se refere a crimes cometidos contra criança.

1.3.7.11. Ação penal

É pública incondicionada e, na modalidade simples do delito, de competência do Juizado Especial Criminal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 225

11/4/2011 17:24:23

IV

DA RIXA

1.4. DA RIXA

Neste Capítulo está descrito apenas o crime de rixa em suas figuras simples e qualificadas.

1.4.1. Rixa

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena — detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

Não é rara a existência de tumultos com grande número de pessoas envolvidas na troca de agressões em que se torna impossível, pela quantidade de litigantes, saber quem agrediu quem. O legislador resolveu, então, punir todos os que integrarem a luta, independentemente de se fazer prova das pessoas que atingiram ou foram atingidas por este ou aquele réu. Em suma, todos serão acusados pelo crime de rixa, ainda que tenham "levado a pior" na briga.

Evidente que aqueles que se limitaram a atos de defesa ou que entraram na luta apenas para separar os lutadores não responderão pelo delito.

A rixa é uma **luta desordenada**, marcada pelo tumulto, que envolve a troca de agressões por pelo menos **três pessoas**, em que os lutadores **visam todos os outros** indistintamente.

Não há crime de rixa quando há vários lutadores, porém, reste clara a existência de dois grupos perfeitamente delineados lutando entre si. Nesse caso, os integrantes do grupo respondem pelas lesões causadas nos opositores e vice-versa. A jurisprudência, todavia, vem reconhecendo o crime de rixa quando se inicia uma troca de agressões entre dois grupos distintos, mas, em razão do grande número de envolvidos, surge tamanha confusão, que, durante seu desenrolar, torna-se bastante difícil identificar todos os componentes de cada grupo. Em tais casos, em que é impossível saber quem atingiu quem, torna-se inviável a aplicação do crime de lesão corporal, restando punir os agentes por crime de rixa. É o que ocorre, por exemplo, em algumas brigas de torcedores em que o número de envolvidos é tão elevado que se torna 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 226

11/4/2011 17:24:23

I Dos Crimes Contra a Pessoa

227

impossível a identificação das partes, pois nem todos estão identificados com as camisas de seus times.

Pode parecer que a configuração do crime de rixa seja rara, o que, entretanto,

não é verdade, havendo inúmeros casos de condenação em nossa jurisprudência.

São esclarecedores os seguintes julgados: "*Conceitua-se a rixa como sendo lutas que surgem inopinadamente envolvendo várias pessoas que, voluntariamente, adentram no palco dos acontecimentos para o que der e vier, figurando como agres-soras e agredidas ao mesmo tempo*" (Tacrim-SP — Rel. Silva Pinto — *Jutacrim* 87/434); "*O delito de rixa caracteriza-se pela confusão ou tumulto e pela participação de vários contendores, sem que se possa saber a atuação hostil de cada participante.*

Assim, encontrando-se determinada a posição de cada agente, não há falar-se na infração" (Tacrim — Rel. Castro Duarte — *Jutacrim* 52/266); "*Tipifica o delito de rixa a participação no conflito sem o objetivo de separar os contendores, sendo irrelevante que não tenha sido definida exatamente a autoria das lesões*" (Tacrim-SP

— Rel. Manoel Pedro — *Jutacrim* 13/373); "*A rixa é delito de multidão, isto é, de um grupo mais ou menos elevado de pessoas que se agridem mútua e indiscriminada-mente, impossibilitando ou dificultando a perfeita determinação do modo de agir de cada um no desenrolar da contenda*" (Tacrim-SP — Rel. Silvio Lemmi — *Jutacrim* 43/377); "*Caracteriza-se o delito de rixa por uma confusão originária e por isso mesmo conceitual, bem como pela subitaneidade correlata, traços que, também por isso, impossibilitam ou dificultam a apuração da conduta de cada um dos rixentos*" (Tacrim-SP — Rel. Italo Galli — *RT* 412/307); "*Responderá por participação na rixa quem, inicialmente, tem intenção de separar os dois briguentos, mas, quando da confusão generalizada, dela é parte integrante e ativa. Inteiramente prejudicado o alegado ânimo de apartar os contendores quando o pacificador se transforma em mais um briguento*" (Tacrim-SP — Rel. Chiaradia Netto — *Jutacrim* 5/15).

1.4.1.1. Objetividade jurídica

A vida e a saúde das pessoas envolvidas na luta.

1.4.1.2. Tipo objetivo

A conduta típica é "participar de rixa", que significa tomar parte na troca de agressões desferindo chutes, socos, pauladas etc.

A doutrina costuma fazer uma distinção, esclarecendo que a participação pode

ser:

a) Material — por parte daqueles que realmente **integram** a luta. Estes são autores do crime. Na rixa devem existir pelo menos três pessoas nessa situação.

b) Moral — por parte daqueles que **incentivam** os demais a tomarem arte no evento por meio de induzimento, instigação ou qualquer outra forma de estímulo. O partícipe moral, todavia, deve ser, no mínimo, a quarta pessoa, já que a tipificação do crime exige pelo menos três na efetiva troca de agressões.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 227

11/4/2011 17:24:23

Na primeira hipótese, o agente é chamado de **partícipe da rixa** e, na segunda, de **partícipe do crime de rixa**.

• Legítima defesa

Quem entra na rixa para participar da luta não pode alegar legítima defesa, afirmando que agrediu outras pessoas por ter sido agredido por elas. Ocorre que, quem entra na luta, por esse simples fato já está praticando ato antijurídico e, no exato instante em que nela ingressa, já está cometendo o delito de rixa.

É claro, por outro lado, que, se todos estiverem lutando desarmados e, em determinado momento, um dos lutadores puxar uma faca e correr em direção a outro, e este, para se defender da facada, acabar matando o oponente, teremos legítima defesa em relação ao homicídio, mas o crime de rixa, que já havia se consumado, deverá ser reconhecido, aliás, em sua forma qualificada em razão da morte — ainda que decorrente de legítima defesa.

Igualmente pode alegar legítima defesa quem estava no local no momento em que a luta se iniciou e nela não adentrou, porém, teve de se defender no instante em que os briguentos dela se aproximaram desferindo chutes e socos.

É evidente que quem entra na luta apenas para separar os contendores e acaba se

defendendo de um ou outro gesto agressivo está em situação de legítima defesa.

1.4.1.3. Sujeitos do delito

O crime de rixa enquadrase no conceito de crime **de concurso necessário**, pois, para sua configuração, mostra-se necessário o envolvimento de, no mínimo, três pessoas. Nesse número incluemse os menores de idade e doentes mentais.

Na rixa as condutas são definidas como **contrapostas**, já que os rixosos agem, indistintamente, **uns contra os outros**. Dessa forma, todos são, ao mesmo tempo, autores e vítimas do crime. Os réus são também sujeitos passivos do crime.

A rixa é crime único praticado por três ou mais pessoas. Por isso, não pode ser usada como exemplo de conexão por reciprocidade, já que o instituto da conexão pressupõe a configuração de dois ou mais crimes, o que ocorre, por exemplo, quando há dois crimes de lesões corporais (recíprocas).

1.4.1.4. Consumação

No momento da troca de agressões. Trata-se de crime de **perigo abstrato** em que a lei presume o perigo em razão do entrevero.

Trata-se de crime de perigo em que se pune a simples troca de agressões, sem a necessidade de que quaisquer dos envolvidos sofra lesão. Caso isso ocorra e o autor das lesões seja identificado, ele responderá pela rixa e pelas lesões leves. A contravenção de vias de fato, porém, fica absorvida. Se alguém sofrer lesão grave ou morrer, a rixa será considerada qualificada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 228

11/4/2011 17:24:23

1.4.1.5. Tentativa

Em regra não é possível, pois, ou ocorre a rixa e o crime está consumado, ou

ela não se inicia, e, nesse caso, o fato é atípico. É que, em geral, a rixa surge subitamente, *ex improviso*, sem prévia combinação e, se surgiu, o crime já se consumou.

Damásio de Jesus,96 por sua vez, salienta ser possível a tentativa na rixa *ex proposito*, em que várias pessoas combinam uma briga entre si, na qual cada um lutará indistintamente contra todos, marcando inclusive horário para a luta ocorrer. Nesse caso, se a polícia for avisada e evitar o início da violência recíproca, o crime es ta rá tentado. Recentemente foi noticiado que jovens agendavam, pela *internet*, lutas generalizadas.

1.4.1.6. Elemento subjetivo

É o dolo de integrar a luta. É irrelevante o motivo que levou ao surgimento da briga.

1.4.1.7. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de perigo

Comum e de

De ação livre e

De mera conduta e

Doloso quanto ao

abstrato quanto

concurso necessário

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

à objetividade

quanto ao sujeito

aos meios de

ao momento

jurídica

ativo

execução

consumativo

1.4.1.8. Rixa qualificada

Art. 137, parágrafo único — Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

Saliente-se, inicialmente, que a pena da figura qualificada é a mesma, quer a vítima sofra lesão grave ou morra. Essa é a única hipótese em que tais situações são equiparadas no que diz respeito à pena.

A rixa qualificada é um dos últimos resquícios de responsabilidade objetiva em nossa legislação penal, uma vez que sua redação, bem como a explicação contida na Exposição de Motivos do Código Penal, deixa claro que todos os envolvidos na rixa sofrerão maior punição, independentemente de terem ou não sido os responsáveis diretos pelo resultado agravador. Assim, se alguém morrer ou sofrer lesão grave, todos os que tomaram parte na rixa receberão pena maior. Até mesmo a vítima das lesões graves terá sua pena majorada, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência (julgados ao fim deste tópico).

96 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 196.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 229

11/4/2011 17:24:23

Se for descoberto o autor do resultado agravador, ele responderá pela rixa qualificada em concurso material com o crime de lesões graves ou homicídio (doloso ou culposo, dependendo do caso concreto), enquanto **todos os demais** continuarão respondendo pela rixa qualificada. É o entendimento, dentre outros, de Nélson Hun -

gria,97 Júlio Fabbrini Mirabete,98 Cezar Roberto Bitencourt99 e Fernando Capez.100

Sem discordar expressamente desse entendimento, reconhecendo tratarse da solu

ção prevista em lei, Damásio de Jesus101 a critica, alegando que se cuida de dupla apenação pelo mesmo fato, e conclui que a solução **deveria** ser a punição por rixa simples em concurso material com a lesão grave ou morte.

A qualificadora se aplica, quer o resultado tenha ocorrido em um dos integrantes da rixa, quer em terceiro que passava pelo local e apenas assistia a luta.

Se ocorrerem várias mortes, será reconhecida apenas uma rixa qualificada, devendo a pluralidade de mortes ser levada em conta na fixação da pena-base.

Diz a lei que a rixa é qualificada quando efetivamente ocorre lesão grave ou morte. Assim, em caso de tentativa de homicídio perpetrada durante a luta em que a vítima não sofra lesão grave, não se reconhece a qualificadora. Por isso, se identificado o autor da tentativa de homicídio, ele responde por esse crime em concurso material com rixa simples e, para os demais integrantes da briga, aplicase somente a pena da rixa simples.

Se o agente tomou parte da rixa e dela se afastou antes da morte da vítima, responde pela forma qualificada, com o argumento de que, com seu comportamento anterior, colaborou para a criação de condições para o desenrolar da luta, que culminou em resultado mais lesivo. Por outro lado, se ele entrou na luta após o evento morte, responde apenas por rixa simples.

Os seguintes julgados dizem respeito ao crime de rixa qualificada:

“*Se ocorre conflito generalizado, com a efetiva participação de três ou mais pessoas, uma das quais sofre ferimento grave, configurada estará a rixa qualificada (CP, art.*

137, parágrafo único), crime pelo qual responderão todos os contendores. Identificado, porém, entre os rixentos, o autor da lesão, responderá ele, e somente ele, pelos crimes de rixa qualificada e lesão grave, em concurso material" (TJRJ — Rel. Raphael Cirigliano — *RT* 550/453); "*Não se exime da pena de rixa qualificada o participante que sofre a lesão de natureza grave. Não se trata de puni-lo pelo mal que sofreu, mas por ter tomado parte na rixa, cuja particular gravidade é atestada precisamente pela lesão que lhe foi infligida*" (Tacrim-SP — Rel. Ferreira Leite — *RT* 423/390); "*Sendo incerta a autoria da lesão recebida por um dos rixentos, todos os partícipes, inclusive o ferido, respondem pela infração agravada*" (Tacrim-SP — Rel. Cunha Camargo — *Jutacrim* 22/235).

97 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. VI, p. 24.

98 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 150.

99 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 278.

100 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 2, p. 215.

101 Damásio de Jesus, *Direito penal,* v. 2, p. 198.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 230

11/4/2011 17:24:23

1.4.1.9. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, mesmo na modalidade qualificada.

1.4.2. Quadros comparativos

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

CRIMES DE PERIGO CONCRETO

• Perigo de contágio venéreo (art. 130);

• Perigo de contágio de moléstia grave (art. 131);

• Omissão de socorro, nas hipóteses de criança aban

• Perigo para a vida ou para a saúde de outrem

donada ou extraviada e de pessoa inválida ou feri

(art. 132);

da ao desamparo (art. 135);

• Abandono de incapaz (art. 133);

• Rixa (art. 137).

• Exposição ou abandono de recémnascido (art. 134);

• Omissão de socorro, na hipótese de pessoa em grave e iminente perigo (art. 135);

• Maustratos (art. 136).

CRIMES COMUNS

CRIMES PRÓPRIOS

• Perigo para a vida ou para a saúde de outrem

• Perigo de contágio venéreo (art. 130);

(art. 132);

• Perigo de contágio de moléstia grave (art. 131);

• Omissão de socorro (art. 135);

• Abandono de incapaz (art. 133);

• Rixa (art. 137).

• Exposição ou abandono de recémnascido (art. 134);

• Maustratos (art. 136).

1.4.3. Questões

1. (Magistratura/SP — 171º concurso) Se o agente, após o abandono e consequente exposição do abandonado a perigo concreto, reassume o dever de assistência, ocorre: a) arrependimento eficaz.

b) desistência voluntária.

c) arrependimento posterior.

d) consumação do crime de abandono de incapaz.

Resposta: "d". O arrependimento aconteceu após a consumação do crime, não se tratando, contudo, de hipótese de arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, que consiste em reparação de dano ou restituição de coisa.

2. (Ministério Público/SP — 79º concurso) O delito de rixa é considerado de concurso necessá-

rio porque:

a) exige a participação de duas ou mais pessoas as quais devem agir com unidade de desígnios.

b) exige a participação de mais de quatro pessoas.

c) exige a participação de três ou mais pessoas identificáveis.

d) exige a participação de, no mínimo, quatro pessoas.

e) exige a participação de três ou mais pessoas.

Resposta: "e". O erro da alternativa C reside no fato de que a punição por crime de rixa não pressupõe a identificação de todos os envolvidos na luta.

3. (Magistratura/SP — 170º concurso) Durante uma partida de futebol, que terminou num conflito entre jogadores, o torcedor Raimundo invade o campo e passa a distribuir socos e pontapés nos contendores, um dos quais vem a sofrer ferimentos graves, causados por outra pessoa envolvida no tumulto. A infração cometida por Raimundo caracteriza-se como:

a) contravenção de vias de fato.

b) participação em rixa qualificada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 231

11/4/2011 17:24:24

c) crime de lesão corporal grave.

d) participação em rixa simples.

Resposta: "b". O art. 137, parágrafo único, do Código Penal é claro no sentido de que todos os que se envolverem na luta responderão pela figura qualificada, ainda que não tenham sido os causadores da lesão grave.

4. (Delegado de Polícia/SP — 2008) No crime de rixa em que os agentes cometem condutas contra pessoa, que, por sua vez, comporta-se da mesma maneira e é também sujeito ativo do delito, fale-se doutrinariamente em:

a) crimes de condutas paralelas.

b) crimes de condutas convergentes.

c) crimes de condutas contrapostas.

d) crimes de condutas dependentes.

e) crimes de condutas monossubjetivas.

Resposta: "c". As condutas são contrapostas porque os agentes atuam uns contra

os outros.

5. (Exame da OAB — 2009.2) A respeito do crime de omissão de socorro, assinale a opção correta:

a) É impossível ocorrer participação, em sentido estrito, em crime de omissão de socorro.

b) A omissão de socorro classificase como crime omissivo próprio e instantâneo.

c) A criança abandonada pelos pais não pode ser sujeito passivo de ato de omissão de socorro praticado por terceiros.

d) O crime de omissão de socorro é admitido na forma tentada.

Resposta: "b". A omissão de socorro é efetivamente crime omissivo e instantâneo. A alternativa A está errada porque todos os que se omitirem no socorro serão autores do crime. A assertiva C está errada porque a lei expressamente diz que criança abandonada pode ser vítima do delito. A alternativa D está errada porque, em se tratando de crime omissivo próprio, não se admite a tentativa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 232

11/4/2011 17:24:24

V

DOS CRIMES CONTRA A HONRA

1.5. DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A Constituição Federal, em seu art. 5º, X, dispõe que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a* ***honra*** *e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"* . Por isso, punese também criminalmente quem, deliberadamente, ofende a honra alheia.

Os crimes contra a honra são a calúnia, a difamação e a injúria. Cada um desses delitos tem requisitos próprios e, além de estarem descritos no Código Penal,

estão também previstos em leis especiais, como o Código Eleitoral, o Militar e a Lei de Segurança Nacional. Desse modo, os tipos penais da legislação comum só terão vez se não ocorrer quaisquer das hipóteses especiais.

Atualmente, a ofensa perpetrada por meio de imprensa configura crime comum, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 130, entendeu que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. É claro, porém, que, se o crime for cometido pela imprensa, na **pro-paganda eleitoral**, estará caracterizada calúnia, difamação ou injúria do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/67).

Crimes contra

a honra

Calúnia

Difamação

Injúria

• Consentimento do ofendido

Sendo a honra um bem disponível, o prévio consentimento do ofendido, desde que capaz, exclui o crime. Já o consentimento dado pelo representante legal de ofendido incapaz não exclui o delito, pois a honra afetada não é a dele. Em tal caso, como os 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 233

11/4/2011 17:24:24

crimes contra a honra, em regra, são de ação privada, o juiz deve nomear curador para analisar a conveniência de intentar queixa-crime em favor do menor, por haver colidência de interesses, no termos do art. 33 do Código de Processo Penal.

1.5.1. Calúnia

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

1.5.1.1. Objetividade jurídica

O crime de calúnia tutela a honra objetiva, isto é, o bom nome, a reputação de que alguém goza perante o grupo social. Em outras palavras, honra objetiva é o que os outros pensam a respeito dos atributos morais de alguém.

1.5.1.2. Tipo objetivo

• Imputação de fato determinado

Na calúnia o agente faz uma imputação de fato criminoso a outra pessoa, ou seja, ele narra que alguém teria cometido um crime. Como a calúnia dirige-se à honra objetiva, é necessário que essa narrativa seja feita a terceiros e não ao próprio ofendido.

Não basta, ademais, que o agente chame outra pessoa de assassino, ladrão, estelionatário, pedófilo, corrupto etc., porque, em todos esses casos, o agente não narrou um fato concreto, mas apenas xingou outra pessoa — o que configura crime de injúria, conforme veremos adiante. A calúnia é o mais grave dos crimes contra a honra, exatamente porque pressupõe que o agente narre um **fato criminoso concreto** e o atribua a alguém. A narrativa, e não o mero xingamento, possui maior credibilidade perante aqueles que a ouvem, e daí o motivo da maior apenação. Por isso, configura calúnia dizer que João entrou em minha casa e subtraiu o toca-CD de meu carro (se for falsa a imputação), mas caracteriza mera injúria comentar simplesmente que João é ladrão.

Não se faz necessária uma narrativa minuciosa do fato, bastando que seja possível ao ouvinte identificar que se está fazendo referência a um acontecimento concreto. A propósito: "*para a caracterização da calúnia, embora a lei não exija minúcias e pormenores, é indispensável que a atribuição feita tenha por objeto fato determinado e falso, definido como crime*" (Tacrim-SP — Rel. Silva Rico — *RJD* 2/58).

• Fato definido como crime

Não importa se a imputação se refere a crime de ação pública ou privada, apenado com reclusão ou detenção, doloso ou culposo etc. Nota-se, todavia, que, se a imputação for de fato contravencional, não há o enquadramento no tipo penal da calúnia, respondendo, porém, o agente por crime de difamação, que abrange a imputação de qualquer outra espécie de fato ofensivo — desde que não seja definido como crime.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 234

11/4/2011 17:24:24

É irrelevante a análise da punibilidade do agente pelo fato que lhe foi imputado.

O que interessa no crime em análise não é saber se o Estado poderia punir o ofendido, se ele efetivamente tivesse cometido o delito. Tanto é assim que o art. 138, § 2º, do CP, expressamente diz ser punível a calúnia contra os mortos. Igualmente, se alguém dizer que Pedro cometeu um furto no dia em que todos assistiam à final da Copa do Mundo de 1994, haverá crime de calúnia se a imputação for falsa, pouco importando que, se fosse verdadeira, Pedro não mais poderia ser punido em face da prescrição. O que importa é que o bom nome de Pedro ficou afetado pela imputação de um fato que, objetivamente, é definido como crime por nossa lei.

Diferente será a solução se o fato for narrado de forma a estar acobertado por excludente de ilicitude, pois, nesse caso, o fato não é encarado como criminoso por parte de quem ouve.

Se alguém está sendo processado por calúnia e o crime por ele imputado ao ofendido deixar de existir, deverá ser beneficiado pela desclassificação para difama

ção. Recentemente, o crime de adultério foi revogado. Ora, se alguém estivesse sendo acusado por calúnia, por ter inventado que Júlia, mulher casada, estava traindo o marido com Jacinto, e, exatamente no transcorrer da ação, sobreviesse a lei revogatória, o agente deveria ser condenado por difamação.

• Falsidade da imputação

Só existe calúnia se a imputação for falsa. Sendo verdadeira, o fato é atípico.

A **falsidade** pode se referir:

a) à existência do fato criminoso imputado, hipótese em que o agente narra um crime que ele sabe que não ocorreu;

b) à autoria do crime, ou seja, quando o delito existiu, mas o agente, tendo ciência de que determinada pessoa não pode ter sido o seu causador, a ele atribui a responsabilidade pelo fato.

A **falsidade** da imputação é o elemento **normativo** do crime de calúnia.

Se o agente faz uma imputação objetivamente falsa, tendo **certeza** de que ela é verdadeira, não responde pelo crime por ter havido erro de tipo, caso se demonstre, posteriormente, que houve engano da parte dele.

1.5.1.3. Elemento subjetivo

É o dolo de ofender a honra objetiva da vítima.

Quando alguém está na **dúvida**, não deve atribuir crime a outrem. Se o faz, e depois se demonstra que a imputação era falsa, responde pela calúnia porque agiu com dolo eventual em relação à falsidade da imputação. Não se confunde essa hipótese — em que o agente estava na dúvida e deveria se calar — com aquela mencionada no tópico anterior, em que ele, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, tinha certeza de que se tratava de imputação verdadeira.

Quando o agente tem plena certeza de que a imputação é falsa, existe dolo direto em relação a este aspecto.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 235

11/4/2011 17:24:24

Victor Eduardo Rios Gonçalves

De qualquer forma, o propósito de ofender a honra é indissociável do crime de calúnia, e para esses casos existe a expressão *animus injuriandi vel diffamandi.* Em suma, quando o agente faz a narrativa perante os ouvintes é necessário que queira atingir a boa reputação da vítima, quer tenha certeza de que a imputação é falsa, quer esteja na dúvida e assuma o risco a esse respeito.

Exige-se, por fim, seriedade na conduta, pois, se a narrativa é feita por brincadeira (*jocandi animu*), o fato é atípico por falta de dolo.

• Calúnia e denunciação caluniosa

Na **calúnia** o agente visa atingir apenas a **honra** da vítima, imputando-lhe falsamente um crime perante outra(s) pessoa(s). Na **denunciação caluniosa**, descrita no art. 339, do Código Penal, a conduta é mais grave, pois nela o agente quer prejudicar a vítima perante as autoridades constituídas, narrando a elas que tal pessoa teria cometido um crime ou contravenção, quando, em verdade, sabe que esta é inocente.

Com isso, o agente dá causa ao início de uma investigação policial, administrativa ou até mesmo a uma ação penal. Em outras palavras, trata-se de crime mais grave porque expõe a risco a liberdade de pessoa inocente e porque faz com que as autoridades percam seu precioso tempo investigando um inocente. A denunciação caluniosa é crime contra a **administração da justiça**.

É comum que, com uma só ação, o agente cometa denunciação caluniosa e, ao mesmo tempo, ofenda a honra da vítima. Nesse caso, nossos tribunais firmaram entendimento de que a calúnia fica absorvida pelo crime mais grave. Nesse sentido:

"*Calúnia e denunciação caluniosa constituem-se em imputações de que uma é excludente da outra, se fundada no mesmo fato*" (STF — Rel. Clóvis Ramalhete — *RT*

561/418); "*A calúnia, como crime menor, é abrangida pela denuncia caluniosa, crime maior, quando ambos os delitos estiverem fundados em um mesmo fato*" (Tacrim-SP — Rel. Gonzaga Franceschini — *RJD* 4/76).

CALÚNIA

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

• 1) Intenção de atingir a honra (crime contra a hon

• 1) Intenção de prejudicar a vítima perante as autora objetiva); ridades (crime contra a administração da justiça);

• 2) Imputação falsa de crime;

• 2) Imputação falsa de crime ou contravenção;

• 3) Ação penal privada.

• 3) Ação penal pública incondicionada.

1.5.1.4. Meios de execução

A calúnia, tal como os demais crimes contra a honra, pode ser cometida de forma verbal, por escrito, por gestos ou por qualquer outro meio simbólico. Apesar de ser de configuração difícil, é plenamente possível, com um gesto de mão, indicar que certa pessoa está, por exemplo, cometendo ato de corrupção. Basta, por exemplo, que um oficial de justiça esteja cumprindo um mandado de reintegração de posse e o agente, com a mão, faça um gesto que dê a entender que ele recebeu dinheiro para tanto. O meio simbólico, por sua vez, pode ser uma *charge* publicada em um informativo, um quadro, uma escultura, uma encenação etc.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 236

11/4/2011 17:24:24

Meios de

execução

Verbal

Escrita

Gestual

Simbólica

1.5.1.5. Formas de calúnia

• Inequívoca ou explícita

Ocorre quando a ofensa é feita às claras, sem deixar qualquer margem de dúvida em torno da intenção de ofender.

• Equívoca ou implícita

Quando a ofensa é velada, sub-reptícia. O agente dá a entender que alguém teria feito alguma coisa.

• Reflexa

Quando o agente quer caluniar uma pessoa, mas, na narrativa do fato, acaba também atribuindo crime a uma outra. Em relação a esta última, a calúnia é reflexa. Ex.: querendo deixar uma mulher malfalada, o agente diz que ela procurou determinado médico para fazer aborto. Reflexamente, o sujeito atribui crime de aborto também ao médico.

Observação: Essas classificações, embora normalmente elencadas na doutrina em rela

ção ao crime de calúnia, aplicam-se também à difamação e à injúria.

Formas

de calúnia

Inequívoca

ou explícita

Equívoca ou implícita

Reflexa

1.5.1.6. Consumação

Por se tratar de crime que afeta a honra objetiva, a calúnia só se consuma no instante em que **terceira pessoa** toma conhecimento da imputação. Independe, portanto, de se saber quando a vítima tomou conhecimento da ofensa contra ela feita.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 237

11/4/2011 17:24:24

Nesse sentido: "*A calúnia por telegrama consuma-se no local de sua expedição, quando a imputação falsa chega ao conhecimento de outrem. Embora obrigado ao sigilo profissional, o funcionário do telégrafo teve conhecimento do fato delituoso, que aí, pois, se consumou*" (STF — Rel. Djaci Falcão — *RT* 459/395).

A calúnia é crime **formal**. Com efeito, o delito pressupõe que o agente queira afetar o bom nome da vítima, mas se consuma quando a imputação chega ao conhecimento de terceiro, ainda que a reputação da vítima não seja efetivamente abalada.

1.5.1.7. Tentativa

A calúnia verbal não admite a tentativa, pois, ou o agente profere a ofensa e o crime está consumado, ou não o faz e, nesse caso, o fato é atípico. Na forma escrita, entretanto, a tentativa é admissível, como, por exemplo, no caso da carta contendo a calúnia que se extravia.

1.5.1.8. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto aquelas que gozam de imunidade. O art. 53 da Constituição Federal confere a Deputados e Senadores inviolabilidade por suas palavras, votos e opiniões, de modo que, quando no exercício de suas atividades — na Casa Legislativa, em palestras ou em entrevistas — não podem ser

acusados de calúnia. A imunidade, contudo, não é absoluta. Quando um Deputado acusa falsamente o síndico de seu condomínio de desvio de dinheiro, que ele sabe não ter ocorrido, responde pelo crime.

Os vereadores, dentro dos limites do município em que exercem a vereança, possuem também imunidade material, nos termos do art. 29, VIII, da Constituição.

1.5.1.9. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa.

• Desonrados

As pessoas que já não gozam de bom nome também podem ser caluniadas porque uma nova ofensa pode piorar ainda mais a sua reputação.

• Mortos

Em relação a estes, existe previsão expressa no art. 138, § 2º, do Código Penal, no sentido de que é punível a calúnia contra os mortos. Ressalta-se, todavia, que o sujeito passivo, em tal caso, não é o falecido, que não mais é titular de direitos. As vítimas são os familiares, interessados na manutenção do bom nome do morto.

• Menores de idade e doentes mentais

A calúnia consiste em imputar falsamente **fato definido em lei como crime**.

Ora, quem diz que um rapaz de 16 anos estuprou uma colega de classe, ciente de que isso é mentira, claramente atribuiu ao menor o crime previsto no art. 213 do CP —

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 238

11/4/2011 17:24:24

estupro — e, com isso, afetou a sua imagem perante a coletividade. Há, inegavelmente, crime de calúnia. O mesmo raciocínio se aplica aos doentes mentais, que também podem ser sujeito passivo do crime.

• Pessoa jurídica

Como pessoas jurídicas, em regra, não podem cometer fato definido como crime, não podem também ser sujeito passivo da calúnia. Eventuais ofensas deverão ter como sujeito passivo a pessoa que, dentro da empresa, seria a responsável pelo fato imputado.

A Constituição Federal, em seus arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, permitem a responsabilização criminal da pessoa jurídica que venha a cometer crimes contra a ordem econômica e a financeira, a economia popular ou o meio ambiente, nos moldes da lei que venha a definir tais modalidades de infração penal. A Lei n. 9.605/98 foi a única aprovada para complementar o texto constitucional e elencar diversos crimes ambientais que podem ser cometidos por pessoa jurídica. Atualmente, portanto, a única hipótese em que é possível caluniar uma pessoa jurídica é imputando-lhe falsamente um fato definido como crime contra o meio ambiente.

1.5.1.10. Subtipo da calúnia

No *caput* do art. 138, encontra-se o tipo **principal** ou **fundamental** do crime, que pune o precursor da calúnia, ou seja, aquele que teve a iniciativa de ofender a honra de outrem, imputando-lhe falsamente o fato criminoso. O **subtipo**, por sua vez, está previsto no art. 138, § 1º, do Código Penal, e reserva as mesmas penas a quem toma conhecimento da imputação e, tendo pleno conhecimento de que ela é falsa, a propala ou divulga. Nesses casos, em nada lhe beneficia a alegação de que não foi ele quem inventou os fatos, e que se limitou a repetir o que ouviu, na medida em que sabia ser falsa a imputação. É evidente que, para a configuração do subti po, é necessário que o agente tenha propalado ou divulgado o fato inverídico de que tomou conhecimento, querendo que seus ouvintes pensem ser verdadeira a assertiva.

Propalar é relatar **verbalmente**. **Divulgar** é relatar por **qualquer outro modo**.

O crime se configura ainda que o agente conte o fato apenas para uma pessoa, pois isso possibilita que o ouvinte retransmita a informação a terceiros.

Importante aspecto a ser ressalvado em relação ao subtipo da calúnia é que a exigência de que o agente tenha efetivo conhecimento em torno da falsidade da imputação faz com que tal delito seja compatível exclusivamente com o dolo direto.

Não admite o dolo eventual.

1.5.1.11. Exceção da verdade

Só existe calúnia se a imputação for falsa. Se ela for verdadeira, o fato é atípico.

A falsidade da imputação é presumida, sendo, entretanto, uma presunção **relativa**, uma vez que a lei permite que o acusado (ofensor) se proponha a provar, no mesmo processo, por meio de exceção da verdade, que sua imputação é verdadeira. Assim, se o querelado conseguir provar a veracidade de suas afirmações, será absolvido e, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 239

11/4/2011 17:24:24

caso o crime imputado seja de ação pública e ainda não esteja prescrito, o juiz deverá remeter cópia dos autos ao Ministério Público, na forma do art. 40 do Código de Processo Penal, para que referida Instituição tome as providências pertinentes —

promoção de ação penal em relação ao autor da infração.

A exceção da verdade é um verdadeiro procedimento incidental, usado como meio de defesa, que deve ser apresentada no prazo da defesa prévia (se o procedimen to tramitar no Jecrim, nas hipóteses em que a pena máxima da calúnia não supere dois anos), ou da resposta escrita (se a tramitação se der no juízo comum por estar presente alguma causa de aumento que retire a competência do Juizado Especial). O querelado pode arrolar testemunhas que venham a juízo para confirmar a veracidade da imputação. O Juiz, então, ouve as testemunhas arroladas por ambas as partes e, ao final, analisa a exceção da verdade. O ônus de provar a veracidade da imputação é do querelado, pois, como

já mencionado, existe uma presunção — relativa — de que ela seja falsa. Assim, caso ele prove cabalmente ser verdadeira a imputação, será absolvido da calúnia por atipicidade de sua conduta. Caso, todavia, não tenha êxito, será conde na-do, exceto, é claro, se houver alguma outra causa que impeça o decreto condenató rio.

• Exceção da verdade quando o querelado goza de foro por prerrogativa de função

O art. 85 do Código de Processo Penal estabelece que, caso seja oposta exceção da verdade contra querelante que goze de foro por prerrogativa de função, deverá a exceção ser julgada pelo Tribunal e não pelo Juízo por onde tramita a ação penal.

Assim, suponha-se que um juiz de direito, sentindo-se caluniado, ingresse com ação penal contra o ofensor, na Comarca de Ribeirão Preto. O querelado, então, ingressa com exceção da verdade, dispondo-se a provar que o juiz efetivamente praticou o crime que lhe foi imputado. Nesse caso, a exceção da verdade deverá ser julgada pelo Tribunal de Justiça. A doutrina, contudo, entende que apenas a exceção é julgada pela Corte Superior, devendo os autos retornarem à comarca de origem para a decisão do processo originário, que, todavia, deverá respeitar os parâmetros do julgamen to quanto à exceção da verdade, que vincula o juiz de 1ª instância.

• Hipóteses em que é legalmente vedada a exceção da verdade

O art. 138, § 3º, do Código Penal, após declarar, inicialmente, que é cabível a exceção da verdade na calúnia, em seguida, enumera três hipóteses em que a utilização desse meio de defesa é vedado:

Art. 138, § 3º, I — Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível.

Suponha-se que João, atual namorado de Luíza, tenha atribuído a Pedro (ex-namorado da moça), perante várias pessoas em uma mesa de bar, crime de dano, dizendo que ele teria sido o responsável pelos riscos que apareceram na lataria do carro dela naquele dia. Suponha-se, ainda, que o fato tenha chegado aos ouvidos de Luíza.

Apenas ela tem legitimidade para ingressar com ação contra o autor do crime de dano, para apurar se foi efetivamente Pedro quem cometeu tal delito, já que se trata de crime de ação privada. Suponha-se, ainda, que ela tenha resolvido não entrar com a ação, até mesmo para não se indispor com o ex-namorado, e que Pedro, sentindo-se ofendido por João, tenha oferecido queixa contra ele acusando-o de calúnia por ter dito que ele praticou crime de dano. Nesse caso, João não poderá entrar com exceção da verdade.

De acordo com o texto legal, João só poderia entrar com exceção da verdade se Pedro já tivesse sido condenado pelo crime de dano. Há, aqui, uma falha em nosso sis tema legislativo. Com efeito, se Pedro já tivesse sido condenado, não haveria necessidade de se opor exceção da verdade, com a consequente dilação probatória. Bastaria ao interessado juntar cópia do processo originário em que Pedro foi condenado.

Caso exista ação em andamento para apurar o crime imputado (o dano no exemplo acima) e seja proposta a ação penal para apurar o crime de calúnia, não será necessário ao querelado opor a exceção da verdade, bastando que alerte o juízo da exist ência da ação para apurar o crime conexo (conexão probatória) para que seja determinada a junção das ações penais, a fim de que haja julgamento conjunto.

Art. 138, § 3º, II — Se o crime é imputado ao Presidente da República, ou chefe de governo estrangeiro.

O dispositivo visa evitar que, em razão da grandeza do cargo exercido, uma pessoa qualquer que tenha falado mal do presidente se disponha a provar que sua imputação seja verdadeira, causando constrangimentos desnecessários. O texto legal, portanto, confere uma espécie de imunidade ao Presidente, garantindo que somente possa ser acusado de maneira formal pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, e nunca como forma de defesa de alguém que esteja sendo acusado por caluniálo.

Assim, quando alguém está sendo acusado por ter caluniado, por exemplo, um

Go vernador de Estado, é cabível a exceção da verdade, mas esta será julgada pelo Superior Tribunal de Justiça. Igualmente se a exceção da verdade é oposta contra um Prefeito, a exceção será cabível, mas será julgada pelo Tribunal de Justiça, tudo nos termos do art. 85 do Código de Processo Penal. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não julga exceção da verdade contra o Presidente da República, porque esta é vedada. Pode, entretanto, o Pretório Excelso julgar exceção da verdade contra Deputados Federais, Senadores e outras autoridades que gozem de foro por prerrogativa de função junto àquele tribunal.

Se o crime contra a honra tiver sido cometido por motivação política, ou se houver lesão real ou potencial à Segurança Nacional, haverá crime específico — contra a Segurança Nacional (art. 26, c.c. arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.170/83).

Em relação aos chefes de governo estrangeiro (Primeiros-Ministros, por exemplo), a vedação visa prestigiar as relações internacionais, impedindo que um cidadão qualquer se proponha a produzir provas contra o chefe de outra nação.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 241

11/4/2011 17:24:25

Art. 138, § 3º, III — Se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

O crime imputado pode ser de ação pública ou privada. Em qualquer caso, se já existe sentença absolutória transitada em julgado em relação a tal crime, a presunção de falsidade da imputação torna-se absoluta, não sendo possível opor-se a exceção da verdade, ainda que se alegue a existência de novas provas não juntadas no processo originário em que o ofendido (da calúnia) foi absolvido. O argumento é de que a absolvição transitada em julgado impede que se reabra discussão em torno do tema.

Entendemos equivocada a regra. Com efeito, se a absolvição nos autos originários se deu por insuficiência de provas, deve ser possível o uso de novas provas em exceção da verdade. Realmente a ação originária não poderá ser

reaberta porque não existe revisão criminal *pro societate*. É absurdo, contudo, impossibilitar a defesa do querelado em situações como esta, fazendo com que seja condenado apesar de ter feito uma imputação verdadeira.

VEDAÇÕES À OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DA VERDADE

Se o crime imputado é de ação

Se a ofensa for contra o Presidente

Qualquer que seja o crime, se o

privada, salvo se o ofendido já foi

da República ou chefe de governo

ofendido já foi absolvido por

condenado por tal crime.

estrangeiro.

sentença irrecorrível.

• Possibilidade de condenação por imputação verdadeira

Conforme já mencionado, existe presunção de que as imputações de crime são falsas, em razão do princípio da presunção de inocência, que, no caso, aplica-se em favor do ofendido pela calúnia. Tal presunção, contudo, é relativa, porque a lei, em regra, admite a exceção da verdade. O ônus de provar a veracidade da imputação, contudo, é de quem a faz. Ocorre que, nas hipóteses em que a lei veda o uso da exceção da verdade, a presunção de falsidade da imputação assume caráter absoluto e o autor da imputação pode ser condenado, ainda que tenha feito narrativa verdadeira, já que está impossibilitado de fazer prova nesse sentido.

• Inconstitucionalidade da vedação da exceção da verdade

Exatamente por possibilitar a condenação por crime de calúnia de pessoa que fez imputação verdadeira e, portanto, não teria cometido crime algum, é que parte da

doutrina vem sustentando que essas vedações ao uso da exceção da verdade ferem o princípio constitucional da ampla defesa, porque proíbem o uso de meio de defesa que demonstraria a atipicidade da conduta.

• Exceção de notoriedade do fato

O art. 523 do Código de Processo Penal prevê, ainda, a exceção de **notoriedade** do fato, em que o querelado, nos crimes de calúnia e difamação, visa demonstrar que apenas falou coisas que já eram de domínio público, de modo que sua fala não atingiu a honra da vítima, pois o assunto já era, anteriormente, de conhecimento geral.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 242

11/4/2011 17:24:25

1.5.1.12. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.5.2. Difamação

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa.

1.5.2.1. Objetividade jurídica

O crime de difamação tutela também a honra **objetiva**, isto é, o bom nome, a reputação de que alguém goza perante o grupo social. De modo simplificado, honra objetiva é o que os outros pensam a respeito dos atributos de alguém.

1.5.2.2. Tipo objetivo

• Imputação de fato determinado

Conforme indica o próprio nome do delito, difamar significa causar má fama, arranhar o conceito de que a vítima goza perante seus pares, abalar sua reputação.

Tal como ocorre na calúnia, a difamação pressupõe que o agente atribua à vítima um **fato determinado**, concreto, que, aos olhos de outrem, seja algo negativo. O

que distingue os dois delitos basicamente é que, na calúnia, o fato imputado necessariamente deve ser definido como crime, enquanto a **difamação é genérica**, isto é, abrange a imputação de qualquer outro fato ofensivo. Assim, constitui difama

ção dizer, com o intuito de atingir a honra alheia, que um trabalhador estava embriagado enquanto prestava serviços; que um empreiteiro utilizou material de péssima qualidade em uma construção; que o empregado dorme em serviço; que o juiz não lê direito os processos que decide; que uma mulher casada está tendo relações sexuais com o vizinho; que determinada moça foi vista trabalhando

como garota de programa em certa casa noturna (a prostituição em si não é crime); que viu determinada pessoa pagando por programa com um travesti; que certa pessoa estava fumando maconha em uma festa (o uso da droga não é crime, e sim o porte e o tráfico) etc.

A imputação de fato **contravencional** não está abrangida pelo tipo penal da calúnia, que se refere exclusivamente à imputação falsa de crime. Assim, comete difamação quem atribui a outrem a exploração de jogo do bicho ou a venda de bebida alcoólica para menores (que constituem atos contravencionais).

• Falsidade da imputação

Ao contrário do que ocorre com a calúnia, **na difamação não se exige que a imputação seja falsa**. Em outras palavras, a lei tenciona que cada um tome conta da 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 243

11/4/2011 17:24:25

própria vida e evite fazer comentários desairosos sobre a vida alheia, pois, ainda que verdadeiros, constituirão crime de difamação. Assim, se alguém viu a filha do vizinho entrando para trabalhar em casa de prostituição, não deve espalhar isso para os demais moradores, porque, ao fazê-lo, o agente sabe que a moça ficará mal falada.

Se o fizer, responderá pela difamação, ainda que o fato seja verdadeiro.

Ressalte-se, todavia, que é relativa a premissa de que existe difamação ainda que a imputação seja verdadeira. Com efeito, se um funcionário de um prédio conta para o patrão que a babá de seu filho não cuida da criança quando ela está perto da piscina para ficar namorando ou que usa droga na presença da criança, não está configurada a infração por falta de intenção de ofender, já que ele visa apenas proteger o menor.

• Inexistência de subtipo

Como na difamação não existe necessidade de a imputação ser falsa, entendeu o

legislador ser desnecessário criar um subtipo. Com efeito, na calúnia, o legislador sentiu a necessidade de especificar que existe crime na conduta daquele que não foi o seu precursor, em nada lhe beneficiando o argumento de que apenas repetiu o que lhe disseram, se estava ele ciente da falsidade da imputação por ele propalada ou divulgada. Na difamação quem repete o que ouviu comete nova difamação, por não existir figura autônoma para a hipótese.

1.5.2.3. Exceção da verdade

Como na difamação a veracidade da imputação não afasta a tipicidade, evidente que, em tal infração penal, a **exceção da verdade é incabível**, pois não geraria qualquer efeito prático.

Excepcionalmente, todavia, o art. 139, parágrafo único, do Código Penal, estabelece que, se o fato é imputado a **funcionário público** e diz respeito ao exercício de suas funções, será cabível a exceção da verdade. De acordo com a doutrina, essa regra se justifica porque há interesse em se permitir que o autor da imputação demonstre que um funcionário público agiu de forma irregular, para que ele possa ser punido e até mesmo eventualmente desligado de suas funções. Se a exceção da verdade for julgada procedente, o querelado será absolvido. A prova da verdade nesse caso funciona como excludente específica da ilicitude do crime de difamação.

1.5.2.4. Diferenças entre calúnia e difamação

CALÚNIA

DIFAMAÇÃO

• 1) O fato imputado deve ser definido como crime;

• 1) O fato imputado deve ser desonroso, mas nun

• 2) A imputação deve ser falsa;

ca definido como crime;

• 3) É punível contra os mortos;

• 2) Não é necessário que a imputação seja falsa;

• 4) Admite, em regra, a exceção da verdade;

• 3) Não é possível contra os mortos;

• 5) Possui subtipo.

• 4) Não admite, em regra, a exceção da verdade;

• 5) Não possui subtipo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 244

11/4/2011 17:24:25

1.5.2.5. Elemento subjetivo

É o dolo de denegrir a honra alheia. É necessário que o agente faça a imputação com *animus diffamandi.* Se o agente imputa um fato, sem se dar conta de que pode ser tido como desonroso, não comete o crime, por ter havido o que a doutrina e a jurisprudência chamam de *animus narrandi*. Assim, ao comentar com outrem que sempre tem visto Antonio jogando truco na mesa de um bar, sem a intenção de ofendê-lo, o agente não comete difamação por falta de dolo, ainda que, para o ouvinte, possa soar como algo negativo alguém, costumeiramente, permanecer horas jogando cartas. Igualmente, comentar ter visto o Pedro, meia hora atrás, quando ele apostava no jogo do bicho, não constituirá difamação se o agente tiver feito esse comentário por ter se acostumado com pessoas apostando no jogo do bicho, sem se dar conta de que o apostador também é contraventor.

1.5.2.6. Meios de execução

Como os demais crimes contra a honra, a difamação pode ser cometida de forma verbal, por escrito, gestos ou qualquer meio simbólico.

Há alguns anos, um jogador de famoso time de futebol foi expulso de campo pelo árbitro e, ao deixar o gramado, fez um sinal típico para as câmeras de

televisão e para o público, deixando claro com tal gesto que estava acusando o árbitro de atuar embriagado.

Tem se tornado comum, por sua vez, a difamação pela montagem de fotografias e posterior divulgação via *internet* (meio simbólico).

1.5.2.7. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto aqueles que gozam de imunidade, como os De putados e Senadores, e os Vereadores, nos limites do município onde exercem suas atividades (arts. 53 e 29, VIII, da Constituição Federal). Necessário, porém, que não se trate de ofensa gratuita, despida de relação com o desempenho das funções, pois, caso contrário, haverá delito. Nesse sentido: *"a imunidade, em sentido material, prevista no art. 53 da CF, não alcança manifestações proferidas com finalidade diversa da função parlamentar. Assim, as ofensas perpetradas fora do âmbito da Assembleia Legislativa e sem qualquer relação com o exercício do mandato, justificam o prosseguimento da ação penal"* (STJ — HC 22.556 — Rel. Min. Jorge Scartezzini — *DJU* 18.08.2003, p. 216); *"o entendimento pretoriano realça que a imunidade material dos vereadores, concebida pela Constituição Federal, quanto aos delitos de opinião, se circunscreve ao exercício do mandato em estreita relação com o desempenho da função do cargo. Há, portanto, limites para os pronunciamentos feitos no recinto da Câmara dos Vereadores, quando não restritos aos interesses do município ou da própria edilidade..."* (STJ — HC 29.092 — Rel. Min. Paulo Medina — *DJU* 16.05.2005, p. 420).

O art. 7º, § 2º, Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), que regulamentou a imunidade dos advogados descrita genericamente no art. 133 da Constituição Federal, dispõe 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 245

11/4/2011 17:24:25

que tais profissionais não cometem crimes de difamação ou injúria, quando no exercício de suas atividades, sem prejuízo das sanções disciplinares pelo órgão próprio da Ordem. A imunidade alcança eventuais ofensas feitas no bojo de ação judicial, em acompanhamento de clientes em delegacias de polícia, em

Comissões Parlamentares de Inquérito, em Tabelionatos, durante oitiva em inquérito civil no Ministério Público etc. É evidente, contudo, que referida imunidade não é absoluta, não alcançando ofensas que não tenham qualquer relação com a atividade profissional.

Os membros do Ministério Público gozam também de imunidade nos termos do art. 8.625/93 — Lei Orgânica do Ministério Público.

O art. 41 da Lei Complementar n. 35/79, Lei Orgânica da Magistratura, confere o mesmo tipo de imunidade aos juízes de direito: *"salvo os casos de improbidade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir"* . A esse respeito, vejase o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: *"o Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o* usus fori *e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexo de causalidade e pertinência. Doutrina. Precedentes.*

A ratio subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição" (STF — Inq. 2.699/DF —

Rel. Min. Celso de Mello — Pleno — *DJe* 07.05.2003).

1.5.2.8. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa.

• Desonrados

As pessoas que já não gozam de bom nome também podem ser difamadas, porque uma nova ofensa pode piorar ainda mais sua reputação.

• Mortos

Como só existe regra expressa prevendo possibilidade de punição para a calúnia (art. 138, § 2º, do CP), a doutrina firmou entendimento de que **não é punível a**

difamação contra pessoas mortas.

• Menores de idade e doentes mentais

Tais pessoas têm reputação a zelar e **podem**, perfeitamente, ser vítimas de difamação. Em caso concreto, um funcionário de escola de ensino fundamental disse ter visto dois adolescentes fazendo "troca-troca" no banheiro, provocando forte repercussão no âmbito da escola e comentários em toda a coletividade. Os jovens passa02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 246

11/4/2011 17:24:25

I Dos Crimes Contra a Pessoa

247

ram a ser objeto de zombaria por parte de outros estudantes, provocando sérios danos psicológicos em ambos, que, inclusive, mudaram de estabelecimento de ensino.

• Pessoa jurídica

É antiga a polêmica em torno da possibilidade de a pessoa jurídica figurar como vítima do crime de difamação.

No sentido afirmativo, podemos elencar autores como Damásio de Jesus,102 Cezar Roberto Bitencourt103 e Flávio Monteiro de Barros.104 Segundo esses autores, a pessoa jurídica possui reputação, nome a zelar, que pode ser afetada pela atribuição de fatos desonrosos. A maliciosa propalação de que determinada empresa não cumpre suas avenças ou de que sempre atrasa as entregas de mercadorias pode afetar irremediavelmente seus negócios. O Supremo Tribunal vem admitindo a difamação contra pessoa jurídica, em razão de dispositivo nesse sentido no art. 23, III, da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), não havendo motivos para que o fato não seja criminoso se, igualmente ofensivo, mas cometido por meio diverso, já que o bem jurídico tutelado é o mesmo. Veja-se: "*A pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes de injúria e calúnia, sujeitando-se apenas à imputação de difamação. Precedentes*" (STF — Rel. Maurício Corrêa — Pet 2491/AGr/BA — *DJ* 14.06.2002, p. 00127).

Ainda nesse sentido: RHC 61993/RS; RHC 59290/RS e Inq. 800/RJ.

Em entendimento mais conservador, Nélson Hungria105 e Magalhães Noronha106

recusam a possibilidade de pessoa jurídica ser vítima de difamação, argumentando, basicamente, que, estando a difamação contida no Título Dos Crimes Contra a Pessoa, só pode ter como vítima pessoas naturais, pois é isso o que ocorre nos demais delitos elencados em tal Título. No Superior Tribunal de Justiça, podem ser encontrados inúmeros julgados nesse sentido: "*Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser vítima dos crimes contra a honra previstos no Código Penal. A própria difama-*

ção ex vi legis *(art. 139 do CP) 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 Código Penal), não se inclui a pessoa jurídica no polo passivo e, assim, especificamente, (Capítulo IV do Título I) só se protege a honra das pessoas físicas. (Precedentes)" (STJ — Ag.Rg n. 672522/PR — Rel. Félix Fischer

— *DJ* 17.10.2005, p. 335). No mesmo sentido: HC 7391/SP; HC 10602/GO; RHC

7512/MG; REsp 603.807/RN.

Entendemos correto o primeiro entendimento, pois, no Título I da Parte Especial, que trata dos crimes contra a pessoa, existem outros crimes praticados contra

102 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 207.

103 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 302.

104 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 186.

105 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 44.

106 Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 121.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 247

11/4/2011 17:24:25

pessoa jurídica, como, por exemplo, o de violação de correspondência comercial (art. 152 do CP).

1.5.2.9. Consumação

Considerando que a difamação atinge a honra objetiva — porque diz respeito à imputação de fato concreto —, a consumação se dá quando **terceira pessoa** toma conhecimento da imputação.

1.5.2.10. Tentativa

Só é possível na forma escrita, quando, por exemplo, uma carta contendo a ofensa se extravia.

1.5.2.11. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.5.3. Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena — detenção, de um a seis meses.

1.5.3.1. Objetividade jurídica

O crime de injúria diz respeito à **honra subjetiva**, ou seja, ao sentimento que cada um tem acerca de seus próprios atributos físicos, morais ou intelectuais. É um crime que afeta a **autoestima** da vítima, seu amorpróprio.

1.5.3.2. Tipo objetivo

• Atribuição de característica negativa

A injúria difere totalmente dos outros crimes contra a honra porque é o único deles em que o agente não atribui um fato determinado ao ofendido. Na injúria, o agente não faz uma narrativa, mas atribui uma qualidade negativa a outrem. Consiste, portanto, em um xingamento, no uso de expressão desairosa ou insultuosa para se referir a alguém.

A característica negativa atribuída a alguém, para configurar injúria, deve ser ofensiva à sua dignidade ou decoro.

A ofensa à **dignidade** é aquela que se refere aos atributos **morais** da vítima. Configuram-na dizer que alguém é safado, ladrão, velhaco, vagabundo, golpista, corrupto, estelionatário, pedófilo etc. Muito comum, também, injúria contra mulheres com a utilização de palavras como piranha, vagabunda, prostituta ou outras similares.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 248

11/4/2011 17:24:25

A ofensa ao **decoro**, por sua vez, diz respeito a expressões que afetam os atributos **físicos** ou **intelectuais** de alguém. Tipificam-na taxar alguém de burro, idiota, ignorante, celerado, monstro, baleia, porco, canhão etc.

• **Descrição das palavras ofensivas na peça inicial da ação penal** Ainda que as palavras injuriosas sejam consideradas de baixo calão, devem ser expressamente mencionadas na queixa-crime ou na denúncia, sob pena de inépcia, pois o juiz só pode avaliar se as recebe ou rejeita quando tem efetivo conhecimento da ofensa feita.

1.5.3.3. Elemento subjetivo

É o dolo, ou seja, a intenção deliberada de atingir a honra subjetiva da vítima

— *animus injuriandi vel diffamandi.*

Pacífico, por sua vez, o entendimento de que não há crime, pela ausência de intenção de ofender, quando a palavra desairosa é utilizada por brincadeira ou para disciplinar alguém (*animus jocandi* ou *corrigendi*).

1.5.3.4. Consumação

Por se tratar de crime contra a honra subjetiva, a injúria só se consuma quando a ofensa proferida **chega ao conhecimento da vítima**. Assim, se a ofensa é feita em sua presença, a consumação é imediata. Se feita em sua ausência, o aperfeiçoamento só se dará quando derem ciência à vítima do que dela foi dito.

Verifica-se, portanto, que a injúria pode ser praticada tanto na presença quanto na ausência da vítima.

• Injúria contra funcionário público e desacato

O crime de injúria **contra funcionário público**, referente ao desempenho de suas funções, excepcionalmente, só pode ser cometido na **ausência** da vítima. É que a ofensa irrogada **em sua presença** constitui crime mais grave, previsto no art. 331

do Código Penal, chamado **desacato**. Assim, se um servidor do Poder Judiciário, quando está no cartório, na presença de seus colegas de trabalho, diz que o juiz de direito é preguiçoso para sentenciar, comete crime de injúria agravada pelo fato de a vítima ser funcionário público. Se alguém, todavia, vai até uma sala de audiência e xinga pessoalmente o juiz, responde por desacato.

1.5.3.5. Tentativa

Teoricamente é possível na forma escrita. Todavia, se a vítima em nenhum momento tomar conhecimento da ofensa, não haverá ação penal, já que a ação é privada. Hipoteticamente existe também tentativa quando uma pessoa xinga outra que está em um trem que, ao partir, apita longamente e vaise embora, de modo que a vítima não ouve o que foi dito.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 249

11/4/2011 17:24:25

1.5.3.6. Meios de execução

São os mesmos dos demais crimes contra honra: verbal, por escrito, gestual ou qualquer outro meio simbólico.

Despedir-se de alguém com as mãos fechadas, implica chamá-lo de sovina, pão-duro. Dar o nome de uma pessoa a um porco de criação é uma forma simbólica de ofendê-la. Igualmente quem imprime retrato de outrem em papel higiênico, ou pendura chifres na porta de sua casa, ou serve capim em um prato para que ele coma, ou afixa um rabo na parte traseira de sua calça etc. (os exemplos são de Nélson Hungria).107

Até por omissão o crime pode ser cometido, como na hipótese mencionada por Júlio Fabbrini Mirabete108 em que alguém acintosamente não aperta a mão de pessoa que fora cumprimentá-la.

1.5.3.7. Formas de ofender

A ofensa pode ser feita de forma explícita (ou inequívoca), implícita (ou equívoca) ou reflexa. Chamar um homem de corno, por exemplo, ofende, reflexamente, sua esposa ou namorada.

Pode ainda ser **imediata**, quando feita pelo próprio agente, ou **mediata**, quando ele convence, por exemplo, uma criança a se aproximar de um político e chamá-lo de corrupto. Da mesma forma quem ensina um papagaio a proferir impropérios em referência a certa pessoa.

Nélson Hungria109 sugere, ainda, outras formas de injúria, como, por exemplo: ofensa por exclusão (como quando declaro honestas determinadas pessoas de um gru po, omitindo referência às demais); interrogativa ("será você um gatuno?"); du -

bitativa ou suspeitosa ("talvez seja fulano um intrujão"); irônica (quando alguém, querendo dizer verdades, finge estar brincando); condicionada (quando se diz que alguém seria um canalha se fizesse tal coisa, quando todos sabem que ele o fez); truncada (você é um m...); por fingimento (chamar o juiz de meretríssimo, como se tivesse se enganando).

1.5.3.8. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto as que gozam de imunidade, como Deputados, Senadores, Vereadores em seus municípios, advogados no desempenho de suas atividades, membros do Ministério Público (ver sujeito ativo no crime de difamação).

1.5.3.9. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa. É necessário, todavia, que a ofensa seja endereçada a pessoa ou pessoas determinadas, já que o tipo penal exige expressamente que o agente 107 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 95/96.

108 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 166.

109 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 96.

injurie **“alguém”** . Por isso, dizer que os jogadores de futebol são todos mercenários ou que os banqueiros são vampiros do dinheiro alheio não constitui crime. Por outro lado, se o agente se referir aos jogadores atuais de time determinado ou a banqueiros de certa instituição, responderá pelo crime.

• Desonrados

Podem figurar como sujeito passivo porque têm honra subjetiva. O fato de já ser mal falado pelas outras pessoas não exclui a autoestima e a possibilidade de ser injuriado.

• Mortos

Por não possuírem honra subjetiva, não podem ser injuriados.

• Menores de idade e doentes mentais

Desde que possam entender o significado da ofensa, podem figurar como vítima de injúria. Haverá, entretanto, crime impossível na ofensa endereçada à criança de tenra idade que ainda não compreenda as palavras ditas. Nesse caso, não há que falar em injúria contra os pais, se as palavras referiram-se única e exclusivamente ao menor, já que honra subjetiva não se transfere.

Note-se que, se o menor entende o caráter ofensivo, há crime, mas a ação penal é promovida pelos pais, seus representantes legais. Se o menor, todavia, não entende o que foi dito, o fato é atípico e não há ação a ser proposta.

• Pessoas jurídicas

Na condição de entes fictícios, estes não possuem honra subjetiva e não podem ser sujeito passivo de injúria.

1.5.3.10. Exceção da verdade

Como a injúria não contém a exposição de um fato determinado, em nenhuma hipótese admite-se o uso da exceção da verdade. Seria absurdo, aliás, alguém

chamar outro de burro e querer provar a veracidade da imputação, propondo testes de inteligência a ele.

EXCEÇÃO

DA VERDADE

Difamação: cabível

Calúnia: cabível

quando contra

Injúria: não a admite

como regra

funcionário público

em nenhuma hipótese

em razão da função

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 251

11/4/2011 17:24:26

1.5.3.11. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.5.3.12. Concurso de crimes

Se o agente, em um só contexto fático, faz uso de diversas palavras injuriosas contra a mesma vítima, responde por crime único e não por um crime para cada palavra ofensiva.

É possível, por outro lado, que o agente, em um mesmo momento, profira várias ofensas, de caráter distinto, hipótese em que haverá concurso formal. Suponha-se que o agente, inicialmente, narre um furto determinado, imputando-o a uma certa mulher e, ao final, refira-se a ela como “drogada”. Ele responde por calúnia e injúria.

Se o agente narrasse que ela furtou alguém durante ato de prostituição, estaria narrando dois fatos concretos ofensivos: o furto e o ato de prostituição. Nesse caso, ele responderia por calúnia e difamação.

1.5.3.13. Perdão judicial

Art. 140, § 1º — O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I — quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II

— no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

• Provocação do ofendido

A finalidade do dispositivo é permitir a isenção de pena quando o juiz perceber que um xingamento foi proferido em momento de irritação decorrente de provoca

ção da vítima, que fez com que o agente perdesse momentaneamente o controle das palavras.

É necessário que a provocação seja considerada reprovável e que tenha sido feita naquele exato momento, na presença do ofensor (provocação direta).

• Retorsão imediata

Retorsão significa revide, isto é, trata-se de hipótese em que uma pessoa ofende outra imediatamente após ter sido ofendida por esta. Ambas praticaram crimes de injúria. O fato de alguém ter feito xingamento não torna lícito o revide. O juiz, porém, pode conceder o perdão a ambos. Esse inc. II, se não existisse, estaria contido na hipótese do inc. I.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 252

11/4/2011 17:24:26

1.5.3.14. Diferenças entre injúria e calúnia/difamação

INJÚRIA

CALÚNIA/DIFAMAÇÃO

• 1) Atinge a honra subjetiva.

• 1) Atingem a honra objetiva.

• 2) Consumase quando a vítima toma conheci

• 2) Consumamse quando terceira pessoa toma

mento da ofensa.

conhecimento da imputação.

• 3) Admite perdão judicial em certas hipóteses.

• 3) Nunca admitem perdão judicial.

• 4) Não admite a exceção da verdade.

• 4) A calúnia admite a exceção da verdade como

• 5) A retratação não gera nenhum efeito.

regra e a difamação quando for contra funcionário público em razão da função.

• 5) A retratação, se cabal e antes da sentença, extingue a punibilidade.

1.5.3.15. Injúria real

Art. 140, § 2º — Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se consideram aviltantes.

Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Cuida-se de figura qualificada do crime de injúria, em que o agente ofende a vítima por meio de uma agressão física (violência ou vias de fato).

Para a configuração da injúria real, é preciso que a agressão perpetrada se considere **aviltante** (humilhante) em razão: **a)** Da **natureza do ato**. Raspar o cabelo da vítima, esbofeteá-la em público, cuspir em seu rosto, cavalgar a vítima, jogá-la em uma fonte de água no meio de uma festa etc.

b) Do **meio empregado**. Atirar tomate podre ou ovo em pessoa que está fazendo um discurso; atirar cerveja ou bolo no rosto de alguém em uma festa etc.

A propósito: "*Tosagem de cabelo da mulher, pelo marido, em um ímpeto de ciúme, configura a injúria real, constituindo o ato material do corte de cabelo a*

contravenção de vias de fato, com o objetivo manifesto de injuriar a vítima. Se ocorre apenas vias de fato, a contravenção é absorvida pelo delito" (Tacrim-SP — Rel.

Chiaradia Netto — *RT* 485/333).

• Concurso de injúria real com crime de lesões leves

Se da violência empregada para ofender resultarem lesões corporais, ainda que leves, o agente responderá pelos dois crimes. É o que dispõe expressamente o texto legal, sendo certo, ainda, que as penas devem ser somadas, já que o dispositivo diz que as sanções referentes à injúria real (detenção e multa) devem ser aplicadas "além da 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 253

11/4/2011 17:24:26

pena correspondente à violência". Assim, embora se trate de hipótese que, pelas regras da Parte Geral do Código, enquadra-se no conceito de concurso formal — a mesma agressão ofende e causa as lesões —, cederá vez à regra específica da Parte Especial.

Se o crime for cometido por meio de vias de fato — agressão sem intenção de lesionar —, a contravenção ficará absorvida.

1.5.3.16. Injúria racial ou preconceituosa

Art. 140, § 3º — Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena — reclusão, de um a três anos, e multa.

Essa qualificadora do crime de injúria foi originariamente introduzida no Código Penal pela Lei n. 9.459/97, mas a sua parte final, referente a vítimas idosas ou deficientes, foi inserida pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

A 1ª parte do dispositivo, que trata da ofensa referente à raça, cor, etnia, religião ou origem, conhecida como injúria "racial", merece esclarecimento no sentido

de ser diferenciada do crime de **racismo** do art. 20 da Lei n. 7.716/89, também introduzido pela Lei n. 9.459/97. Com efeito, o crime de injúria, como todos os demais crimes contra a honra, pressupõe que a ofensa seja endereçada a **pessoa determinada** ou, ao menos, a um **grupo determinado** de indivíduos. Assim, quando o agente se dirige a uma outra pessoa e a ofende fazendo referência à sua cor ou religião, configu ra-se a injúria qualificada. O crime de **racismo**, por meio de manifestação de opinião, estará presente quando o agente se referir de forma preconceituosa indistintamente **a todos os integrantes** de certa raça, cor, religião etc.

OFENSA À(S) PESSOA(S) DETERMINADA(S)

OFENSA À(S) PESSOA(S) INDETERMINADA(S)

1) Referente à raça, cor, religião etc., constitui injú1) Referente à raça, cor, religião etc., constitui racismo.

ria qualificada.

2) Referentes a outros aspectos, constitui injúria 2) Referentes a outros aspectos, não constitui crime.

simples.

Lembrese, ainda, da existência de outras modalidades de crime de racismo, não consistentes em ofensas verbais ou escritas, mas decorrentes de atos discriminatórios, como não permitir que alguém fique sócio de clube em razão da raça ou cor, não permitir que se alimente em certo restaurante, que ingresse em ônibus, negarlhe emprego etc.

A qualificadora da injúria, no que diz respeito a pessoas idosas (com mais de 60

anos) ou deficientes, só se configura quando a ofensa for referente a essa condição pessoal da vítima. Assim, configuram-na chamar idoso de “decrépito”, “velho esclerosado”, “velho babão”, “matusalém”, “múmia” ou o deficiente de “ponto e vírgula” (porque ele manca com uma das pernas), “toco” (porque não tem um braço ou as pernas), “retardado” etc. Por sua vez, uma ofensa contra pessoa idosa que não seja 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 254

11/4/2011 17:24:26

referente à sua condição, como, por exemplo, chamá-lo de vagabundo, cons titui injúria simples, com a agravante genérica do art. 61, II, *h*, do Código Penal — crime contra idoso, mas não referente a essa especial condição.

1.5.4. Disposições comuns

1.5.4.1. Causas de aumento de pena

Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I — contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II — contra funcionário público, em razão de suas funções;

III — na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria; IV — contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

Parágrafo único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplicase a pena em dobro.

• Ofensa contra Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro
Qualquer que seja o crime contra a honra, a pena será aumentada em um terço.

Lembre-se, todavia, que, se o crime for o de calúnia ou difamação, e for constatada motivação política, haverá crime específico, previsto na Lei de Segurança Nacional (art. 26 c.c. arts. 1º e 2º, da Lei n. 7.170/83).

• Ofensa contra funcionário público em razão da função

Nos termos do texto legal, deve haver nexo de causalidade entre a ofensa e as funções desempenhadas pelo funcionário ofendido. Presente tal requisito, é irrelevante que os impropérios tenham sido ditos a ele em momento de folga, fora do horário de serviço.

Não se aplica a causa de aumento, contudo, se a ofensa refere-se às funções, mas é feita quando o ofendido já se aposentou ou se desligou do cargo. É que, nesse

caso, ao tempo da ação o ofendido não era mais funcionário público; e a lei exige que o seja.

A propósito: "*O simples fato de ser a vítima vereador não basta à aplicação da majorante do art. 141, II, do CP. Indispensável a tal desiderato ser a ofensa proferida em razão das funções públicas do sujeito passivo*" (Tacrim-SP — Rel. Geraldo Pinheiro — *Jutacrim* 42/178).

• Ofensa feita na presença de várias pessoas

A expressão "várias pessoas" significa que deve haver pelo menos três pessoas presentes. Ocorre que, quando a lei quer se referir a um número mínimo de duas ou de quatro pessoas o faz de forma expressa, como pode-se confirmar nos arts. 155, § 4º, IV; 157, § 2º, II; 226, I; 146, § 1º; e 288, todos do Código Penal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 255

11/4/2011 17:24:26

Nesse número não se computam os autores ou coautores do crime e os que, por qualquer razão, não podem entender a ofensa, como crianças, surdos ou loucos, uma vez que a razão do aumento é a maior lesão à honra decorrente do imediato conhecimento, por diversas pessoas, das palavras desairosas proferidas.

A expressão "na presença", inserida no Código Penal quando não existiam certas tecnologias, não afasta o aumento quando a ofensa é feita em conversas na *internet* em *chats* que envolvam o número mínimo de pessoas exigidos pelo texto legal.

Apesar de a injúria afetar a honra subjetiva, o aumento também se aplica a esse delito, pois, além de o texto legal não trazer exceção expressa, é inegável que xingar alguém em público, quando há várias pessoas presentes, tem maior gravidade. O inc.

III, ademais, menciona expressamente o crime de injúria.

• Meio que facilite a divulgação

São exemplos de meios que facilitam a divulgação: a afixação de cartazes em local público, a distribuição de panfletos, a afixação de faixa em poste, a pichação de muro com dizeres ofensivos, o uso de alto-falantes em veículo, a divulgação em *site* na *internet* ou a distribuição indiscriminada de e- *mails* ou mensagens de texto por meio de telefone celular etc.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 e, no ano de 2009, cassou sua eficácia. Assim, ofensas proferidas em jornais ou revistas, ou em programas de rádio ou de televisão, passaram a se enquadrar na causa de aumento em estudo.

• Calúnia ou difamação contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência

Essa causa de aumento não se aplica ao crime de injúria por haver expressa exclusão no texto legal, na medida em que há regra especial para a injúria consistente na utilização de elementos referentes à condição de pessoa idosa ou deficiente (art. 140, § 3º).

Nos crimes de calúnia e difamação, basta que a vítima seja idosa ou portadora de deficiência. O aumento existe ainda que o ofensa não seja referente a essas con -

dições pessoais, pois a lei não faz exigência em sentido contrário como ocorre na injúria.

A deficiência pode ser física ou mental.

• Paga ou promessa de recompensa

A paga é prévia em relação à prática do crime. A promessa de recompensa é para pagamento posterior.

Trata-se de crime de concurso necessário em que a causa de aumento de pena será aplicada a ambos os envolvidos.

Aqui o aumento é maior do que nas hipóteses anteriores. A pena é aplicada em dobro.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 256

11/4/2011 17:24:26

1.5.4.2. Excludentes de ilicitude

Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

I — a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II — a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III — o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Como o texto legal elenca algumas hipóteses e diz que elas "não constituem injúria ou difamação puníveis", verifica-se que tais regras têm natureza jurídica de causas especiais de exclusão da ilicitude, não constituindo, portanto, infração penal.

Ressalvese que as excludentes **não incidem sobre o crime de calúnia**.

• **Ofensa irrogada pela parte, em juízo, na discussão da causa** Essa hipótese, mencionada no art. 142, I, do Código Penal, aplicava-se, originariamente, para excluir crimes de difamação e injúria tanto nas ofensas feitas pessoalmente por uma das partes como naquelas feitas por seu advogado em juízo. Conforme se verá adiante, em relação aos advogados, o dispositivo encontra-se derrogado, na medida em que passou a existir regra própria em relação a estes, mais abrangente.

O art. 142, I, do CP, todavia, continua em vigor em relação às partes e, para que

exclua a ilicitude, pressupõe que a ofensa seja feita: **a)** Na **discussão da causa**. Deve haver relação entre a ofensa feita e algum dos temas, de fato ou de direito, tratado nos autos. Improprérios ou comentários desairosos feitos gratuitamente constituem crime.

Caso haja vínculo efetivo entre a ofensa e o debate existente nos autos, haverá exclusão da ilicitude, qualquer que tenha sido o meio pelo qual a ofensa tenha sido perpetrada, verbal ou escrita (embora as partes normalmente se manifestem de forma verbal em juízo).

b) Em **juízo**. Pode ser juízo cível ou criminal, trabalhista ou falimentar. A ação pode ser de conhecimento, executória etc.

Observação: A excludente alcança as partes propriamente ditas (autor e réu), bem como assistentes, litisconsortes, terceiros intervenientes, inventariantes etc.

• Ofensa proferida por advogado

O art. 133 da Constituição Federal dispõe que "*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercí-*

cio da profissão, nos limites da lei" .

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 257

11/4/2011 17:24:26

O dispositivo legal que regulamentava o assunto era o mesmo art. 142, I, do Código Penal, que também confere imunidade às partes, na discussão da causa e em juízo. Nosso legislador, porém, atento ao fato de que as funções dos advogados são muito mais amplas, aprovou novo texto legal, mais moderno e adequado ao âmbito de atuação dos advogados, deixando de restringir a excludente a fatos ocorridos em juízo. Nos termos do art. 7º, § 2º, Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), "*o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puní-*

veis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB". O Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do dispositivo em relação ao crime de desacato, mas manteve sua aplicação em relação aos crimes contra a honra. Atualmente, portanto, a imunidade alcança eventuais ofensas feitas no bojo de ação judicial, em acompanhamento de clientes em delegacias de polícia, em Comissões Parlamentares de Inquérito, em Tabelionatos, no Ministério Público para que o cliente seja ouvido no bojo de inquérito civil etc. É evidente, contudo, que referida imunidade não é absoluta, não alcançando ofensas que não tenham qualquer relação com a atividade profissional.

Até mesmo a ofensa contra o juiz da causa está abrangida pelo dispositivo, desde que tenha relevância na defesa do cliente. Assim, se em razões recursais o advogado sustenta que o juiz leu com pressa os autos e, por isso, não percebeu determinada prova relevante, não comete difamação. É claro que se fizer xingamentos completamente descabidos ao magistrado, responderá pelo crime.

Nesse sentido: "*Imunidade do advogado por ofensas ao Juiz ou autoridade dirigente de processo administrativo: superação, pelo art. 7º, § 2º do EOAB (Lei n.*

8.906/94), da jurisprudência formada sob o art. 142, I, do Código Penal, que os subtraía de modo absoluto do alcance da libertas conviciandi *, que, entretanto, continua a reclamar que as expressões utilizadas pelo profissional — ainda que, em tese injuriosas ou difamatórias — guardem pertinência com a discussão da causa e não degenerem em abuso da prerrogativa, mediante contumélias e epítetos pessoais, absolutamente dispensáveis ao exercício do nobre múnus da advocacia*" (STF

— RHC 80.536-DF — 1ª Turma — Rel. Sepúlveda Pertence — *RTJ* 180/245); "*Crime contra a honra; Imunidade profissional do advogado: compreensão da ofensa a Juiz, desde que tenha alguma pertinência à causa. 1. O art. 7º, § 2º, da Lei n.*

8.906/94 (Estatuto da Advocacia) superou a jurisprudência formada sob o art. 142

do CP, que excluía do âmbito da imunidade profissional do advogado a injúria ou a difamação do juiz da causa. 2. Sob a lei nova, a imunidade do advogado se

estende à eventual ofensa irrogada ao juiz, desde que pertinente à causa que defende. 3.

O STF só deferiu a suspensão cautelar, no referido art. 7º, § 2º, do EAOAB, da extensão da imunidade à hipótese de desacato: nem um só voto entendeu plausível a arguição de inconstitucionalidade quanto à injúria ou difamação. 4. A imunidade profissional cobre, assim, manifestação pela imprensa do Advogado-Geral da União, que teria utilizado expressão depreciativa a despacho judicial em causa contra ele movida" (STF — Pleno — Rel. do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*

01.08.2003, p. 105).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 258

11/4/2011 17:24:26

• Manifestação desfavorável da crítica

A finalidade do dispositivo é conferir certa liberdade para que os críticos possam expor suas opiniões sem o receio de cometerem crime. O próprio texto legal, contudo, ressalva que, se o indivíduo utiliza a crítica com a clara e evidente intenção de ofender, responde pelo delito, restando, óbvio, portanto, que não se confere imunidade absoluta aos críticos.

A regra em tela voltou a ter grande importância após o Supremo Tribunal Federal ter declarado que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Fe -

deral, pois, no mais das vezes, a manifestação dos críticos é veiculada em jornais, revistas, ou por meio de rádio etc.

• Conceito desfavorável emitido por funcionário público

O funcionário, em verdade, está apenas cumprindo seu dever, e não poderia mes mo ser punido, tal como ocorre com a excludente genérica do estrito

cumprimento do dever legal. A finalidade do dispositivo é a de ressalvar que mesmo eventuais ofensas não configuram injúria ou difamação, salvo, evidentemente, se houver abusos ou desvios, já que nenhuma imunidade é absoluta. Quando um delegado de polícia menciona que o indiciado é um perigoso bandido, a fim de convencer o juiz a decretar-lhe a prisão preventiva, não incorre em crime de injúria.

• Responsabilidade criminal de quem dá publicidade à ofensa

Se uma ofensa é feita, por exemplo, no bojo de uma ação trabalhista, por uma das partes, o fato não constitui crime, mas o funcionário do Judiciário que dela tome conhecimento e passe a divulgar seu conteúdo responde pelo crime. O mesmo ocorrerá na hipótese de quem divulga o conceito desfavorável emitido por funcionário público.

1.5.4.3. Retratação

Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

A retratação é causa **extintiva** da punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do Código Penal.

Retratar significa voltar atrás no que disse, assumir que errou ao fazer a imputação.

Para que gere efeitos, é necessário que a retratação seja **cabal**, isto é, total e incondicional. Deve englobar tudo o que foi dito. É evidente, portanto, que não há ver dadeira retratação quando o agente diz que errou ao imputar um desvio de cinquenta mil reais, porque, em verdade, o furto foi de apenas trinta mil.

Trata-se de circunstância de caráter **pessoal**, de modo que, se forem dois os autores da calúnia ou difamação e só um deles se retratar, a ação penal poderá ser 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 259

11/4/2011 17:24:27

proposta ou ter andamento quanto ao outro. Por sua vez, se uma só pessoa ofende duas outras e apenas se retrata quanto a uma delas, subsiste a punibilidade em rela

ção à outra.

Para que a retratação gere efeitos, a lei **não** exige que a parte ofendida a aceite.

Se já existir ação em andamento, basta que o sujeito se retrate perante o juiz — pessoalmente ou por petição — para que seja declarada extinta a punibilidade.

Outro requisito para que a retratação possibilite a extinção da punibilidade é que ela seja feita **antes da sentença de 1ª instância**. A retratação feita em grau de recurso não gera efeito.

Como o texto legal somente se refere à retratação do "querelado", entende-se que ela só extingue a punibilidade quando a calúnia ou a difamação forem apuradas mediante ação **privada**. Quando a ação for pública, como no caso de crime contra o Presidente da República, a retratação não gera efeito algum.

Como no crime de injúria não há imputação de fato determinado, o legislador excluiu a possibilidade de a retratação extinguir a punibilidade em tal delito. Assim, eventual retratação não beneficia o autor de crime de **injúria**.

RETRATAÇÃO:

REQUISITOS

Que se trate

Que o crime

Que a

de crime de

em apuração

retratação

Que seja

calúnia ou

seja de ação

ocorra antes da

cabal

difamação

privada

sentença de 1ª

instância

1.5.4.4. Pedido de explicações em juízo

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.

O pedido de explicações é uma medida facultativa, normalmente utilizada quando a frase ou expressão proferida não é clara, restando dúvida quanto à efetiva inten

ção de ofender. Para que não proponha uma queixa-crime temerária, o ofendido pode apresentar petição em juízo narrando o ocorrido e solicitando a intervenção judicial, no sentido de notificar o autor do ato para que este se explique. Trata-se, portanto, de procedimento anterior ao oferecimento da queixa-crime. Como não há rito específico previsto em lei, o pedido de explicações segue o procedimento das notificações avulsas, ou seja, após o requerimento da vítima, o juiz determina a notificação do 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 260

11/4/2011 17:24:27

autor da imputação a ser esclarecida, fixando um prazo para a resposta. Findo o prazo concedido, com ou sem resposta, o juiz entrega os autos ao requerente (vítima). O

juiz não julga o pedido de explicações. Se, posteriormente, for proposta queixa-crime, será nesse momento que o juiz analisará as explicações dadas, para verificar se recebe ou rejeita a queixa.

A parte final do art. 144 diz que aquele que se recusa a dar as explicações ou as dá de forma insatisfatória responde pela ofensa. Isso não significa, todavia, que o juiz estará obrigado a condenar o ofensor, já que, após o recebimento da queixa, o querelado terá todas as oportunidades de defesa admitidas em lei, observando-se o princípio do contraditório. O dispositivo tem a única finalidade de ressalvar a importância da resposta e esclarecer que, em verdade, a omissão será levada em conta pelo juiz por ocasião da análise em torno do recebimento ou rejeição da queixa.

O pedido de explicações não interrompe o prazo decadencial.

A sua distribuição tornará o juízo prevento, caso, posteriormente, seja oferecida queixacrime.

1.5.4.5. Ação penal

Art. 145. Nos crimes previstos nesse 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.

Podese notar pela leitura do dispositivo que existe uma regra, seguida de quatro exceções.

• Regra

A ação penal é **privada**, devendo ser proposta por meio de queixa-crime. Tal

regra vale para os crimes de calúnia, difamação e injúria.

Deverá ser proposta dentro do prazo decadencial de seis meses, contados da data em que se descobriu a autoria do delito.

Na procuração outorgada ao advogado para a propositura da ação penal, deve constar expressamente o nome do querelado, bem como menção específica ao fato criminoso, nos termos do art. 44 do Código de Processo Penal.

• Exceções

a) Ofensa contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro. A ação é pública **condicionada à requisição** do Ministro da Justiça.

Note-se que a existência de referida requisição não vincula o Órgão do Ministério Público, que pode não oferecer a denúncia caso se convença da inocorrência da calúnia, difamação ou injúria.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 261

11/4/2011 17:24:27

b) Ofensa contra funcionário público em razão de suas funções. Nos termos da lei, a ação é pública **condicionada à representação**. O Supremo Tribunal Federal, todavia, entendeu que, nesses casos, o funcionário público tem também a opção de valerse da regra consagrada no Código Penal para os crimes contra a honra, e oferecer queixa-crime (ação privada) sem que haja risco de rejeição por ilegitimidade de parte. Nesse sentido, a Súmula n. 714 do STF: "*é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representa-*

ção do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções". O fundamento da súmula é de que o Código Penal estabeleceu a ação pública condicionada apenas para o servidor não ter que arcar com as despesas de contratação de advogado para promovê-la, porém, pode ele abrir mão da prerrogativa e ingressar com a ação

privada.

É de se ressaltar, todavia, que uma opção exclui a outra. Com efeito, se o funcionário oferecer representação ao Ministério Público, mas o representante dessa Instituição requerer o arquivamento do inquérito, e o pedido for deferido judicialmente, não mais poderá o servidor intentar queixacrime.

c) Crime de injúria racial ou preconceituosa. A ação penal passou a ser pública **condicionada à representação** desde o advento da Lei n. 12.033/2009, que alterou a redação do art. 145, parágrafo único.

d) Crime de injúria real do qual resulta lesão corporal como consequência da violência empregada. Segundo o texto legal, a ação é pública **incondicionada**.

A finalidade do legislador era a de estabelecer a mesma espécie de ação penal para os dois delitos: injúria real e lesões corporais. Assim, ainda que a lesão fosse leve, ambos os delitos deveriam ser apurados mediante ação pública incondicionada, na medida em que, por ocasião da aprovação do dispositivo em análise, esta era a modalidade de ação penal prevista para o crime de lesão leve. Após o advento da Lei n. 9.099/95, para que o objetivo da lei seja preservado, é necessário que se faça a seguinte adequação, com o intuito de a espécie de ação ser a mesma: se a injúria real provocar lesão leve, ambos os delitos dependem de representação do ofendido; se causar lesão grave ou gravíssima, a ação penal será incondicionada.

No caso de injúria real cometida com emprego de vias de fato, considerando que a contravenção fica absorvida, aplica-se a regra do art. 145, *caput*, do Código Penal, isto é, a ação penal é privada.

1.5.5. Questões

1. (Ministério Público/SP — 78º concurso) Assinale a alternativa correta em relação aos seguintes enunciados:

I. Os crimes de calúnia e difamação consumamse no momento em que a ofensa chega ao conhecimento de terceiro, enquanto o crime de injúria consumase no momento em que a ofensa chega ao conhecimento da vítima.

II. Imputar falsamente ao proprietário de uma casa lotérica a prática diária de

jogo do bicho em seu estabelecimento comercial configura o crime de calúnia.

III. A exceção da verdade nos crimes contra a honra somente é admitida nos crimes de calúnia e nos crimes de injúria cometidos contra funcionários públicos: a) Nenhum dos enunciados é correto.

b) Somente os enunciados I e III são corretos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 262

11/4/2011 17:24:27

c) Somente os enunciados II e III são corretos.

d) Somente os enunciados I e II são corretos.

e) Somente um dos enunciados é correto.

Resposta: "e". Apenas o enunciado I está correto. O enunciado II está errado porque a imputa

ção de jogo do bicho constitui difamação, pois se trata de imputação de fato contravencional.

O enunciado III está errado porque não existe exceção da verdade na injúria.

2. (Delegado de Polícia/SP — 2001) A retratação não é cabível, nos crimes de:

a) calúnia.

b) injúria.

c) difamação.

d) calúnia e injúria.

Resposta: “b”. De acordo com o art. 143 do Código Penal, a retratação só gera efeito nos crimes de calúnia e difamação.

3. (Magistratura Federal/3ª Região — 6º concurso) Nos crimes de calúnia, difamação e injúria, se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções: a) admitese, em qualquer caso, a exceção da verdade.

b) admitese a exceção da verdade apenas no crime de calúnia.

c) admitese a exceção da verdade nos crimes de calúnia e difamação.

d) admitese a exceção da verdade no crime de injúria real, se o funcionário público, de forma reprovável, provocou diretamente a ofensa.

Resposta: “c”. A exceção da verdade é cabível na calúnia como regra e, na difamação, se for contra funcionário público e a ofensa for feita em razão de suas funções.

4. (Magistratura Federal/1ª Região) Sobre os crimes contra a honra, assinale a alternativa correta:

I. Não constitui injúria a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

II. É possível a retratação quando o Ministério Público ingressa com ação penal, após representação movida pelo funcionário público, ofendido em razão das suas funções.

III. Não constitui calúnia a opinião desfavorável emitida por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício.

IV. Paulo está sendo processado por Pedro pela prática do crime previsto no art. 161, inc. II,

§ 3º, do Código Penal, crime de ação privada, com processo tramitando na 3ª Vara Criminal. Houve sentença condenatória de que recorreu Paulo, cujo recurso ainda não foi julgado. Ocorre que Antonio, amigo de Pedro, afirmou em uma festa que Paulo havia praticado o esbulho, tal como está no processo que ele responde. Paulo, indignado com essa afirmação, ingressou com queixacrime

contra Antonio acusandoo da prática de calúnia. Nesse caso, Antonio pode promover exceção da verdade.

a) Somente a I está correta.

b) A I e a IV estão corretas.

c) A II e a III estão corretas.

d) Somente a IV está correta.

Reposta: "a". O enunciado II está errado porque a ação em andamento é pública e o art. 143

do Código Penal só admite a retratação em crime de ação privada. O enunciado III está erra do porque a excludente de ilicitude ali mencionada só existe para os crimes de difamação e injúria (art. 142, III). Por fim, o enunciado IV contém erro porque a exceção da verdade só é possível após o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 138, § 3º, I).

5. (Ministério Público/SP — 82º concurso) Leia atentamente os enunciados abaixo.

I. Admitese exceção da verdade na difamação, se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 263

11/4/2011 17:24:27

II. É admitido perdão judicial em caso de difamação.

III. Na difamação e na calúnia há ofensa à honra subjetiva e, na injúria, à honra objetiva.

IV. Não se possibilita arguição de exceção da verdade na hipótese de injúria.

V. A lei prevê que é punível a difamação da memória dos mortos.

Tendo em vista o que estabelece o Código Penal, podese afirmar que: a) Os enunciados I e IV são incorretos.

b) Somente os enunciados II e V são corretos.

c) Somente o enunciado III é correto.

d) Todos os enunciados são corretos.

e) Os enunciados II, III e V são incorretos.

Resposta: “e”. O enunciado II está errado porque o perdão judicial só existe na injúria. No enunciado III o erro está na inversão das afirmações. O enunciado V está errado porque só se pune a calúnia contra os mortos.

6. (Delegado de Polícia/SP — 2003) Quanto aos crimes contra a honra, podemos afirmar: a) não se pune a calúnia contra os mortos;

b) se, antes da sentença, o querelado se retratar cabalmente da injúria proferida, ficará isento de pena;

c) admitese a exceção da verdade na difamação, se o ofendido for funcionário público e a ofensa for relativa a suas funções;

d) as penas cominadas serão aumentadas de um terço, se o crime for praticado contra o Presidente da República ou contra o Governador de algum dos Estados brasileiros.

Resposta: “c”. Todas as demais alternativas possuem informações incorretas.

7. Agente que, perante uma autoridade policial, declara, mentirosamente, que sua colega de trabalho, casada, honesta, cometeu adultério consigo durante recente viagem conjunta a serviço, pratica o crime de:

a) calúnia.

b) difamação.

c) autoacusação falsa.

d) falsa comunicação de crime.

e) denunciação caluniosa.

Resposta: “b”. A imputação de adultério, desde a Lei n. 11.0106/2005, não constitui imputação de crime, pois referida lei revogou tal ilícito penal. Assim, inviável a tipificação como calúnia ou denunciação caluniosa. O fato narrado, contudo, é ofensivo à reputação da vítima, configurando crime de difamação.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 264

11/4/2011 17:24:27

VI

DOS CRIMES CONTRA A

LIBERDADE INDIVIDUAL

1.6. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL

A liberdade individual consiste na faculdade de autodeterminação, de fazer o que quiser, dentro, evidentemente, dos limites legais. Refere-se não apenas ao direito de ir e vir mas também ao direito de realizar ou não realizar condutas de acordo com a própria escolha, de ter paz de espírito por não se sentir ameaçado, de não ter sua residência devassada, senão por ordem legal ou em situações específicas, de não ter devassada sua correspondência ou seus segredos etc. Assim, o Capítulo em análise subdivide os crimes contra a liberdade individual em quatro espécies, dependendo da forma como se afeta a liberdade alheia: a) crimes contra a liberdade pessoal; b) crimes contra a inviolabilidade de domicílio; c) crimes contra a inviolabilidade de correspondência; d) crimes contra a inviolabilidade de segredos.

Este Capítulo, portanto, foi dividido em quatro seções, dependendo da forma como o agente afeta a liberdade individual da vítima.

Crimes contra a liberdade

individual podem atingir:

a liberdade

pessoal

a inviolabilidade

domiciliar

a inviolabilidade

de correspondência

a inviolabilidade

de segredos

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 265

11/4/2011 17:24:27

SEÇÃO I

1.6.1. Dos crimes contra a liberdade pessoal

Neste Capítulo estão previstos quatro crimes: a) constrangimento ilegal (art.

146); b) ameaça (art. 147); c) sequestro ou cárcere privado (art. 148); d) redução a condição análoga à de escravo (art. 149).

Crimes contra a liberdade

pessoal

Constrangimento

ilegal (art. 146)

Ameaça (art. 147)

Sequestro

ou cárcere privado

(art. 148)

Redução a condição

análoga à de

escravo (art. 149)

1.6.1.1. 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 três meses a um ano, ou multa.

1.6.1.1.1. Objetividade jurídica

A liberdade das pessoas de fazer ou não fazer o que bem lhes aprouver, dentro dos limites legais. Cuida-se de complemento à regra inserta no art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo a qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

1.6.1.1.2. Tipo objetivo e meios de execução

No crime em tela, o agente constrange, coage, obriga a vítima a fazer ou não fazer algo. O crime, portanto, se aperfeiçoa em duas hipóteses:

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 266

11/4/2011 17:24:27

1) Quando a vítima é **obrigada a fazer algo**: a levar o agente a algum lugar, a fazer uma viagem que não queria, a escrever uma carta, a dizer onde se encontra uma pessoa, a indicar onde se encontram certos documentos, a dançar com o agente, a mergulhar em uma piscina gelada, a cortar a grama da casa do agente, a tomar um copo de bebida alcoólica, a usar cinto de castidade no período de ausência do marido etc.

2) Quando a vítima é **obrigada a não fazer algo**: a não fazer uma viagem, a não ir às aulas, a não ir a uma festa ou baile, a não ir ao banheiro etc. Abrange, também, a hipótese em que ela é obrigada a tolerar que o agente faça algo.

A propósito: "*Se o agente, através da promessa de mal, exerce sobre a vítima ação inibitória, obstando-lhe a realização de trabalho para o qual fora contratado, comete o crime de constrangimento ilegal e, não o de ameaça, uma vez que tal conduta deu-se para fim determinado, qual seja, não fazer a tarefa*" (Tacrim-SP — Rel.

Gonzaga Franceschini — *RJD* 11/56); "*Comete o crime de constrangimento ilegal em concurso material com lesões corporais leves, o agente que, mediante ameaças de morte e agressões físicas, obriga a vítima a fornecer-lhe o endereço da ex-amá-*

sia, produzindo-lhe ferimentos leves" (Tacrim-SP — Rel. Hélio de Freitas — *Jutacrim* 91/401); "*Pratica crime de constrangimento ilegal o agente que, empunhando arma, procura obrigar moças a entrarem em automóvel, para dar-lhes, contra a vontade delas, uma carona*" (Tacrim-SP — Rel. Adauto Suannes — *RT* 592/351).

Para a tipificação do crime de constrangimento ilegal, é, ainda, necessário que o agente force a vítima a realizar ou deixar de realizar a conduta pelo emprego de violên cia, grave ameaça ou qualquer outro meio que lhe reduza a capacidade de resistência.

Violência é o emprego de força física ou de atos agressivos sobre a vítima (socos, pontapés etc.). Assim, comete o crime o namorado que, enciumado com o fato de a namorada estar prestes a viajar com as amigas, seguraa impedindo que entre no ônibus. Igualmente, quem usa de força física para forçar a vítima a ingerir um copo de bebida alcoólica etc.

Diante das peculiaridades do caso, entendemos que também existe

constrangimento ilegal se uma pessoa empurra a cadeira de rodas de um paraplégico e o leva para um breve passeio contra a vontade dele. Poderia se questionar qual a violência física empregada, contudo, o ato de empurrar a cadeira é ato de força em razão do estado físico da vítima. Também se poderia questionar qual teria sido a ação da vítima, contudo, como ela não pode caminhar, o ato de levá-la a outro local significa que ela foi obrigada a fazer algo. A conduta em análise não constitui crime de sequestro, já que a vítima permaneceu por pouco tempo com o agente, conforme se exporá adiante.

Existe crime de constrangimento ilegal tanto na hipótese em que o agente vai dando chutes na vítima até que ela pule em uma piscina gelada contra sua vontade, como quando o próprio agente a agarra à força e a joga na piscina. Em ambos os casos, a vítima foi forçada a algo que não queria.

Grave ameaça é a promessa de mal grave a ser causado no próprio agente ou em terceiro que lhe é querido. Dessa forma, comete o delito a pessoa de proporções 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 267

11/4/2011 17:24:27

físicas avantajadas que manda a vítima franzina mudar de assento em um estádio de futebol pois, caso contrário, irá agredi-la. Igualmente constitui crime dizer para a mãe que irá matar o filho dela, caso ela vá a uma festa.

A doutrina salienta que, ao contrário do que ocorre no crime de ameaça, no constrangimento ilegal **não é necessário que o mal prometido à vítima seja injusto**, bastando que a pretensão do agente seja ilegítima.

Existe ainda uma **forma genérica** de cometer o crime de constrangimento ilegal, consistente no emprego de **qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima** para que ela faça ou deixe de fazer algo, como, por exemplo, o emprego de soníferos, calmantes ou de hipnose. Configura, portanto, o delito, hipnotizar alguém para determiná-lo a fazer algo, ou ministrar sorrateiramente sonífero na bebida da vítima para que ela durma e não vá ao bar se encontrar com os amigos.

Essa fórmula genérica é também conhecida como **violência imprópria**.

• Delito exclusivamente comissivo

No constrangimento ilegal a conduta do agente é **sempre comissiva**, pois a lei exige que ele empregue violência, grave ameaça ou outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima. O que é possível, em verdade, é que o agente queira uma omissão da **vítima**, mas o crime de constrangimento ilegal, em si, não admite a figura omissiva.

1.6.1.1.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, pois pode ser cometido por qualquer pessoa. Toda a doutrina diz que, se o agente for funcionário público, cometerá crime de abuso de autoridade.

1.6.1.1.4. Sujeito passivo

Pode ser **qualquer pessoa** que tenha capacidade de determinação. A doutrina costuma dizer que as crianças de pouca idade e os doentes mentais não têm vontade própria e, por isso, não podem ser sujeito passivo do presente crime. A bem da verdade, sempre que a pessoa, ainda que de pouca idade ou doente mental, possa entender o caráter intimidatório da ameaça, poderá configurar-se o crime. Assim, quem aponta uma faca para uma criança de 6 anos e grita com ela para que não entre na escola e esta, sentindo-se intimidada, não vai à aula, comete o crime em análise. Da mesma maneira, se o agente ameaça agredir um doente mental e diz para ele lavar as calçadas de sua casa e a vítima o faz, existe o crime. A análise, portanto, deve ser feita no caso concreto, pois, evidentemente, não comete o crime o pai que obriga o filho de 6 anos a acompanhar a família em uma viagem para a praia, apesar de a criança insistir que não quer viajar para assistir a um jogo de futebol na escola. É

que, no último exemplo, é legítima a pretensão do pai que, ademais, não pode permitir que um filho dessa idade fique sozinho em casa enquanto o resto da família viaja.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 268

11/4/2011 17:24:27

Obviamente os surdos, cegos e paraplégicos podem ser sujeito passivo de constrangimento ilegal.

Pessoas jurídicas não podem ser sujeito passivo de constrangimento ilegal, e sim o representante da empresa que sofre a violência ou grave ameaça e, em nome daquela, realiza ou deixa de realizar algum ato contra a sua vontade.

1.6.1.1.5. Caráter subsidiário e distinção

Levandose em conta o montante da pena prevista para o crime de constrangimento ilegal — três meses a um ano de detenção, ou multa — bem como o fato de o seu tipo penal ser genérico — obrigar a vítima a fazer ou não fazer algo — a conclusão inevitável a que se deve chegar é de que referido delito é eminentemente subsidiário, cedendo lugar sempre que a violência ou grave ameaça empregadas visarem fins específicos, descritos em outro tipo penal. Assim, podemos elencar os seguintes crimes que absorvem o constrangimento ilegal:

a) Na **extorsão** (art. 158 do CP), o agente também emprega violência ou grave ameaça para obrigar a vítima a fazer ou não fazer algo, havendo, entretanto, de sua parte, intenção de obter indevida vantagem **econômica** como consequência da ação ou omissão da vítima. Ex.: obrigar a vítima a assinar um cheque; obrigar o credor a não entrar em juízo com uma ação de cobrança;

b) No **estupro** (art. 213), o agente emprega violência ou grave ameaça para forçar a vítima a atos de natureza sexual;

c) Se o agente emprega a violência ou grave ameaça para forçar a vítima a confessar um crime, configura-se uma das modalidades do crime de **tortura**, previsto no art. 1º, inc. I, *a*, da Lei n. 9.455/97;

d) Caso o agente mantenha a vítima privada de sua liberdade por **tempo relevante**, estará configurado o crime de **sequestro** ou **cárcere privado** (art. 148).

Esse esclarecimento é relevante na medida em que, no constrangimento ilegal, o

agente, muitas vezes, restringe também a liberdade de ir e vir da vítima. A restrição da liberdade, contudo, é mais branda do que a privação exigida no crime de sequestro. A diferenciação deve ser feita no caso concreto, levando-se em conta a gravidade da conduta e a duração da privação da liberdade, pois o crime de sequestro tem a pena consideravelmente maior. Assim, se o agente ameaça um motorista e o obriga a levá-lo até a rodoviária da cidade, em um trajeto que dura cerca de dez a quinze minutos, o crime é o de constrangimento ilegal. Se o agente, entretanto, obriga a vítima a levá-lo, em seu carro, da cidade de São Paulo até o Rio de Janeiro, em um trajeto de seis horas, o crime é o de sequestro.

Por sua vez, quando o agente ameaça a vítima para que ela faça uma viagem, tendo ela, entretanto, liberdade de ir e vir durante toda a sua duração, bem como no local visitado, porque o agente não a acompanha, o crime é o de constrangimento ilegal. Ex.: o namorado ameaça a namorada para que ela saia da cidade durante a época do carnaval, ficando ele no local para os festejos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 269

11/4/2011 17:24:28

A propósito: "*Privação da liberdade pelo sequestro ou pelo cárcere privado e constrangimento ilegal. Distinção. Indiscutível que há grande afinidade entre priva-*

ção de liberdade pelo sequestro, ou pelo cárcere privado, com o crime de constrangimento ilegal, pois, em ambos há uma constrição da liberdade. Porém, no delito do art. 148 do CP, o que se constringe é principalmente a liberdade de locomoção e a atividade antijurídica se protrai no tempo, ao passo que no constrangimento só há compressão da liberdade pessoal no tocante a determinada ação ou omissão e não há permanência do momento consumativo. Assim, privada a vítima de sua liberdade de locomoção de forma não momentânea, em privação rápida ou instantânea, mas por longo espaço de tempo, caracteriza-se o sequestro e não constrangimento ilegal" (TJSP — Rel. Corrêa Dias — *RT* 650/465).

Existem, por sua vez, crimes que **são absorvidos pelo constrangimento ilegal**, quer por serem meio para a prática desse delito, quer por terem pena menor, tais como os de **ameaça e de violação de domicílio** (quando alguém ingressa em casa alheia para praticar o constrangimento ilegal).

Nesse sentido: "*Diferentemente da ameaça, na qual o medo é o próprio objetivo do agente, no constrangimento ilegal o medo é o meio através do qual se alcança o fim almejado, subjugando-se a vontade da vítima e obrigando-a a fazer aquilo a que foi constrangida*" (TAMG — Rel. Edelberto Santiago — *RT* 616/360); "*No crime de ameaça o incutimento do medo é o fim em si mesmo. O objetivo do agente é inquietar o sujeito passivo. Mas, se através do mal anunciado, o objetivo é subjugar-lhe a vontade para alcançar outro fim, o crime é de constrangimento ilegal*" (Tacrim-SP

— Rel. Gonzaga Franceschini — *RJD* 11/56). E, ainda: "*O constrangimento ilegal, como crime-fim e mais grave, há de absolver a violação de domicílio, que é o momento executivo e nele se consubstancia*" (TAMG — *RT* 535/350).

e) Se a intenção do agente é forçar o **consumidor** a pagar alguma dívida, configura-se crime especial do art. 71 da Lei n. 8.069/90 (Código de Defesa do Consumidor).

f) A conduta de coagir **idoso** a doar, contratar, testar ou outorgar procuração, constitui crime especial do art. 107 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

g) Quem usa de violência ou grave ameaça para forçar alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que tal fim não seja atingido, incorre no crime do art. 301 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

• Constrangimento ilegal e tortura

O art. 1º, inc. I, *b*, da Lei Antitortura (Lei n. 9.455/97) passou a prever crime específico, classificado como tortura, para conduta que, anteriormente, enquadrava-se no conceito genérico de constrangimento ilegal. O mencionado tipo da lei especial consiste em "*constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa*". Com isso, se alguém ameaçar gravemente a vítima para forçá-la a entregar grande carregamento de droga para ele, o coator responderá pelo crime de tráfico em concurso material com o crime de tortura. O executor da conduta ilícita, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd

por ter sofrido coação moral irresistível, não será punido por tráfico. Antes da Lei An titortura, o agente responderia por tráfico em concurso material com constrangimento ilegal. Veja-se, todavia, que, como o tipo penal do crime de tortura exige que a coação seja para a prática de **crime**, caso alguém empregue violência para forçar a vítima a cometer **contravenção** penal, responderá pela contravenção e por constrangimento ilegal. É o que ocorre, por exemplo, se o agente ameaça a vítima para forçá-la a vender apostas do jogo do bicho.

1.6.1.1.6. Elemento subjetivo

O dolo, que, nesse crime, significa a vontade de empregar a violência ou grave ameaça e a consciência de que a ação ou omissão pretendidas são ilegítimas.

A **ilegitimidade** da pretensão pode ser:

a) Absoluta: quando o agente não tem qualquer direito à ação ou omissão.

Ex.: obrigar alguém a ingerir uma bebida alcoólica.

b) Relativa: quando existe o direito mas a vítima não pode ser forçada por não haver lei que a obrigue. Ex.: obrigar alguém a pagar dívida de jogo (a vantagem pode ser considerada devida, mas a lei civil não fornece instrumentos para a cobrança desse tipo de dívida).

Quando a pretensão do agente é **legítima** ou se ele, por erro plenamente justificado, pensa ser ela legítima, mas usa de violência ou grave ameaça para satisfazê-la, responde por crime de **exercício arbitrário das próprias razões (**art. 345 do CP).

Ex.: ameaçar o inquilino para que ele pague o aluguel. A diferença em relação à dívida de jogo é a de que a do aluguel pode ser cobrada em juízo e a do jogo não.

Nesta última hipótese, a pretensão é ilegítima, ainda que relativamente, e, por isso, configura o constrangimento ilegal, que é mais grave.

Se a finalidade do agente ao empregar a violência ou grave ameaça é de evitar que alguém pratique **ato imoral** (prostituição, por exemplo), **responde por constrangimento ilegal**, porque o texto legal prevê a tipificação do crime sempre que a conduta não for proibida por **lei** e não existe lei que proíba a venda do corpo (apenas a exploração dela por outrem).

É evidente, entretanto, que não se configura o constrangimento ilegal quando a intenção do agente é evitar que a outra pessoa cometa um crime. Ex.: usar de violência para impedir que o filho saia armado de casa para matar um desafeto. Para estes casos, existem as excludentes de ilicitude da Parte Geral do Código Penal.

Não existe modalidade culposa do crime de constrangimento ilegal.

1.6.1.1.7. Consumação

Tendo em vista a redação do dispositivo, que prevê pena para quem constrange a vítima a fazer ou não fazer algo, é unânime o entendimento no sentido de que se trata de crime **material** em que a consumação só ocorre **quando a vítima, coagida, faz o que o agente mandou que ela fizesse, ou deixa de fazer o que ele ordenou que não fizesse**. Trata-se de crime diferenciado, na medida em que a consumação do crime se dá no momento da ação ou omissão da vítima.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 271

11/4/2011 17:24:28

1.6.1.1.8. Tentativa

É possível quando o agente emprega a violência, grave ameaça ou a violência imprópria e não obtém, por circunstâncias alheias à sua vontade, a ação ou omissão da vítima. Ex.: vítima que sai correndo do local ao ser ameaçada para que entre em um carro; vítima que faz sinal para uma viatura policial que

passava pelo local no momento em que estava sendo ameaçada etc.

1.6.1.1.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre e

Material e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.6.1.1.10. Causas de aumento de pena

Art. 146, § 1º — As penas aplicamse cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

• Concurso de agentes

Em razão da redação do dispositivo, exige-se que pelo menos quatro pessoas

tenham se reunido e tomado parte em atos de execução do delito. A lei, portanto, pressupõe a existência de, ao menos, **quatro coautores**, pois apenas estes realizam ato executório. Ademais, o texto legal exige que se **reúnam** para a realização desse tipo de ato. Dessa forma, se apenas duas pessoas realizarem atos executórios, contando com a colaboração de dois partícipes, que incentivam a prática do delito, haverá crime de constrangimento legal **simples**. Essa também é a visão de Cezar Roberto Bitencourt110 e Julio Fabbrini Mirabete.111 Discordando desse entendimento, podemos mencionar Fernando Capez,112 segundo o qual incluemse os partícipes para se chegar ao número mínimo de quatro pessoas.

• Emprego de armas

Observese, em primeiro lugar, que, de acordo com a maioria dos doutrinadores, a menção à palavra “armas”, no plural, refere-se ao gênero e não ao número de armas. Esse é o entendimento de Nélson Hungria113 e Magalhães Noronha.114

110 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 357.

111 Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 180.

112 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 281.

113 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 161.

114 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 154.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 272

11/4/2011 17:24:28

Ousamos, contudo, discordar dessa orientação. Com efeito, existem inúmeros outros crimes previstos no Código Penal em que o legislador expressamente previu aumento de pena quando houver "emprego de arma" — no singular. É o que ocorre em crimes como o roubo (art. 157, § 2º, II, do CP) e a extorsão (art. 158, § 1º do CP).

Não há, portanto, absolutamente nenhuma razão para que se aceite que, no crime de constrangimento ilegal, o legislador tenha feito uso da palavra no plural sem a intenção de estabelecer uma distinção. É essa também a interpretação de Cezar Roberto Bitencourt.115

Por sua vez, como o texto legal não estabeleceu qualquer ressalva, o aumento deverá ser aplicado, quer se trate de armas **próprias**, quer de armas **impróprias**. As primeiras são aquelas fabricadas para servir mesmo como meio de ataque ou de defesa — armas de fogo, punhais, espadas etc. Já as armas impróprias são objetos feitos com outra finalidade qualquer, mas que também possuem poder vulnerante (de matar ou ferir), e, por isso, também provocam maior temor à vítima — facas de cozinha, navalhas, foices, tesouras etc.

Para que haja o aumento, é necessário que as armas sejam efetivamente usadas, não bastando, portanto, a mera simulação.

No que se refere às **armas de brinquedo**, sempre existiram duas correntes, ou

seja, a dos que defendiam a inaplicabilidade do aumento, por não se enquadrar o fato no texto legal, já que se trata de um brinquedo e não efetivamente de uma arma, e a dos que sustentavam cabível a exasperação pelo fato de facilitar a execução do crime a exibição de um objeto com formato de arma de fogo, ainda que de brinquedo, mas que pareça verdadeiro à vítima. O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do mesmo assunto, mas em relação ao crime de roubo, havia, inicialmente, aprovado a Súmula n. 174 admitindo expressamente o aumento da pena no caso do uso de arma de brinquedo. Posteriormente, contudo, o mesmo tribunal cancelou referida súmula, passando a não mais reconhecer o acréscimo no uso da arma de brinquedo para o roubo.

Em razão disso, o entendimento amplamente dominante na atualidade, por se basear em interpretação do Superior Tribunal de Justiça, é o que **não se admite o acréscimo da pena**, quer para o roubo, quer para o constrangimento ilegal.

1.6.1.1.11. Autonomia do crime de lesões corporais

Art. 146, § 2º — Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

Em decorrência desse dispositivo, caso a violência empregada para a prática do constrangimento ilegal provoque lesões corporais, ainda que leves na vítima, o agente responderá pelos dois crimes. É pacífico, ainda, que **as penas dos dois crimes deverão ser somadas**, já que o texto legal estabelece que as penas referentes ao 115 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 357.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 273

11/4/2011 17:24:28

crime de lesões corporais deve ser aplicada “além das cominadas” para o constrangimento ilegal. Assim, embora se trate de situação enquadrável no conceito de concurso formal — uma só ação, pois a agressão que lesionou a vítima foi a mesma que a coagiu —, as penas deverão ser somadas, já que a regra específica, prevista na Parte Especial do Código, tem preferência.

1.6.1.1.12. Excludentes de tipicidade

Art. 146, § 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.

Por ocasião do estudo do crime de lesões corporais, tivemos a oportunidade de mencionar que constitui estado de necessidade de terceiro realizar intervenção cirúrgica para salvar a vida do paciente, ainda que não haja consentimento deste, por estar ele, por exemplo, desacordado. Já o dispositivo em análise foi inserido no Código Penal para abarcar situações em que existe expressa discordância do paciente ou de seu representante legal em relação ao procedimento médico ou cirúrgico, embora esteja presente risco iminente de morte. É que, nesta hipótese, ao contrário da anterior em que a vítima se encontrava desacordada, o médico terá que fazer uso de força física para submeter o paciente ao procedimento, e, em razão disso, haveria risco de enquadramento no constrangimento ilegal. Entretanto, o dispositivo em análise exclui expressamente a tipicidade da conduta, declarando que tal ato não se compreende na disposição do artigo em tela. Apesar de se tratar de situação similar à do estado de necessidade de terceiro, o legislador, para sanar eventuais dúvidas ou titubeios dos médicos, entendeu melhor deixar expressa a exclusão da tipicidade, para que eles não tenham receio, por exemplo, de realizar transfusão de sangue em um menor de idade, ainda que com emprego de força física, caso haja discordância dos pais por razões religiosas.

Art. 146, § 3º — Não se compreendem na disposição deste artigo: II — a coação exercida para impedir suicídio.

Igualmente, esta hipótese já estaria acobertada pela excludente do estado de necessidade. Todavia, considerando que o suicídio ou sua tentativa não constituem crime, poderiam querer argumentar que as pessoas têm o direito de se matar, e, caso alguém as impeça com violência ou grave ameaça, estaria incursa no constrangimento ilegal. Por isso, entendeu por bem o legislador deixar expressa a não configuração do delito em tais casos. Assim, não constitui crime amarrar alguém para que ele não tome veneno.

1.6.1.1.13. Ação penal

É **pública incondicionada**, de competência do Juizado Especial Criminal —

mesmo nas figuras qualificadas, em que a pena máxima não supera dois anos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 274

11/4/2011 17:24:28

1.6.1.2. Ameaça

Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causarlhe mal injusto e grave.

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

1.6.1.2.1. Objetividade jurídica

A liberdade das pessoas no que tange à sua tranquilidade ou sossego, na medida em que a pessoa ameaçada tende a alterar seus hábitos com receio de que o mal prometido se concretize.

1.6.1.2.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em ameaçar, isto é, intimidar, anunciar a provocação de um mal injusto e grave.

O **mal** prometido deve ser **grave**, devendo, portanto, se referir à promessa de dano a bem jurídico relevante para a vítima, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra etc. Ex.: ameaçar a vítima de morte, ameaçar desfigurar seu rosto, dizer que vai colocar fogo no carro dela, falar que irá estuprá-la da próxima vez que se encontrarem etc.

É ainda necessário que o **mal** prometido seja **injusto**, ou seja, contrário ao direito, pois, se o mal prometido for permitido pela legislação, o fato será atípico, como, por exemplo, dizer que vai despejar o inquilino que não paga os aluguéis, falar que vai protestar o cheque não honrado, anunciar que irá demitir

empregado etc. A **injustiça** da ameaça é o elemento **normativo** do crime.

Exige-se, ainda, que a ameaça seja **verossímil**, isto é, que se refira a mal que possa ser concretizado, razão pela qual não há crime quando o agente diz que fará cair um meteoro na casa da vítima ou que fará chover tanto a ponto de provocar inundação no bairro. Em tais casos, ocorre crime impossível por ineficácia absoluta do meio, porque ninguém se sente intimidado por palavras que não têm nenhuma credibilidade. É claro que para verificar a verossimilhança da ameaça deve se levar em conta o homem médio e não pessoas extremamente medrosas e crédulas. Não se pode esquecer, ainda, de que crianças podem ser sujeito passivo de ameaça e, em relação a estas, o critério deve ser relativizado.

Não há crime quando o agente roga uma praga à vítima dizendo, por exemplo,

“tomara que você morra logo” ou “se Deus quiser você terá um infarto”. É que, nesses casos, o agente não prometeu um mal cuja concretização dependa dele de algum modo.

A ameaça pode se dar:

a) Por **palavras** — na presença da vítima, por gravação de fita enviada a ela, por telefone etc.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 275

11/4/2011 17:24:28

b) Por **escrito** — carta, bilhete, e-mail, fac-símile, mensagem de texto por telefone etc.

c) Por **gesto** — apontar uma arma, fazer sinal com a mão como se tivesse apertando o gatilho de uma arma em direção da vítima, passar o dedo no pescoço simulando um degolamento etc.

d) Por **meio simbólico** — enviar um pequeno caixão para a vítima, afixar à porta da casa de alguém o emblema ou sinal usado por uma associação de criminosos

(exemplo da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, item 51).

Apesar de a lei especificar as quatro formas de execução pelas quais o crime de ameaça pode ser cometido, entendemos tratar-se de crime de ação livre, já que a lei elencou todas as formas possíveis de execução.

A doutrina costuma dizer, ainda, que a ameaça pode ser classificada em: **1) Direta** — quando se refere a mal a ser provocado na própria vítima. Ex.: João diz a Pedro que irá matá-lo, fazendo a intimidação chegar ao seu conhecimento por um dos quatro meios de execução anteriormente mencionados (escrito, por palavras etc.).

2) Indireta — quando se refere a mal a ser causado em terceira pessoa querida pela vítima. Ex.: dizer à mãe que irá sequestrar seu filho ou estuprar sua filha. Entendemos, ainda, que o próprio filho pode cometer o crime quando, para intimidar o pai, diz seriamente que irá se suicidar.

3) Explícita — é a ameaça feita às claras, não deixando o agente qualquer dúvida quanto à sua intenção de intimidar. É o que se dá, por exemplo, quando o agente aponta uma arma para a vítima ou quando diz claramente que pretende matála.

4) Implícita — em que o agente dá a entender, de forma velada, que está prometendo um mal à vítima. Ex.: dizer que a última pessoa que o tratou assim

“não comeu peru no Natal”.

• Ameaça condicionada

Cuida-se de tema controvertido na doutrina definir se é possível a existência de crime de ameaça quando o agente condiciona o mal que prometeu à vítima a algum evento. Entendemos que a resposta é positiva, salvo se o agente condiciona o mal a um ato ou omissão imediatos por parte da própria vítima, pois, nesses casos, o crime seria o de constrangimento ilegal. Por isso, se uma pessoa armada se dirige à vítima dizendo a ela “se você for embora, eu te mato”, e esta, amedrontada, permanece no local, temos constrangimento ilegal. Por sua vez, quando se condiciona o mal a evento fu turo e incerto por parte da vítima, há crime de ameaça, como, por exemplo, dizer, “se você se casar de novo, eu te mato”. Da mesma forma, há crime de ameaça se a condicionante não diz respeito à vítima. Ex.: “se meu time perder, eu te mato”.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 276

11/4/2011 17:24:28

• Promessa de mal atual ou futuro

Para alguns autores, só existe ameaça se o mal prometido é atual. Para outros, só existe se a promessa for de mal futuro. Entendemos, porém, que a ameaça é possível em ambos os casos. Tanto existe crime em apontar uma arma para alguém que está presente (promessa de mal atual) como lhe mandar um bilhete dizendo "quando eu te encontrar, vou te matar" (promessa de mal futuro). Nos dois casos a vítima se sente amedrontada. Só não há crime quando o mal é prometido para um futuro longíquo, como, por exemplo, dizer para alguém de 18 anos de idade que, quando ele completar 80 anos, será morto.

1.6.1.2.3. Sujeito ativo

Pode ser **qualquer pessoa**. Trata-se de crime **comum**.

A ameaça feita por funcionário público no exercício de suas funções constitui crime de abuso de autoridade do art. 3º, da Lei n. 4.898/65.

1.6.1.2.4. Sujeito passivo

Pode ser **qualquer pessoa, desde que possa compreender o significado da ameaça**, pois, caso contrário, não se sentirá intimidada. Por isso, ameaçar de morte um recémnascido constitui crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

É evidente, por outro lado, que dizer à mãe que irá matar o bebê constitui crime.

O tipo penal, ademais, exige que a ameaça seja dirigida a **alguém**, de modo que ela deve ter sido proferida a pessoa determinada ou a um grupo determinado de pessoas. Não há crime, portanto, quando o agente, referindo-se genericamente, para se gabar, diz que mata todos os que se colocam contra ele. É claro, todavia, que, se ele disser isso a uma pessoa que acabara de se opor a ele em algum

aspecto, fica subentendido que a está ameaçando.

• Ameaça e violência doméstica ou familiar contra mulher

É realmente muito comum a ocorrência de ameaça contra mulher perpetrada pe lo marido, companheiro ou filho. Nesses casos, mostra-se aplicável a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que, em seu art. 41, veda a aplicação de quaisquer dos dispositivos da Lei 9.099/95. Assim, embora o crime de ameaça tenha pena máxima de seis meses, se cometido com violência doméstica ou familiar contra mulher, afastam-se os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, dentre outros previstos na Lei n. 9.099/95, devendo o julgamento ser feito na vara especializada de violência contra mulher e não no Juizado Especial Criminal Comum.

A ação penal continua sendo condicionada à representação em tais casos, mas, se a vítima, após tê-la oferecido, quiser se retratar antes do início da ação penal, terá de fazê-lo em juízo, em audiência especialmente designada para tal fim, nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 277

11/4/2011 17:24:28

O art. 17 da mesma Lei acrescenta, ademais, que, no caso de condenação, o juiz não poderá substituir a pena privativa de liberdade por entrega de cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como substituí-la por pena exclusiva de multa.

Esta parte final, entretanto, não se aplica ao crime de ameaça em que a incidência isolada de multa é prevista no próprio tipo penal (detenção de um a seis meses, **ou multa**), pois o que a Lei Maria da Penha veda é a **substituição** da pena privativa de liberdade por pena exclusiva de multa.

A substituição por outra espécie de pena restritiva de direitos é cabível, como a prestação de serviços à comunidade.

1.6.1.2.5. Elemento subjetivo

É o dolo, consistente na intenção específica de amedrontar, intimidar. É necessário que a ameaça tenha sido proferida em tom de seriedade, mas não se exige que o agente tenha, em seu íntimo, a intenção de concretizar o mal prometido. É claro que, se as palavras ameaçadoras tiverem sido proferidas por brincadeira (*jocandi animu*), o fato é atípico.

O crime de ameaça é **eminentemente subsidiário**, de modo que fica absorvido quando a intenção do agente é outra:

a) Se a intenção é, por meio da ameaça, obter alguma vantagem em ação ou investigação em andamento, o crime é o de **coação no curso do processo** (art.

344). Ex.: ameaçar testemunha antes do depoimento que irá prestar em juízo, a fim de que a favoreça. Note-se que, se o depoimento desfavorável já foi prestado, e o agente, por vingança, profere uma ameaça de morte, o crime é o de ameaça. Nesse sentido: "*O delito do art. 344 do CP exige, para a sua configuração, o dolo específico, que se caracteriza pelo fim de favorecer interesse próprio ou alheio. Tratando-se de testemunha, consiste em obrigá-la a depor falsamente.*

Se esta já havia deposto quando feita a ameaça, não há que se falar, portanto, na infração em tela" (TJSP — Rel. Acácio Rebouças — *RT* 420/62).

b) Se a finalidade é forçar a vítima a fazer ou não fazer algo, o crime é o de **constrangimento ilegal** (art. 146).

c) Se a intenção é subjugar a vítima para dela obter alguma vantagem econômica, poderão estar caracterizados crimes de **roubo** (art. 157) ou **extorsão** (art. 158).

d) Se a ameaça visa dominar a vítima para viabilizar abusos sexuais contra ela, o crime será o de **estupro** (art. 213).

e) Se a intenção é a de evitar a execução de ato legal por parte de funcionário público, o crime é o de **resistência** (art. 329), hipótese, aliás, em que sequer se exige que a ameaça seja grave.

• **Ameaça feita durante momento de exaltação de ânimos**

Apesar de a maior parte da **doutrina** ressalvar que a exaltação de ânimos não impede o reconhecimento do crime de ameaça em razão do art. 28, I, do CP, que diz 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 278

11/4/2011 17:24:29

I Dos Crimes Contra a Pessoa

279

que a emoção não exclui o crime, forçoso reconhecer que, na **jurisprudência**, existe tendência em sentido contrário, com o argumento de que a pessoa que profere amea-

ça em momento de ira não tem intenção de causar temor à vítima, e sim de fazer uma bravata. Uma solução intermediária parece ser a melhor. Com efeito, existem algumas situações em que fica realmente nítido que o sujeito proferiu as palavras amea

çadoras “da boca pra fora” (como se diz na gíria), em razão da altercação de ânimos, o que fica, aliás, claro para a própria vítima. Quem nunca ouviu em uma discussão entre irmãos ou entre amigos, um deles, em momento de raiva, gritar: “eu te mato”?

No contexto em que os fatos se deram, a própria vítima não se sente amedrontada e não oferece representação. Por outro lado, caso a vítima diga que se sentiu atemo -

rizada pelo contexto fático, não há como o juiz se sobrepor a essas declarações e dizer que o fato é atípico, exceto se perceber que a pretensa vítima está mentindo.

Ex.: João comunica a policiais que uma pessoa está vendendo droga em determinado ponto. Policiais, então, passam a dar ronda no local e impedem o movimento de venda porque os compradores não se aproximam ao ver a viatura. O traficante, ao saber que João foi o responsável pela ação policial, em momento de grande raiva, diz a João que vai matá-lo. É claro que existe o crime em tal hipótese. Da mesma forma, se um exnamorado, violento e ciumento, ao ver a exnamorada com outra pessoa, fica nervoso e diz que irá matá-la.

• **Ameaça feita por pessoa embriagada**

Existem também dois entendimentos. Para alguns, constitui crime porque o art.

28, II, do CP, estabelece que a embriaguez não exclui o delito. Outros alegam que a embriaguez é incompatível com o dolo de ameaçar. Em nosso entendimento, é necessário analisar o caso concreto, excluindose o ilícito penal apenas se restar constatado que a embriaguez era de tal forma avançada que o agente não tinha consciência da gravidade do que dizia.

1.6.1.2.6. Consumação

No momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ameaça, independentemente de sofrer efetiva intimidação. Trata-se de crime formal, bastando que o agente queira intimidar e que a ameaça proferida tenha potencial para tanto.

1.6.1.2.7. Tentativa

É possível nos casos de ameaça feita por carta ou pela remessa de fita com gravação ameaçadora pelo correio que não chegam ao destinatário, ou pelo envio de mensagem de texto que não chega à pessoa pretendida por erro no endereçamento do número telefônico.

Nélson Hungria116 destaca que não há tentativa no caso de carta extraviada, por considerar que o envio de carta é mero ato preparatório. A nosso ver, todavia, o en116 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. VI, p. 188.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 279

11/4/2011 17:24:29

vio da carta é ato executório, pois, na realidade, após a remessa, não há mais nenhuma ação a ser praticada pelo autor da ameaça. Os atos seguintes dependem do correio (a entrega) e da vítima (abrir e ler o conteúdo).

Damásio de Jesus,117 por sua vez, ressalta que a tentativa "*é admissível quando se trata de ameaça realizada por meio escrito. Na prática, porém, é de difícil ocorrência. Trata-se de crime cuja ação penal somente se procede mediante representação. Ora, 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*".

É preciso, contudo, lembrar que, quando a vítima é menor de idade, os titulares do direito de representação são, em regra, os pais. Suponha-se, então, que o pai, que tem o mesmo nome de seu filho Júnior, abra por engano a carta e, ao tomar conhecimento do conteúdo, apresente o caso à polícia, oferecendo representação contra o agente, sem dar conhecimento do ocorrido ao filho para que este não se amedronte.

Em tal caso, há tentativa, e o crime será apurado. Igualmente se uma mensagem de texto é enviada ao telefone celular de um menor e o pai, que havia pedido o aparelho emprestado, vê a mensagem e a leva à polícia, não comunicando o caso ao menor, ou que "abre" o email que tem em conjunto com o menor e lê antes dele a mensagem ameaçadora e não lhe dá conhecimento, porém, oferece representação às autoridades. Note-se, aliás, que, nesses exemplos, a ameaça chegou ao destino, mas não ao destinatário, sendo diferente da carta extraviada. Nesse caso, existiu objetivamente uma tentativa, mas, se a carta retornar para o remetente ou ficar perdida em uma agência do correio, não haverá mesmo apuração do crime e punição do seu autor.

1.6.1.2.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.6.1.2.9. Ação penal

É **pública condicionada** à representação nos termos do art. 147, parágrafo único, do Código Penal. Tendo em vista o montante máximo da pena, insere-se na competência do Juizado Especial Criminal.

1.6.1.3. Sequestro ou cárcere privado

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena — reclusão, de um a três anos.

117 Damásio de Jesus, *Código Penal anotado,* p. 496.

1.6.1.3.1. Objetividade jurídica

A liberdade de locomoção (de ir e vir).

1.6.1.3.2. Tipo objetivo

A conduta típica é privar alguém de sua liberdade. Essa privação pode se dar por qualquer meio — violência, grave ameaça, uso de soníferos etc. O crime pode ser cometido mediante **deslocamento** (detenção), levando-se a vítima até um determinado local, ou mediante **retenção** no próprio local onde já se encontra (trancar a esposa em casa, por exemplo).

A doutrina costuma distinguir **sequestro** de cárcere privado sustentando que, no primeiro, a vítima é deixada **em lugar aberto** com possibilidade de considerável movimentação, porém, sem poder deixar aquele local. Ex.: em uma chácara, em uma praia deserta. **No segundo**, a vítima é privada da liberdade **em local fechado** (trancada em um quarto ou no portamalas de um carro). No primeiro caso, há **enclausu-ramento** e, no último, **confinamento**.

A doutrina costuma, ainda, salientar que o crime pode ser cometido por omissão, como no caso de um médico que, ciente da cura do paciente, dolosamente não lhe dá alta porque pretende continuar cobrando pela internação.

Como a liberdade é bem disponível, **o consentimento exclui o crime**, desde que prestado por pessoa capaz. Evidente, portanto, a existência de crime se o consentimento for prestado, por exemplo, por criança de 10 anos de idade, sem a anuência dos pais.

1.6.1.3.3. Elemento subjetivo

É o dolo. O tipo penal não exige qualquer intenção específica, contudo, se estiver presente alguma finalidade prevista em lei como crime mais grave, evidente que restará absorvido o crime do art. 148. É o que ocorre nos seguintes casos: **a)** Se o sequestro visa ao pedido de resgate em troca da libertação da vítima, o crime é o de **extorsão mediante sequestro** (art. 159).

b) Se o sequestro for realizado com o fim de praticar crime de tortura, teremos crime de **tortura** agravado (art. 1º, § 3º, III, da Lei n. 9.455/97).

c) Se o agente subtrai criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto, configura-se **crime do art. 237 da Lei n. 8.069/90** (Estatuto da Criança e do Adolescente), que tem pena maior.

Se a finalidade do agente for a prática de atos libidinosos com a vítima, estará presente qualificadora do próprio crime de sequestro (art. 148, § 1º, V).

Em relação às diferenças entre sequestro e constrangimento ilegal, ver comentários ao art. 146.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 281

11/4/2011 17:24:29

• Sequestro e crimes de roubo e extorsão

Ver comentários aos crimes de roubo agravado (art. 157, § 2º, V) e "sequestro relâmpago" (art. 158, § 3º).

1.6.1.3.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

Se o delito, contudo, for cometido por funcionário público, no exercício das funções, constituirá crime de abuso de autoridade do art. 3º, *a*, da Lei n. 4.898/1965.

1.6.1.3.5. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, inclusive as impossibilitadas de se locomover, como os paraplégicos ou doentes graves, bem como crianças e enfermos mentais. O fato de o paraplégico não andar não significa que possam levá-lo a outros locais contra sua vontade.

1.6.1.3.6. Consumação

Quando a vítima for privada de sua liberdade **por tempo juridicamente relevante**. Manter alguém em seu poder por um ou dois minutos não constitui crime, exceto se o agente tinha intenção de permanecer mais tempo com ela mas foi impedido ou se a vítima fugiu, hipótese em que haverá tentativa de sequestro.

Cuidase de crime **permanente** cuja consumação se prolonga no tempo, pois a liberdade da vítima é continuamente afetada enquanto ela não for solta. Por isso,

a **prisão em flagrante** é possível a todo momento, até a libertação da vítima (art. 303

do Código de Processo Penal).

Nos termos do art. 111, III, do Código Penal, a prescrição só começa a correr a partir da data em que cessa a execução do crime.

Se, durante o período em que a vítima está sequestrada, surge nova lei que torna o crime mais grave (aumento de pena ou figura qualificada), ela incide sobre o delito.

É o que diz a 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*".

1.6.1.3.7. Tentativa

É possível, quando o agente inicia o ato de execução, mas não consegue manter a vítima privada de sua liberdade por tempo juridicamente relevante. Ex.: o marido tranca as portas da casa para que a esposa não saia, mas ela, imediatamente, deixa a residência pela porta dos fundos com cópia de chave que ele não sabia existir.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 282

11/4/2011 17:24:29

1.6.1.3.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre

Material e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

e comissivo ou

permanente quanto elemento subjetivo

jurídica

omissivo quanto aos

ao momento

meios de execução

consumativo

1.6.1.3.9. Ação penal

Pública incondicionada.

1.6.1.3.10. Figuras qualificadas

Art. 148, § 1º — A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: I — se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 anos.

A norma penal é taxativa, não admitindo analogias ou interpretações extensivas, de modo que não há aumento se a vítima for padrasto ou madrasta, genro, irmão, tio ou sobrinho etc.

Em relação aos filhos adotivos, é evidente a existência da qualificadora, uma vez que o texto constitucional veda qualquer distinção (art. 227, § 6º).

Quanto a pessoas que vivem em união estável, encerrouse a controvérsia em razão da Lei n. 11.106/2005, que introduziu a figura do “companheiro” como sujeito passivo da figura qualificada.

Em relação à pessoa maior de 60 anos, inserida no Código Penal pelo Estatuto do Idoso, é importante lembrar que, se a vítima foi capturada quando possuía menos de 60 anos, mas permaneceu privada de sua liberdade até superar tal idade, a qualificadora se aplica porque o sequestro é crime permanente.

II — se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital.

O crime pode ser cometido com emprego de fraude enganando-se os profissionais da área médica com exames falsos, ou com a anuência destes, hipóteses em que serão coautores do crime.

III — se a privação da liberdade dura mais de 15 dias.

Para a configuração da qualificadora, é preciso que a vítima fique sem liberdade por pelo menos 16 dias (mais de 15). Trata-se de prazo penal, que se conta na forma do art. 10 do Código, incluindose o dia da captura.

IV — se o crime é praticado contra menor de 18 anos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 283

11/4/2011 17:24:29

Esse dispositivo foi inserido no Código Penal pela Lei n. 11.106/2005.

V — se o crime é praticado para fins libidinosos.

Essa qualificadora também foi inserida no Código Penal pela Lei n. 11.106/2005, que, concomitantemente, revogou o crime de rapto violento, previsto no art. 219. A conduta típica é praticamente a mesma — privação da liberdade da vítima para fim libidinoso —, tendo, porém, havido algumas alterações relevantes: **a)** No sequestro qualificado, a vítima pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, enquanto, no rapto, apenas mulheres podiam ser sujeito passivo. Além disso, uma prostituta pode ser vítima de sequestro qualificado, porque, ao contrário do que ocorria no crime de rapto, o novo texto não exige que a vítima seja honesta

no aspecto da sexualidade.

b) No rapto, a finalidade libidinosa era elementar e no sequestro é qualificadora.

c) No rapto a ação penal, em regra, era privada, e no sequestro é pública incondicionada.

d) O sequestro é crime contra a pessoa, mais especificamente contra a liberdade individual, enquanto o rapto era classificado como crime contra os costumes.

O crime de sequestro qualificado é **formal**, pois se consuma no momento da captura da vítima, ainda que o agente não consiga realizar com ela nenhum dos atos libidinosos que pretendia. Caso, todavia, consiga realizar tais atos com emprego de violência ou grave ameaça, responderá por crime de estupro, em concurso material com o de sequestro.

Art. 148, § 2º — Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral.

Pena — reclusão, de dois a oito anos.

Essa qualificadora se aplica, por exemplo, quando a vítima fica detida em local frio, úmido, quente, na companhia de ratos ou baratas, quando é exposta à falta de alimentação ou é mantida por muito tempo sem luz solar etc. Também é aplicável se a vítima for espancada pelos sequestradores, exceto se ela sofrer lesão grave ou morrer, hipóteses em que se aplicarão as penas dos crimes autônomos de lesões corporais graves ou homicídio, em concurso material com sequestro simples ou com alguma das qualificadoras do § 1º.

Se estiver presente alguma das hipóteses do § 1º e também do § 2º, aplica-se a pena desta última figura, que é maior. Como se trata de um só crime, não podem ser aplicadas ambas as penas.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 284

11/4/2011 17:24:29

1.6.1.4. 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 da dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena — reclusão, de dois a 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.

1.6.1.4.1. Objetividade jurídica

A liberdade individual em todas as suas manifestações.

Essa modalidade de infração penal é também conhecida como crime de **plágio**, em que uma pessoa fica totalmente sujeita, submissa a outra.

1.6.1.4.2. Tipo objetivo

Não é necessário que haja escravidão — nos moldes do passado — bastando que a conduta do empregador se enquadre em uma das figuras expressamente elencadas no tipo penal. O dispositivo em análise, aliás, teve sua redação alterada pela Lei n. 10.803/2003, exatamente para especificar as formas de execução do delito.

Com efeito, pela redação originária, o delito era de ação livre, porque o texto legal não definia exatamente quais condutas deveriam ser consideradas criminosas, o que dificultava o enquadramento. Atualmente, o crime é de ação **vinculada**, permitindo o texto legal a tipificação do ilícito sempre que se mostrar presente quaisquer das condutas típicas nele elencadas:

a) submissão da vítima a trabalhos forçados ou jornada exaustiva; **b)** sujeição a condições degradantes de trabalho;

c) restrição, por qualquer meio, da liberdade de locomoção em razão de dívida contraída para com o empregador ou preposto deste; **d)** cerceamento do uso de meios de transporte, com intuito de reter a vítima no local de trabalho;

e) manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou apoderamento de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo.

A enumeração legal é **taxativa**, não admitindo o uso de analogia para extensão a outras hipóteses.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 285

11/4/2011 17:24:29

Trata-se, ademais, de crime de ação múltipla em que a realização de uma só conduta já é suficiente para caracterizar o delito; porém, a realização de mais de uma delas, em relação à mesma vítima, constitui crime único.

• Provocação de lesões na vítima

Se a vítima sofrer qualquer espécie de lesão, ainda que leve, em razão dos trabalhos forçados ou da jornada exaustiva, ou em decorrência de alguma forma de violência utilizada para tanto ou para evitar que a vítima deixe o local, as penas serão cumuladas, já que isso se encontra expresso no preceito secundário da norma penal, que estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, **além da pena correspondente à violência**.

1.6.1.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

1.6.1.4.4. Sujeito passivo

Também pode ser **qualquer pessoa**. Eventual **consentimento** da vítima **é irrelevante**, já que não se admite que alguém concorde em viver em condição de escravidão.

Se a vítima for criança ou adolescente, aplica-se um aumento de metade da pena, descrito no art. 149, § 2º, I.

1.6.1.4.5. Elemento subjetivo

É o dolo, direto ou eventual. Não se exige intenção específica, senão aquela implícita no tipo penal que é de se aproveitar da mão de obra da vítima.

Se o crime tiver sido cometido por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, a pena sofrerá acréscimo de metade, nos termos do art. 149, § 2º, II. Assim, se ficar provado que o sujeito cometeu o crime porque a vítima é branca, negra, indígena, oriental, boliviana, argentina, nordestina, católica, judia, árabe, hindu etc., sua pena será maior.

1.6.1.4.6. Consumação

Como o Código Penal exige que a vítima seja reduzida à condição análoga à de escravo, é evidente que a situação fática deve perdurar por período razoavelmente longo, de modo a ser possível a constatação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de que houve uma completa submissão da vítima ao agente. Assim, a sujeição da vítima a trabalhos forçados, de forma eventual, constitui apenas crime de maus-tratos (art. 136).

Em se tratando de delito que atinge a liberdade da vítima, pode ser classificado como crime **permanente**, já que sua consumação se prolonga no tempo enquanto a vítima estiver submetida ao agente, de modo que, nesse período, a prisão em flagrante é sempre possível, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal.

11/4/2011 17:24:29

I Dos Crimes Contra a Pessoa

287

1.6.1.4.7. Tentativa

É possível.

1.6.1.4.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação vinculada,

Permamente e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

múltipla e comissiva

material quanto

elemento subjetivo

jurídica

quanto aos meios

ao momento

de execução

consumativo

1.6.1.4.9. Ação penal

É pública incondicionada. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou que a competência para apurar este crime é sempre da **Justiça Federal**, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 398.041, em 30 de novembro de 2006.

SEÇÃO II

1.6.2. Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio

Existe, em verdade, um único crime nesta Seção II, que é o de violação de domicílio.

1.6.2.1. Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vonta de expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena — detenção, de um a três meses, ou multa.

1.6.2.1.1. Objetividade jurídica

A tranquilidade da vida doméstica. O crime em tela visa dar concretude ao preceito constitucional de que a casa é asilo inviolável do cidadão (art. 5º, XI).

Não se trata de delito que protege a posse ou o patrimônio, posto que não se considera crime, por exemplo, o ingresso em casa abandonada ou desabitada.

1.6.2.1.2. Tipo objetivo

A lei estabelece duas formas de execução do crime:

a) entrar em casa alheia — significa que o agente invade, ingressa totalmente na residência da vítima ou em alguma de suas dependências;

b) permanecer em casa alheia — pressupõe que, em um primeiro momento, o agente tenha tido autorização para lá estar e, cessada essa autorização, ele deixe de se deslocar para fora de suas dependências, por tempo razoável.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 287

11/4/2011 17:24:30

Por se tratar **de tipo misto alternativo**, é claro que haverá crime único se o agente entrar sem autorização na casa e, depois de ser descoberto e receber ordem para se retirar, insistir em ali permanecer.

De acordo com o texto legal, o crime se tipifica se a entrada ou permanência ocorre:

a) de forma **clandestina**, isto é, sem que a vítima perceba; **b)** de forma **astuciosa**, em que o agente emprega alguma espécie de fraude para obter acesso ao local, como, por exemplo, vestindo uniforme de empresa telefônica, de força e luz, de gás, mentindo tratar-se de pintor contratado pelo condomínio etc.

O fato pode se dar, ainda:

a) contra a **vontade expressa** do morador, nas hipóteses em que o responsável pela residência claramente se opõe à entrada ou permanência do agente; **b)** contra a **vontade tácita** do morador, nas situações em que é possível ao agente concluir, em razão das circunstâncias do caso concreto, que o morador não deseja sua entrada ou permanência no local.

A descrição típica, por fim, exige que a oposição seja de **quem de direito**, isto é, daquele que tem o poder legal de impedir a entrada ou permanência de pessoas em sua casa (proprietário, possuidor, locatário etc.).

No caso de **edifícios ou condomínios térreos**, cada morador tem direito de vetar a entrada ou permanência de pessoas em sua unidade, bem como nas áreas comuns. Se, todavia, houver autorização de outro condômino ao acesso à área comum, a entrada estará autorizada e não existirá crime.

No que se refere a **habitações coletivas**, prevalece o entendimento de que, havendo oposição de um dos moradores, persistirá a proibição.

Em caso de divergência entre pais e filhos, prevalece a determinação dos pais, exceto se a residência for de propriedade de filho maior de idade.

Os **empregados** têm direito de impedir a entrada de pessoas estranhas em seus

aposentos, direito que, entretanto, não atinge o proprietário da casa se houver justa causa para o ingresso. Os empregados não têm direito de receber pessoas no interior de residência ou de apartamento, exceto se houver autorização dos proprietários. A propósito: "*Comete violação de domicílio quem entra em casa alheia, a convite de empregada residente, para fins ilícitos ou imorais. Tratando-se de lar honrado e digno, quando ausente ou insciente o titular do direito de proibição, de se presumir tácito dissenso à violação do lar*" (Tacrim-SP — Rel. Lauro Malheiros — *Jutacrim* 33/296). Nesse caso, nos parece que deve também responder pelo delito quem autorizou a entrada sem ter poder para tanto.

Existe polêmica em torno da divergência de **cônjuges** ou **companheiros** quanto à entrada de alguém na residência do casal. Cezar Roberto Bitencourt118 entende que 118 Cezar Roberto Bintecourt, *Tratado de direito penal,* v. 2, p. 404.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 288

11/4/2011 17:24:30

deve prevalecer a proibição se um deles se opuser. Discordamos de tal orientação, mesmo porque, se levada às últimas consequências, faria com que o cônjuge autorizante fosse partícipe do crime. Como não existe regra expressa sobre o assunto, a solução deve ser a mais liberal, até porque, se o marido diz que não quer que sua esposa receba a visita de determinada amiga, mas a esposa autoriza a entrada, não há como se vislumbrar dolo de violar domicílio por parte desta. Nesse sentido: "*Se um homem entra em uma residência por convite ou autorização da mulher, para com esta manter colóquio amoroso, inadmissível é a condenação daquele por violação de domicílio, por arguida ofensa à vontade tácita do chefe de família*" (Tacrim-SP

— Rel. Francis Davis — *Jutacrim* 48/363).

• Norma penal explicativa (conceito de casa)

Os §§ 4º e 5º do art. 150 contêm regras para esclarecer o que se inclui e o que exclui do conceito de casa.

Assim, compreendem-se no conceito (art. 150, § 4º):

"I — qualquer compartimento habitado" — casas, apartamentos, barracos de favela etc.

Casas desabitadas ou abandonadas, portanto, não se incluem na definição.

"II — aposento ocupado de habitação coletiva" — quarto de hotel, cortiço, motel etc.

A propósito: "*O fato de um motel receber rotineiramente casais para encontros amorosos não desnatura sua condição de habitação coletiva. Todos quanto nele ingressam gozam de proteção legal*" (Tacrim-SP — Rel. Sidnei Benetti — *RT* 689/366).

"III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce sua profissão ou atividade" — escritório, consultório, parte interna de uma oficina etc. Entende-se, pois, que não há crime no ingresso às partes abertas desses locais, como recepção, sala de espera etc.

A lei protege expressamente as **dependências** da casa, ou seja, considera crime o ingresso não autorizado em quintal, garagem, terraço etc. A propósito: "*Os pró-*

prios jardins, o quintal e a garagem constituem, para efeitos da lei, dependência da casa, principalmente em se tratando do crime de violação de domicílio (art. 150 do CP). Por-se no telhado de moradia habitada, é violar a liberdade doméstica, ou a casa como asilo inviolável" (Tacrim-SP — Rel. Sérgio Pitombo — *RJD* 8/167).

Por outro lado, não se compreendem no conceito de casa (art. 150, § 5º):

"I — hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior" — o prostíbulo ou a casa de meretriz quando fechadas ao público podem ser objeto do crime em tela. Nesse sentido:

"A *garantia individual da inviolabilidade domiciliar estende-se também aos bordéis e casas de tolerância, quanto à entrada em horas de repouso e contra a vontade expressa da moradora, inquilina ou proprietária do imóvel. Irrelevante tratar-se de lupanar porque protege a lei o sítio reservado à vida íntima do*

indivíduo ou sua atividade privada” 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 289

11/4/2011 17:24:30

290 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

(Tacrim-SP — Rel. Ricardo Couto — *Jutacrim* 31/334); “*Quando fechado ou público é inviolável o domicílio da meretriz, e, nessa situação, comete o crime do art. 150 quem contra a sua vontade ali força a entrada*” (Tacrim-SP — Rel. Roberto Martins — *RT*

456/405).

“II — Taverna, casa de jogos e outras do mesmo gênero” — estão, pois, excluídos os bares, estabelecimentos comerciais na parte aberta ao público, igrejas, veículos (salvo de houver parte própria para alguém morar ou pernoitar, como nos *traillers*). Entendese, outrossim, que não estão incluídos na expressão casa as pastagens de uma fazenda ou o gramado de casa não murada ou cercada, nem as repartições públicas.

1.6.2.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Até mesmo o proprietário de casa alugada pode ser autor do crime, caso nela ingresse sem autorização do inquilino.

1.6.2.1.4. Sujeito passivo

O morador, titular do direito de proibir a entrada ou permanência de alguém na casa.

1.6.2.1.5. Elemento subjetivo

É o dolo. A doutrina toda menciona que, para a configuração do crime de viola

ção de domicílio, é necessário que a conduta seja **um fim em si mesmo**. Por isso, se o ingresso em casa alheia tem por fim a prática de outro crime, resta

absorvida a violação de domicílio. Ex.: ingresso na casa para a prática de furto, homicídio, estupro, ameaça etc. Existem, inclusive, inúmeros julgados reconhecendo a absorção da violação de domicílio até quando o crime-fim é de menor gravidade, como o exercício arbitrário das próprias razões, tal como se dá no caso de quem entra em casa alheia para se apossar de bens para autorressarcimento de dívida vencida e não paga.

Flávio Monteiro de Barros119 discorda de tal orientação, amparado por parte da jurisprudência, argumentando que, nesses casos, o agente deve responder por dois crimes, mesmo porque os bens jurídicos tutelados são distintos. Nesse sentido: "*O crime, quando tentado ou consumado, se mais grave, absorve a violação de domicílio, que é punida separadamente quando o delito-fim for mais brandamente punido*" (Tacrim-SP — Rel. Valentim Silva — *Jutacrim* 25/140).

O crime também não se configura quando o agente entra nas dependências da casa alheia para fugir de pessoas que o perseguem para agredi-lo ou furtá-lo, ou quando entra por engano na casa (erro de tipo).

Entendemos que, se o agente ingressa em casa alheia contra a vontade do morador durante fuga da polícia, incorre no crime em análise, pois o agente não visa à prática de outro crime, e sim eximir-se da punição de delito anterior. Em sentido 119 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 269/270.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 290

11/4/2011 17:24:30

contrário, porém, podemos apontar: "*Inexiste dolo específico na conduta de quem, fugindo da polícia, entra ou permanece em casa alheia, contra vontade expressa ou tácita de quem de direito*" (TJSP — Rel. Fortes Barbosa — *RT* 142/357).

1.6.2.1.6. Consumação

Quando o agente ingressa completamente na casa da vítima, ou, quando, ciente de que deve sair, não o faz **por tempo juridicamente relevante**. A doutrina é

unânime no sentido de que a rápida permanência, com espontânea e imediata retirada na sequência, não constitui crime. Assim, a primeira modalidade constitui crime instantâneo e, a segunda, delito permanente, cuja prisão em flagrante é possível enquanto não cessada a execução (art. 303 do CPP).

Trata-se, ainda, de crime de **mera conduta**, uma vez que o tipo penal não descreve qualquer resultado.

1.6.2.1.7. Tentativa

É possível em ambas as figuras. Embora a modalidade "permanecer" em casa alheia seja omissiva, admite, excepcionalmente, a tentativa por ser, concomitantemente, considerada crime permanente, que só se consuma pela recusa em deixar o local por tempo considerável. Assim, se o agente diz que não vai sair, mas imediatamente é retirado à força por pessoas presentes, mostra-se configurada a tentativa.

1.6.2.1.8. Figuras qualificadas

Art. 150, § 1º — Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

Em um só dispositivo o legislador elencou cinco qualificadoras, referentes a tempo, local, meio e modo de execução.

Noite é o período em que não há luz solar.

Lugar **ermo** é o local afastado, onde não há circulação de pessoas.

Violência, como o texto legal não fez distinção, é tanto aquela empregada contra pessoa, como contra coisa (arrombamento de porta, por exemplo). De acordo ainda com o texto legal, se a violência for empregada contra pessoa e esta sofrer lesão corporal, ainda que leve, as penas devem ser somadas.

O emprego de **arma** que qualifica o delito pode ser tanto de arma **própria** quanto **imprópria**. As armas propriamente ditas (ou próprias) são aquelas fabricadas para servir mesmo como arma: revólveres, pistolas, espingardas,

punhais. Já as impróprias são objetos feitos com outra finalidade, mas que também têm potencialidade lesiva, como navalhas, facas de cozinha, foices, canivetes etc.

A **simulação** de arma e o uso de arma de **brinquedo** não qualificam o crime.

Em relação a estas últimas, existiam duas correntes na doutrina e na jurisprudência, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 291

11/4/2011 17:24:30

porém, após o Superior Tribunal de Justiça ter cancelado a Súmula n. 174, que admitia o aumento no crime de roubo com arma de brinquedo, restou praticamente pacificado que a exasperação da pena é indevida.

Quanto ao **concurso de agentes**, basta o envolvimento de duas pessoas, quer sejam **coautoras**, quer uma delas seja **partícipe**.

1.6.2.1.9. Causas de aumento de pena

Art. 150, § 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 de poder.

Aplica-se às formas simples e qualificadas.

Se o funcionário entra ou permanece em casa alheia sem mandado judicial ou sem se tratar de hipótese de flagrante delito, de desastre ou para prestar socorro, está agindo **fora dos casos legais** em que o ingresso em residência é permitido.

Se existe um mandado de prisão ou de busca, devem ser observadas as **formalidades** para seu cumprimento. O mandado de prisão em residência, por exemplo, só pode ser cumprido durante o dia. Se o cumprimento se der à noite, haverá crime.

Igualmente se o mandado de busca for concretizado sem a observância das

regras a respeito do art. 245 do Código de Processo Penal.

Existe **abuso de poder**, por sua vez, quando o funcionário, por exemplo, extrapola o tempo necessário de permanência no local.

A Lei n. 4.898/65, em seu art. 3º, *b*, diz que constitui crime de abuso de autoridade atentar contra a inviolabilidade domiciliar. A mesma lei estabelece que considerase autoridade "*quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração*". Com isso, Fernando Capez120 alega que, se o funcionário público está em serviço quando ingressa ou permanece arbitrariamente em domicílio alheio, responde apenas por crime de abuso de autoridade, por estar previsto em lei especial. Cezar Roberto Bitencourt,121 por sua vez, diz que o funcionário deve responder pelo crime de violação de domicílio, sem o aumento de um terço, e pelo crime de abuso de autoridade. Por fim, Flávio Monteiro de Barros122 susten ta que o servidor deve responder pelo crime de violação de domicílio, com o aumento da pena, e também pelo referido crime de abuso de autoridade. Preferimos a orientação intermediária, lembrando que os Tribunais Superiores não reconhecem haver *bis in idem* no reconhecimento conjunto de crime do Código Penal (ou Código Penal Militar) e crime de abuso de autoridade. Parece, entretanto, que há *bis in idem* no reconhecimento concomitante do crime da lei especial e da qualificadora. A respeito da independência dos delitos: "(...) *2 — O crime* 120 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 314.

121 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 413.

122 Flávio Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 266.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 292

11/4/2011 17:24:30

de abuso de autoridade deve ser examina do pelo Juizado Especial e os de invasão de domicílio e lesão corporal leve pela Justiça Militar. 3 — A transação penal ofer-tada aceita e homologada no Juizado Especial não constitui causa de extinção da punibilidade em relação aos crimes de lesões corporais leves e

invasão de domicí-

lio, previstos no Código Penal Militar. 4 — Ordem denegada. ” (STJ — HC 81.752/

RS — Rel. Min. Jane Silva, *DJ* 15.10.2007, p. 324).

1.6.2.1.10. Excludentes de ilicitude

Art. 150, § 3º — Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

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 estiver ali sendo praticado ou na iminência de o ser.

Esse preceito deve ser interpretado de acordo com o art. 5º, XI, da Constituição Federal que diz que “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”.

Assim, podese concluir:

a) No caso de **prisão em flagrante**, podese invadir a casa, a qualquer hora do dia ou da noite, para prender o autor do delito, ainda que seja o próprio morador. Se os policiais, por erro plenamente justificado, entendem que está ocorrendo um crime no local e invadem a casa, porém, constatam que não há crime ali em andamento, não respondem por violação de domicílio por se tratar de caso de **descriminante putativa** (art. 20, § 1º, do CP). A Constituição Federal usa a expressão “flagrante delito”, a qual é complementada pelo art. 302, I, do Código de Processo Penal, que diz que se encontra em flagrante delito

“quem está cometendo a infração penal”. No conceito de infração penal, estão abrangidos os **crimes e as contravenções**, razão pela qual pode-se dizer que a Constituição, complementada pelo Código de Processo, é mais abrangente do que o art. 150, § 3º, II, do CP, que só exclui a ilicitude quando se trata de flagrante de **crime**.

b) No caso de prisão **por mandado**, se não houver consentimento do morador (pouco importando se o mandado é contra ele ou terceiro), temos duas hipóteses: se for durante o dia, o executor do mandado convocará duas testemunhas e entrará à força, mesmo que tenha que arrombar a porta. Se for à noite, o executor deverá guardar todas as saídas da casa e, logo que amanhecer, entrará à força, na presença de duas testemunhas (art. 293).

c) No caso de mandado de **busca e apreensão**, caso o morador se recuse a permitir a entrada, poderá ser feito uso de força, desde que durante o dia.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 293

11/4/2011 17:24:30

d) Como a Constituição Federal não repetiu a hipótese contida no Código Penal que permite a entrada na casa alheia quando há algum crime na iminência de ser cometido, aplica-se o disposto na Carta Magna que diz que é possível o ingresso, a qualquer hora, para prestar socorro, ou seja, tal expressão refe re-se a socorro decorrente de acidente doméstico, evento da natureza ou evento criminoso na iminência de ser desencadeado. Aliás, ainda que não existisse essa interpretação, o acesso à residência seria possível em decorrência da excludente do estado de necessidade.

e) É também possível o ingresso, a qualquer hora, em caso de **desastre**.

1.6.2.1.11. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

De ação livre, de

De mera conduta

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

ação múltipla

e instantâneo na

elemento subjetivo

jurídica

e comissivo ou

primeira figura e

omissivo quanto

permanente na

aos meios de

segunda

execução

SEÇÃO III

1.6.3. Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência

1.6.3.1. Violação de correspondência

Os delitos previstos nos arts. 151, *caput*, e seu § 1º, I, do Código Penal, foram substituídos pelos crimes previstos no art. 40 da Lei n. 6.538/78, que trata do serviço postal e de telegramas.

Art. 40. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem:

Pena — detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa.

1.6.3.1.1. Objetividade jurídica

A inviolabilidade da correspondência alheia. O dispositivo visa dar concretude ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, que declara ser inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas.

1.6.3.1.2. Tipo objetivo

Trata a lei de proteger a carta, o bilhete, o telegrama, desde que **fechados**. Veja-se que, apesar de o texto legal declarar a inviolabilidade de correspondência sem prever qualquer exceção, é evidente que tal princípio não pode ser encarado como absoluto, pois há situações em que é necessária a abertura da correspondência para se evitar mal maior, hipótese que pode ser encarada como estado de necessidade.

Suponha-se que, por meio de interceptação telefônica, se descubra um plano de
02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 294

11/4/2011 17:24:30

sequestro em que uma pessoa que está nas ruas, incumbida de estudar possíveis vítimas, diz ao preso, líder de facção criminosa, que irá lhe remeter uma carta com o nome e o endereço da pessoa a ser sequestrada, para que ele se comunique com as pessoas que deverão executar o sequestro (outros componentes da quadrilha que estão soltos). Nesse caso, a única forma de proteger a vítima é descobrindo de quem se trata, e isso só será possível mediante a abertura da carta. Da mesma forma, se a finalidade for evitar fuga ou resgate de presos do interior de estabelecimento prisional.

Por sua vez, apesar de o Código de Processo Penal prever a possibilidade de apreensão de "cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato", tal providência não se mostra, atualmente, possível de realização, já que diz respeito à apuração de fato pretérito. Isso porque esse dispositivo (art. 240, § 1º, *f*, do CPP) não foi recepcionado pela Constituição Federal quando consagra a inviolabilidade do sigilo de correspondência.

Damásio de Jesus123 lembra ser permitido ao curador abrir carta endereçada ao doente mental e ao pai abrir a endereçada ao filho menor, pois, embora este tenha direito à intimidade, tal direito não é absoluto, podendo ser violada a carta sempre que verificada a existência de qualquer risco para o menor.

O art. 10 da Lei n. 6.538/78 estabelece que não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

I — endereçada a homônimo, no mesmo endereço;

II — que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos; III — que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos; IV — que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição.

Nos casos dos incs. II e III, todavia, a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário, no termos do parágrafo único do referido art. 10.

Para que haja crime, é necessário que a abertura da correspondência se dê de forma **indevida** (elemento **normativo** do tipo), de modo que o consentimento do destinatário exclui a tipicidade. Entendese que, entre marido e mulher existe consentimento tácito quando se trata de correspondência bancária ou comercial, presun

ção esta que cede quando se demonstra que havia orientação expressa para que o cônjuge não abrisse a correspondência endereçada ao outro. Tampouco existe tal presunção quando se trata de carta enviada por amigo ou parente.

Entendese, outrossim, que não existe crime quando a correspondência nitidamente contém uma revista ou livro, que não constituem transferência de informação específica de uma pessoa a outra.

123 Damásio de Jesus, *Código Penal anotado,* p. 513.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 295

11/4/2011 17:24:30

O tipo penal em análise se refere à correspondência fechada, não abrangendo o conhecimento indevido de teor de correio eletrônico. Em relação a este, a violação constitui crime especial previsto no art. 10 da Lei n. 9.296/96, que pune com reclusão, de dois a quatro anos, e multa, quem realiza interceptação de comunicação telefônica, de **informática** ou telemática.

Quando a violação da correspondência constituir meio para a prática de crime mais grave, ficará por este absorvida. Ex.: para descobrir segredos da vítima e depois extorquila.

1.6.3.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Se for cometido por funcionário público no desempenho das funções, a pena será agravada nos termos do art. 43 da Lei n. 6.538/78, que, quanto a este aspecto, derrogou o art. 3º, *c*, da Lei n. 4.898/65 (abuso de autoridade).

1.6.3.1.4. Sujeito passivo

O remetente e o destinatário, que são as pessoas interessadas na manutenção do sigilo. Trata-se de crime com **duplo sujeito passivo**.

1.6.3.1.5. Elemento subjetivo

É o dolo. Não existe modalidade culposa, não podendo ser punido aquele que, por engano, abre e lê correspondência alheia.

1.6.3.1.6. Consumação

Não basta que o agente abra a carta; o delito só se consuma quando ele se intera de seu conteúdo, exigência feita pelo próprio tipo penal.

1.6.3.1.7. Tentativa

É possível quando o agente é flagrado quando está abrindo a carta, sendo, porém, impedido de ler seu conteúdo.

1.6.3.1.8. Causa de aumento de pena

Nos termos do art. 40, § 2º, da Lei n. 6.538/78, a pena será aumentada em metade se a conduta causar dano para outrem. O dano pode ser econômico ou moral.

1.6.3.1.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum quanto ao

Comissivo quanto

Formal e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

aos meios de

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

execução

ao momento

consumativo

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 296

11/4/2011 17:24:31

1.6.3.1.10. Ação penal

É pública **condicionada à representação**, nos termos do art. 151, § 4º, do Código Penal, mantido em vigor pelo art. 48 da Lei n. 6.538/78. Por se tratar de infração de menor potencial ofensivo, a competência é do Juizado Especial Criminal.

1.6.3.2. Sonegação ou destruição de correspondência

Art. 40 § 1º — Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.

1.6.3.2.1. Objetividade jurídica

Como no presente tipo penal não importa se o agente teve ou não conhecimento do conteúdo, a objetividade jurídica é o direito do destinatário de receber a correspondência e o de mantêla consigo se assim o quiser.

1.6.3.2.2. Tipo objetivo

Trata-se de figura penal que tem por finalidade punir o agente que se apodera de correspondência alheia, **aberta ou fechada**, com o fito de sonegá-la (fazer com que não chegue até a vítima) ou destruíla. Na primeira modalidade, o destinatário ainda não recebeu a carta, de modo que a sonegação impede que o conteúdo chegue ao seu conhecimento. Na destruição, é possível que o destinatário já tenha recebido e lido a carta, pois o tipo penal tutela também a correspondência não fechada. É o que ocorre quando o namorado encontra uma carta já lida pela namorada e, por ciúme, a destrói.

Se a correspondência tem valor econômico, a subtração constitui furto, e a destruição crime de dano.

1.6.3.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Se for cometido por funcionário público no desempenho das funções, a pena será agravada nos termos do art. 43

da Lei n. 6.538/78, que, quanto a este aspecto, derrogou o art. 3º, *c*, da Lei n.

4.898/65

(abuso de autoridade).

1.6.3.2.4. Sujeito passivo

O **remetente e o destinatário**, que são as pessoas interessadas na manutenção do sigilo. Trata-se de crime com duplo sujeito passivo.

1.6.3.2.5. Elemento subjetivo

É o **dolo**, sendo irrelevante o motivo que levou o agente a querer destruir ou sonegar a correspondência alheia.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 297

11/4/2011 17:24:31

1.6.3.2.6. Consumação

Ocorre no instante que o agente se **apodera** da correspondência, sendo, portanto, crime **formal**, pois dispensa, para fim de consumação, que o agente consiga sonegar ou destruir a correspondência. Essa conclusão decorre do texto legal.

1.6.3.2.7. Tentativa

É cabível quando o agente não consegue se apossar da carta.

1.6.3.2.8. Causa de aumento de pena

Nos termos do art. 40, § 2º, da Lei n. 6.538/78, a pena será aumentada em metade se a conduta causar dano para outrem. O dano pode ser econômico ou moral.

1.6.3.2.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio quanto ao

De ação livre e

Material e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.6.3.2.10. Ação penal

Com o mesmo fundamento do delito anterior, trata-se de crime de ação pública **condicionada à representação**, de competência do Juizado Especial Criminal.

1.6.3.3. Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

Art. 151, § 1º, II — Na mesma pena incorre quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas.

1.6.3.3.1. Objetividade jurídica

O sigilo das conversas telegráficas, radioelétricas e telefônicas. Visa o dispositivo dar concretude ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, que declara

ser inviolável o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

1.6.3.3.2. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

1.6.3.3.3. Sujeito passivo

As mesmas estudadas nos dois crimes anteriores.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 298

11/4/2011 17:24:31

1.6.3.3.4. Tipo objetivo

As condutas típicas são:

a) divulgar — relatar o conteúdo a outras pessoas;

b) transmitir — narrar o conteúdo à pessoa determinada;

c) utilizar — usar para qualquer fim.

O delito somente se aperfeiçoa quando a divulgação ou transmissão são feitas de forma **indevida** (elemento **normativo**) ou quando a utilização é feita de forma **abusiva**.

Em relação a conversações telefônicas, o tipo penal ainda pode ser aplicado para quem, por exemplo, ouve conversa alheia em extensão telefônica e divulga seu conteúdo. Atualmente, entretanto, constitui crime, bem mais gravemente apenado (reclusão, de dois a quatro anos, e multa) "*realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*". Esse

crime está descrito no art. 10, da Lei n. 9.296/96, que regulamentou as hipóteses em que pode ser decretada a interceptação telefônica, bem como o procedimento a ser adotado. Assim, quem realiza a interceptação de conversa telefônica alheia sem autorização judicial já está cometendo crime, independentemente da futura divulgação do conteúdo. Além disso, como as gravações feitas de forma autorizada devem ser mantidas em sigilo, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.296/96, quem tomar conhecimento de seu conteúdo e der divulgação cometerá também o delito, em sua parte final. Ex.: funcionário de Dis -

trito Policial que passa o conteúdo das gravações a órgãos da imprensa.

1.6.3.3.5. Consumação

No momento em que ocorre a divulgação, transmissão ou utilização.

1.6.3.3.6. Tentativa

É possível.

1.6.3.3.7. Ação penal e pena

É **pública condicionada à representação**. A pena é de um a seis meses, ou multa, sendo, por isso, de competência do Juizado Especial Criminal.

1.6.3.4. Impedimento de comunicação ou conversação

Art. 151, § 1º, III — Na mesma pena incorre quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior.

A lei pune quem impede a comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiros ou a conversação entre outras pessoas. É indiferente que o agente o faça de 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 299

11/4/2011 17:24:31

forma continuada ou não. O crime configura-se quando o agente impede a

comunicação ou conversação já iniciadas ou mesmo quando, ainda não iniciadas, o agente atua de forma a inviabilizar que as partes entrem em contato telefônico, telegráfico etc. A pena do crime é aumentada em metade se a conduta provoca dano (art. 151,

§ 2º). A ação é pública condicionada à representação (art. 151, § 4º). A pena será de um a três anos, se o crime for cometido com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico, e, em tal caso, a ação é pública incondicionada (art. 151, § 4º).

1.6.3.5. 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 três meses a dois anos.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

1.6.3.5.1. Objetividade jurídica

A inviolabilidade da correspondência das empresas.

1.6.3.5.2. Tipo objetivo

O art. 152 contém um tipo misto alternativo, incriminando quem **desvia** (dá rumo diverso do correto), **sonega** (se apropria e esconde), **subtrai** (furta) ou **suprime** (destrói) correspondência comercial. Basta a realização de uma dessas condutas para que o fato seja considerado crime, mas a prática de mais de uma delas, em rela

ção à mesma correspondência, constitui crime único.

Também há crime na conduta do sócio ou do empregado que revela o conteúdo da correspondência a outras pessoas que dele não deviam tomar conhecimento.

Nélson Hungria124 nos lembra que "*é preciso, para a existência do crime, que haja, pelo menos, possibilidade de dano, seja patrimonial ou moral*", pois, "*não se compre-enderia que sócio cometesse crime por praticar qualquer dos atos*

referidos no texto legal, se dele nenhum dano pudesse resultar à sociedade ou outrem. Quanto ao empregado, se, do mesmo modo, não houvesse sequer perigo de dano, além do inflingido à intangibilidade da correspondência, não haveria necessidade de incriminação fora do art. 151. Se o conteúdo da correspondência é fútil ou inócuo, não pode ser objeto do crime em questão". O art. 151 mencionado é o atual art. 40 da Lei n. 6.538/78.

O objeto material do delito é a correspondência comercial, assim entendida aquela que diga respeito às atividades exercidas pelo estabelecimento. Se disser respeito a assuntos estranhos à atividade ali desenvolvida, a conduta poderá caracterizar apenas o crime comum de violação de correspondência.

124 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 246.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 300

11/4/2011 17:24:31

1.6.3.5.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio, que só pode ser cometido pelas pessoas elencadas no texto legal — sócio ou empregado da empresa vítima. Não é necessário que o agente esteja trabalhando no momento da infração penal.

O sujeito ativo pode ser sócio ou empregado tanto da empresa remetente quando da destinatária.

1.6.3.5.4. Sujeito passivo

É a empresa remetente ou destinatária.

1.6.3.5.5. Elemento subjetivo

É o dolo. Não se exige qualquer finalidade específica.

Não existe figura culposa.

1.6.3.5.6. Consumação

No exato momento em que praticado quaisquer dos atos descritos no tipo penal.

1.6.3.5.7. Tentativa

É possível.

1.6.3.5.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio quanto ao

De ação livre e

Material e

Doloso quanto ao

à objetividade

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

jurídica

aos meios de

ao momento

execução

consumativo

1.6.3.5.9. Ação penal

Pública condicionada à representação. Esta poderá ser oferecida pela própria

pessoa jurídica ou pelos sócios.

SEÇÃO IV

1.6.4. Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos

1.6.4.1. 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 divulga

ção possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 301

11/4/2011 17:24:31

1.6.4.1.1. Objetividade jurídica

A finalidade do dispositivo é resguardar o sigilo em relação aos fatos da vida cujo conhecimento por outras pessoas possa provocar dano.

1.6.4.1.2. Tipo objetivo

A conduta típica é divulgar o conteúdo de documento particular ou de correspondência sigilosa.

Divulgar significa dar conhecimento do conteúdo a número elevado e indeterminado de pessoas. Não basta, portanto, a transmissão a uma só pessoa.

O objeto material deste crime é o **documento particular**, ou seja, aquele que não é elaborado por funcionário público no desempenho de suas funções, e a **correspondência sigilosa**. O caráter confidencial do conteúdo da correspondência pode estar expresso em seu texto ou implícito na natureza da

informação contida.

É necessário, ainda, que o documento ou correspondência contenham algum segredo cuja divulgação possa provocar dano material ou moral a outrem. Se não houver um segredo ou se não existir a potencialidade de provocar dano, a divulgação é atípica.

O tipo penal em análise, portanto, diz respeito apenas ao segredo escrito. Assim, a divulgação de segredo que lhe foi confidenciado oralmente não constitui crime, salvo se constituir violação de sigilo decorrente de dever profissional (art. 154) —

sacerdote que ouve confissão e a divulga — ou crime contra a honra — moça que conta em segredo para uma amiga que teve relação sexual com dois homens ao mesmo tempo e esta conta o que ouviu para inúmeras pessoas, cometendo, assim, crime de difamação.

A divulgação de segredo contido em documento público pode, eventualmente, caracterizar crime de violação de sigilo funcional, quando praticado por funcionário público (art. 325).

A descrição típica contém um elemento **normativo** manifestado na expressão

"sem justa causa", que significa a inexistência de motivo razoável a justificar a divulgação. Há justa causa, por exemplo, quando a divulgação se faz necessária para o desvendamento de um crime, ou quando há consentimento do interessado.

1.6.4.1.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, pois só pode ser cometido pelo destinatário ou detentor do documento ou correspondência.

1.6.4.1.4. Sujeito passivo

É a pessoa que pode sofrer o dano como consequência da divulgação do segredo. Pode ser o remetente da carta, o destinatário (no caso de o autor do crime ser o detentor) ou qualquer outra pessoa.

1.6.4.1.5. Consumação

No momento da divulgação do segredo, independentemente da produção de qualquer dano. Trata-se, pois, de crime formal.

1.6.4.1.6. Tentativa

É possível.

1.6.4.1.7. Elemento subjetivo

O crime é doloso e, como a lei exige que o fato ocorra sem justa causa, é necessário que o agente saiba da ilegitimidade de seu comportamento, que tenha ciên cia de que o conteúdo divulgado era sigiloso e que, portanto, poderia gerar prejuízo a outrem.

Não existe figura culposa.

1.6.4.1.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples abstrato

Próprio quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

quanto à

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

objetividade

aos meios de

ao momento

jurídica

execução

consumativo

1.6.4.1.9. Forma qualificada

Art. 153, § 1º-A — Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informação ou banco de dados da Administração Pública:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Essa modalidade qualificada foi introduzida no Código Penal pela Lei n. 9.983/2000

e se refere a outro tipo de informação sigilosa ou reservada, ou seja, aquelas que sejam assim definidas expressamente em lei. Trata-se, pois, de norma penal em **branco** a ser complementada por outras leis. A conduta típica é a mesma da modalidade simples, divulgar sem justa causa.

1.6.4.1.10. Ação penal

Os §§ 1º e 2º do art. 153 estabelecem como regra a ação pública condicionada à representação, salvo se o fato causar prejuízo à Administração Pública. Note-se, portanto, que o crime em análise, embora considerese consumado com a simples divulgação do segredo crime formal, sofrerá consequências se o fato causar prejuízo à Administração Pública, não se tratando, nesse caso, de mero exaurimento, já que tem o condão de alterar a espécie de ação penal, ainda que da figura simples.

Na modalidade simples, a competência é do Juizado Especial Criminal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 303

11/4/2011 17:24:31

1.6.4.2. Violação de segredo profissional

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

1.6.4.2.1. Objetividade jurídica

Resguardar o sigilo profissional.

Na vida em sociedade, nas relações entre os homens, muitas vezes um indivíduo, no exercício de sua atividade, toma conhecimento de segredos de outras pessoas e, por isso, o legislador erigiu à condição de crime a conduta daqueles que, sem um motivo justo, revelem tais segredos. É o caso, por exemplo, do advogado que ouve seu cliente confessar particularmente o cometimento do delito de que está sendo acusado, do sacerdote em relação às confissões dos fiéis, do médico etc.

1.6.4.2.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em **revelar** o segredo que significa dar ciência, contar a alguém o segredo. Ao contrário do que ocorre com o crime do artigo anterior, cuja conduta típica é divulgar, no presente delito **basta que o segredo seja contado a uma só pessoa** para que já esteja configurado, desde que isso possa, evidentemente, causar dano a alguém. A revelação pode se dar indistintamente pelas formas escrita, oral etc.

O crime só se configura se não existir justa causa para a divulgação do segredo.

Assim, o motorista particular de um político que revela conversas que ouviu o patrão realizar pelo telefone celular responde pelo delito. Já o motorista que toma ciência de que o patrão irá receber um carregamento de cocaína e noticia o fato a policiais não comete a infração penal.

1.6.4.2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**. No dizer de Damásio de Jesus,125 "*sujeitos ativos do crime são os confidentes necessários, pessoas que recebem o conteúdo do segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão. Dizem-se confidentes necessá-*

rios porque, em razão de sua atividade específica, normalmente tomam conhecimento de fatos particulares da vida alheia".

Função é o encargo decorrente de lei, de contrato, ou de ordem judicial, como, por exemplo, tutela, curatela, direção de escola.

125 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 263.

Ministério é uma atividade decorrente de uma situação fática e não de direito, de origem religiosa ou social. Ex.: sacerdote, freira, assistente social voluntária.

Ofício é o desempenho de atividade manual. Ex.: motorista particular, pedreiro ou jardineiro que tomam conhecimento de fatos no desempenho de suas atividades.

Profissão, no dizer de Nélson Hungria,126 abrange qualquer atividade exercida habitualmente e com fim de lucro. Ex.: médico, dentista, advogado etc.

Os **auxiliares** dessas pessoas também respondem pelo crime quando tomam conhecimento do segredo no desempenho de suas atividades. Exs.: estagiários, enfermeiras etc.

Se o agente toma conhecimento do segredo em razão de função pública, a revelação constitui crime especial previsto no art. 325 do Código Penal.

1.6.4.2.4. Sujeito passivo

É aquele que pode sofrer algum dano com a revelação do segredo, podendo ser o titular do segredo e/ou terceiro.

1.6.4.2.5. Consumação

Por ser crime **formal**, a infração se consuma no momento em que o segredo chega até a terceira pessoa, mesmo que disso não decorra prejuízo para a vítima, bastando, portanto, a possibilidade do dano.

1.6.4.2.6. Tentativa

É possível, por exemplo, na forma escrita, quando uma carta contendo a revela

ção do segredo se extravia.

1.6.4.2.7. Elemento subjetivo

É o dolo. Não existe figura culposa.

1.6.4.2.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples abstrato

Próprio quanto ao

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto ao

quanto à

sujeito ativo

comissivo quanto

instantâneo quanto elemento subjetivo

objetividade

aos meios de

ao momento

jurídica

execução

consumativo

1.6.4.2.9. Ação penal

Nos termos do parágrafo único do art. 154, é **pública condicionada à representação**.

126 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 264.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 305

11/4/2011 17:24:32

1.6.5. Questões

1. (Magistratura/SP — 173º concurso) Suponha-se que um médico, ante iminente perigo de vida, pratique uma intervenção cirúrgica arbitrariamente, ou seja, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal. O comportamento deve ser considerado:

a) crime de lesão corporal culposa.

b) atípico.

c) crime de constrangimento ilegal.

d) crime de lesão corporal dolosa.

Resposta: "b". O art. 146, § 3º, I, do Código Penal, expressamente autoriza o médico a agir de tal forma se justificada por iminente perigo de morte, sendo, assim, atípica a conduta.

2. (Ministério Público/SP — 83º concurso) O agente que priva sua ex-namorada, com 17 anos de idade, de liberdade, detendo-a em recinto fechado de sua casa por dez dias e provocando-lhe, em razão de maus-tratos, grave sofrimento físico, a fim de obrigá-la a reatar o relacionamento, responde por:

a) crime de cárcere privado qualificado pelo fato de a vítima sofrer grave sofrimento físico.

b) sequestro em concurso com lesões corporais, já que provocou grave sofrimento físico para a vítima.

c) crime de constrangimento ilegal, além das penas correspondentes à violência.

d) sequestro especial previsto no art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

e) crime de extorsão mediante sequestro qualificado pelo fato de ser a vítima menor de 18

anos, já que a intenção do agente era reatar relacionamento e, com isso, obter vantagem.

Resposta: "a". A conduta enquadrase perfeitamente na figura qualificada do crime de cárcere privado do art. 148, § 2º, do Código Penal. O crime de constrangimento ilegal fica absorvido por ser subsidiário e possuir pena menor, e o crime de lesão grave não se configurou porque a vítima teve sofrimento, e não lesão grave.

3. (Procurador da República — 18º concurso) O fazendeiro H. é

surpreendido por fiscais da DRT mantendo trabalhadores em trabalho de sol a sol, com breve descanso, no período — 10

minutos —, para digerir pouca ração, que dos mesmos cobra, impedindo-os de sair do local de trabalho. Ouvidos, os empregados consentem com esta situação, que, dizem, assumiram a fim de que não ficassem desempregrados:

a) Há cárcere privado.

b) Há redução a condição análoga à de escravo.

c) O consentimento dos ofendidos impede a caracterização de ilícito contra a liberdade.

d) Por estar o ilícito previsto em Tratado, ainda que pendente da aprovação parlamentar, cabe seja reconhecido como crime.

Resposta: "b". A conduta enquadrase perfeitamente no art. 149 do Código Penal e, em tal delito, o consentimento das vítimas não é válido.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 306

11/4/2011 17:24:32

TÍTULO II

2. DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Nesse Título II da Parte Especial estão previstos os crimes em que o agente, de alguma forma, atinge o patrimônio alheio. Os delitos estão divididos em vários Capítulos de acordo com a forma de agir e de lesar o patrimônio, que pode se dar, por exemplo, por subtração pura e simples (furto), pelo emprego de violência ou grave ameaça (roubo e extorsão), pela captura de alguém (sequestro relâmpago e extorsão mediante sequestro), pelo emprego de fraude (estelionato), pela inversão de ânimo em relação ao bem que já está em sua posse ou detenção (apropriação indébita), pela destruição da coisa alheia (dano) etc.

Ao todo, o Título em análise é dividido em oito Capítulos:

DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

• Capítulo I — Do furto;

• Capítulo II — Do roubo e da extorsão;

• Capítulo III — Da usurpação;

• Capítulo IV — Do dano;

• Capítulo V — Da apropriação indébita;

• Capítulo VI — Do estelionato e outras fraudes;

• Capítulo VII — Da receptação;

• Capítulo VIII — Das disposições gerais.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 307

11/4/2011 17:24:32

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 308

11/4/2011 17:24:32

I

DO FURTO

2.1. DO FURTO

Nesse Capítulo estão previstos dois crimes, o furto (art. 155) e o furto de coisa comum (art. 156).

O furto (art. 155), por sua vez, subdivide-se, de acordo com o texto legal, em quatro figuras: simples, noturno, privilegiado e qualificado.

2.1.1. Furto simples

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena — reclusão,

de um a quatro anos, e multa.

2.1.1.1. Objetividade jurídica

Como no crime de furto ocorre uma subtração pura e simples de bens alheios, pode-se concluir que se trata de delito que afeta apenas o patrimônio e, eventualmente, a posse. Trata-se de crime **simples**.

2.1.1.2. Tipo objetivo

As elementares do crime de furto podem ser divididas em quatro partes: **a)** a **conduta típica**, consistente em um ato de **subtração**; **b)** o **objeto material**, que deve ser coisa **móvel**; **c)** o **elemento normativo** encontrado na necessidade que se trate de coisa **alheia**;

d) o elemento **subjetivo** do tipo consistente no **fim de assenhoreamento definitivo** do bem.

2.1.1.3. Subtração

A subtração, núcleo do tipo do crime de furto, pode se verificar em duas hipóteses.

A primeira delas, mais óbvia, dá-se quando o agente, sem qualquer autorização, apoderase da coisa alheia e a leva embora, causando, assim, prejuízo econômico
à 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 309

11/4/2011 17:24:32

vítima, que fica despojada do bem que lhe pertence. Existe furto, por exemplo, quando alguém se apodera de produtos na prateleira de um supermercado, escondeos sob a blusa e sai do local sem efetuar o devido pagamento no caixa; quando o agente vê uma bicicleta estacionada na rua e sai pedalando com ela; quando a empregada doméstica se apossa de um brinco da patroa e o leva para sua casa no fim do expediente; quando o agente vê uma máquina de cortar grama no jardim de uma casa e ali adentra para levar o bem etc.

Já a segunda forma de subtração necessita de maior atenção para que não seja confundida com o crime de apropriação indébita. É que doutrinadores e julgadores, levando em conta a característica do furto, no sentido de que o bem deve ser **tirado da esfera de vigilância do dono**, concluíram que, se a própria vítima o entrega ao agente, mas não autoriza que ele deixe o local em sua posse, porém ele, sorrateiramente ou mediante fuga, tira o bem dali, o crime é o de furto. Em tal caso diz-se que a posse ou detenção eram **vigiadas**, e que o agente, ao levar o bem, tirou-o da esfera de vigilância do dono, cometendo, portanto, furto. É o que ocorre, por exemplo, quando o funcionário do caixa de uma loja recebe dinheiro dos clientes e leva os valores recebidos para casa, ou quando alguém recebe um livro para ler dentro de uma biblioteca e o esconde na mochila levandoo embora do estabelecimento, ou, ainda, quando alguém pede para ver uma joia dentro de uma loja e, ao recebêla, sai correndo com ela.

Notese que, para a posse ser considerada **vigiada**, basta que o agente tenha recebido o bem em determinado local e **que não tenha obtido autorização para dali sair com ele**, pois, nesses casos, o agente, para se locupletar, tem que **tirar** o bem dali, e é exatamente isso que faz o crime de furto se estabelecer. Para que a posse seja considerada vigiada, não é necessário que a vítima esteja olhando para o agente, basta que não o tenha autorizado a deixar o local na posse do bem.

É possível que haja posse vigiada até mesmo em local aberto (na rua, em uma pra ça). Ex.: pessoa recebe uma blusa de um vendedor de rua (camelô) para experimentála e, quando está com a roupa no corpo, sai correndo com ela.

É necessário ressaltar, outrossim, que, como os casos de posse vigiada dão origem ao crime de furto, por exclusão, apenas nas hipóteses em que a posse é desvigiada — e o agente não restitui o bem — é que se configura o crime de apropriação indébita. O que pode causar algum estranhamento é o fato de o art. 168 do Código Penal, que define o crime de apropriação indébita, referir-se genericamente ao ato de se apropriar de coisa alheia móvel da qual se tem a posse ou detenção, sem fazer qualquer ressalva. Ocorre que, como a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento de que posse vigiada dá origem ao crime de furto, restaram apenas ao crime de apropriação indébita as hipóteses em que a posse ou detenção são desvigiadas, razão, aliás, que faz com que doutrinadores realcem a **quebra de confiança** como característica da apropriação, na medida em que a vítima, além de entregar o bem ao agente, autoriza que ele deixe o local em sua posse, acreditando em sua boa-fé, porém, vê-se despojada pela falta de restituição.

A única distinção entre posse vigiada e desvigiada é a existência ou não de autorização para deixar o local na posse do bem. Assim, o motoboy que recebe um pacote no interior da empresa para entregá-lo em determinado endereço e que no trajeto se apossa do bem, comete apropriação indébita. A posse é considerada desvigiada porque ele não tirou o bem da empresa sem autorização. Ele foi autorizado a deixar o local na posse do pacote. O fato de o dono da empresa saber que entregou o bem ao funcionário não torna a posse vigiada. Da mesma forma, quem recebe um carro emprestado de um amigo para fazer uma viagem e depois não o devolve comete apropriação indébita (o amigo consentiu que o agente deixasse o local na posse do veículo); quem aluga um carro e depois não o restitui também comete apropriação (igualmente o agente saiu do estabelecimento com autorização para deixar o local); quem aluga um DVD em locadora e depois não o devolve também comete apropria

ção indébita — repita-se que o fato de o estabelecimento saber para quem alugou o DVD não torna a posse vigiada, pois esse conceito significa única e exclusivamente que a pessoa não tinha autorização para deixar o recinto e teve que tirar o bem do local sem anuência para tanto. No caso do aluguel do DVD, havia essa autorização para deixar o local.

Posse vigiada

Furto

Posse desvigiada

Apropriação indébita

2.1.1.4. Coisa móvel

Apenas a coisa móvel pode ser objeto de furto porque somente ela pode ser transportada e, assim, tirada da esfera de vigilância da vítima. Os bens imóveis,

portanto, não podem ser furtados; cabe ressalvar que se consideram imóveis apenas os bens que não possam ser levados de um local para outro. Assim, quando o Código Civil ou leis especiais, por ficção, equiparam a imóvel os aviões e as embarcações (art. 1.473, VI e VII, do Código Civil), para fim de registro de hipoteca, por exemplo, não lhes retira a possibilidade de ser produto de furto porque são, essencialmente, coisas móveis.

É possível, também, o furto de partes que compõem um imóvel, como, por exemplo, a subtração de telhas já instaladas ou de portões já colocados. É que, em tais casos, o agente mobiliza os bens antes de levá-los.

Os animais domésticos ou domesticados, quando tiverem dono, e os semoventes (bois, porcos, cabras) podem ser objeto de furto. O furto **de gado** possui denomina

ção própria: **abigeato**.

É possível, ainda, o furto de terra ou areia pela extração clandestina em imóvel alheio, bem como de árvores, desde que o fato não constitua crime contra o meio
02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 311

11/4/2011 17:24:32

ambiente (Lei n. 9.605/98). Além disso, a extração de mineral em propriedade alheia configura também crime de furto.

• **Furto de energia elétrica e de outras que tenham valor econômico** O art. 155, § 3º, do Código Penal, expressamente equipara a coisa móvel à energia elétrica e outras formas de energia que tenham valor econômico (nuclear, térmica etc.), de modo que podem elas ser produto de furto. A preocupação do legislador foi a de evitar polêmicas em torno da possibilidade de bens incorpóreos serem produto deste crime. Assim, os chamados “gatos” ou “gambiarras”, em que o sujeito efetua ligação clandestina em postes de luz ou em casas alheias, a fim de fazer uso da energia sem pagar por tanto, configuram furto. Em geral esses desvios de energia perduram por dias, meses ou anos, configurando crime continuado.

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 56, elenca a energia genética dos reprodutores como exemplo de furto de energia. Assim, a subtração de sêmen constitui crime.

A regra do art. 155, § 3º, do Código Penal foi repetida no art. 83, I, do Código Civil, ao estabelecer que todas as formas de energia consideram-se coisas móveis.

A jurisprudência tem, ainda, reconhecido o crime de furto de energia na capta

ção clandestina de sinal de TV a cabo ou de pulso telefônico. Alguns técnicos questionam o reconhecimento do sinal de TV como forma de energia, porém, mesmo que assim não fosse, forçoso seria reconhecer o crime de furto, ao menos na figura do *caput*, pois não é errado dizer que os sinais constituem bens móveis incorpóreos. De qualquer modo, conforme já mencionado, os tribunais têm reconhecido o furto de energia em tais hipóteses, até porque o art. 35 da Lei n. 8.977/95 diz que "*constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo*".

Tal dispositivo não esclarece qual seria o ilícito penal, porém, considerando que o sinal é captado de forma clandestina, a conclusão é de que se trata de crime de furto.

Nesse sentido: "*Furto de energia. Agente que subtrai, por meio de ligações clandestinas, teletransmissões via cabo, de considerável valor econômico. Caracterização: o ilícito penal a que faz menção o art. 35 da Lei n. 8.977/95, pelo qual deve ser condenado o agente que subtrai, por meio de ligações clandestinas, teletransmissões via cabo de considerável valor econômico, é o disposto no art. 155, caput, c.c. seu*

§ 3º, do CP. As imagens de um serviço de televisão a cabo somente chegam ao seu destino impulsionadas por ondas eletromagnéticas, configurando sua subtração, por tanto, furto de energia" (Tacrim-SP — Apelação n. 1334393/2 — Rel. Oliveira Passos, e TJSP — Apelação n. 99308026650/0 — Rel. Ubiratan de Arruda); "*Incon-troverso que a energia ou força geradora dos sinais de TV a cabo são coisa móvel abrangida no plexo da norma do § 3º, art. 155, CP, parte final*" (TJSP — Embargos de Declaração n. 776.551.3-1 — Rel. Carlos Bueno).

No sentido da configuração de crime na captação de sinal **telefônico**: "*Participa da consumação do furto consistente na subtração de energia elétrica aquele que*

se utiliza de telefone clandestino ligado àquela energia e à linha de outro aparelho, acarretando prejuízo a seu proprietário, com o aumento dos impulsos, e à conces-02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 312

11/4/2011 17:24:32

sionária do serviço público" (*RT* 622/292) *; "Conforme reiterada jurisprudência, o furto do impulso telefônico também caracteriza o delito do § 3º do art. 155 do Códi-go Penal, porque há a subtração de energia, a qual permite o funcionamento do sistema telefônico, podendo ela, a exemplo da energia elétrica, ser equiparada à coisa móvel. Esta ação, além disso, acarreta prejuízo ao proprietário da linha telefônica, seja ele um particular ou a concessionária do serviço público" (* Apelação Criminal n. 70009002734 — Rel. Sylvio Baptista, julgada em 04.11.2004 *)*; "*Nos termos do § 3º do art. 155 do Código Penal, equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico, aí podendo ser incluídas a genética, a mecânica, a térmica e a radioativa, o que deixa certo que aquele que subtrai, para si, sinais de comunicação (impulsos telefônicos) de propriedade da TELEMAR, pratica o delito de furto, sendo flagrante o prejuízo sofrido pela empresa concessionária respectiva*" (Apelação Criminal n. 0667/04 — Rel. Marcus Henrique Pinto Basílio, julgada em 20.04.2004); "*Se o furto consiste na subtração de coisa móvel, entre as quais a energia elétrica que permite o funcionamento do sistema telefônico, o momento consumativo do delito está na utilização do telefone para quaisquer ligações*" (Tacrim-SP — Rel. Marrey Neto — j. 04.08.1987).

• Seres humanos

Os seres humanos podem ser transportados, porém, não se enquadram no conceito de **coisa**, de modo que **não podem ser objeto material de furto**, mas apenas de crimes específicos como sequestro (art. 148), extorsão mediante sequestro (art.

159) e subtração de incapaz (art. 249). Da mesma forma, a subtração de parte de ser humano, enquanto o integra, constitui crime de lesão corporal, ainda que haja interesse econômico envolvido, como no caso do corte desautorizado de cabelo alheio para venda à confecção de perucas ou a cabeleireiros que as utilizam em

apliques capilares. É possível, porém, que haja furto em relação a tecido humano que já não integre o corpo, como, por exemplo, a subtração de sangue do banco que o armazena.

Por sua vez, a extração não autorizada (subtração) de órgão ou tecido humano, **para fim de transplante**, constitui crime específico previsto na Lei n. 9.434/97

(art. 14). É a finalidade do agente que transporta o crime para esta lei especial que regulamenta os transplantes. Ex.: médico que, durante cirurgia na cavidade abdominal, para extração de apêndice, retira sorrateiramente o rim da vítima, para transplantálo em outro paciente.

Os objetos que as pessoas usam para complementação estética ou para auxílio em suas funções podem ser furtados, como dentaduras, próteses etc.

• Títulos de crédito

O furto de título de crédito em geral constitui crime-meio para a prática de outro crime, restando por este absorvido. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente subtrai folha de cheque e se passa pelo correntista para efetuar compra em um mercado, hipótese configuradora de estelionato, porque o agente obteve vantagem ilícita no valor da compra ao enganar o vendedor.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 313

11/4/2011 17:24:32

O problema é que, muitas vezes, o agente subtrai as folhas de cheque com intuito de usá-las futuramente, mas é preso na posse das cártulas, antes de utilizá-las, o que impede o reconhecimento do estelionato, pois o agente não iniciou a execução deste crime. Quando se trata de cheque já preenchido em determinado valor e assinado pelo correntista, a jurisprudência não tem tido dúvida em reconhecer o delito de furto, como no caso de funcionário que subtrai os cheques recebidos pelo estabelecimento comercial, os quais estavam no cofre da empresa aguardando o momento para serem descontados. Quando se trata, contudo, de cheques em branco, há duas correntes na jurisprudência, pois alguns entendem

que, enquanto não preenchidos, não têm valor econômico, não configurando o furto, ao passo que outros reconhecem referido valor e a existência do crime. A propósito: "*Em tema de furto, sendo juridicamente irrelevante o valor da coisa, não há crime. E não se pode considerar juridicamente relevante o valor de simples folha de cheque em branco*" (Tacrim-SP — *Jutacrim* 71/390); "*O talonário de cheques, posto que coisa alheia, não tem nenhuma expressão econômica, e, sendo o furto crime contra o patrimônio, exige, para que se tipifique, desfalque ao patrimônio alheio*" (Tacrim-SP — *RT* 564/357). **Em sentido contrário**: "*Furto de talonário ou de cheques avulsos em branco. A coisa alheia móvel a que se refere o art. 155 do CP é tudo quanto, para a vítima, represente valor. Nega vigência àquele dispositivo a decisão que reclama, para ver caracterizado o furto, tenha a coisa valor ponderável de comércio*" (STF — *RT* 587/428).

É de se ver que, não tendo o cheque sido utilizado em alguma compra, e não restando prejuízo à vítima (além do valor em si da folha em branco ou do talonário), a tendência é o reconhecimento da atipicidade da conduta, na medida em que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm aceitado com certa elasticidade o princípio da insignificância no furto.

2.1.1.5. Coisa alheia

É o elemento **normativo** do furto, pois pressupõe que o juiz, em todo caso concreto, verifique se o bem não pertencia a quem o subtraiu.

Para que uma coisa seja considerada alheia, é necessário que ela tenha dono. Assim, por não ter dono, **não pode ser objeto de furto** a coisa de **ninguém** (*res nullius*), isto é, aquela que nunca teve proprietário, como um cão de rua, os peixes das águas públicas e a coisa **abandonada** (*res dereclicta*). Em relação à última, o Código Civil prevê expressamente que, quem encontra coisa abandonada e dela se apodera, torna-se seu legítimo proprietário. Por isso, se o dono jogou fora um par de tênis, quem o encontrar e com ele ficar, passa a ser seu novo proprietário. A partir desse instante, o par de tênis deixou de ser coisa abandonada e novamente poderá ser objeto de furto, inclusive por parte do antigo dono.

As coisas **perdidas** (*res desperdicta*) têm dono, contudo, só são assim consideradas aquelas que estão fora da esfera de vigilância do dono porque

foram perdidas em local **público** (ruas, praças, avenidas) ou **aberto ao público** (estádios, supermercados, metrô, ônibus), já tendo o responsável dali se afastado. Em tais casos, quem encontra o objeto e dele se apodera não realiza ato de subtração, daí porque o legislador, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 314

11/4/2011 17:24:32

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

315

considerando que o bem tem dono, tipificou a conduta como **apropriação de coisa achada** (art. 169, parágrafo único, II). Quem encontra uma carteira na calçada e fica com ela comete esse crime, caso o dono já não esteja mais no local. Se o agente, todavia, vê que uma pessoa está conversando na mesa de um bar na calçada e que, do bolso traseiro de sua calça, acabou de cair uma carteira sem que ela tenha nota do, e ele, sorrateiramente, se aproxima e pega a carteira, comete furto, porque, neste ca so, a carteira, embora no chão, ainda estava na esfera de vigilância da vítima. Da mesma forma, quando o dono de um objeto não sabe onde ele está, mas este se encontra dentro de sua casa ou escritório, o bem não se considera tecnicamente perdido. Assim, se a dona de casa não percebeu que seu brinco caiu enquanto ela tomava banho e a empregada, ao limpar o ralo, achou o brinco e o levou embora, esta responde por crime de furto.

• Coisas de uso comum

São coisas de que todos podem fazer uso, como a água, o ar etc. Como a todos pertencem, não podem, em princípio, ser objeto material de furto. Caso, todavia, já tenham sido destacadas de seu ambiente natural e estejam sendo exploradas comercialmente por alguém, a subtração constitui crime de furto, tal como ocorre com o desvio de água encanada que pertence à concessionária — que tem custos para a captação e tratamento etc. Nesse sentido: "*Crime de furto qualificado pela fraude.*

Furto de água praticado mediante ligação clandestina. Recurso provido. 1. 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 me-didor de consumo. 2. Recurso provido para condenar o réu

como incurso nas san-

ções do art. 155, § 4º, II, do Código Penal, determinando que o Tribunal a quo re-dimensione a pena imposta" (STJ — REsp 741.665/DF — Rel. Arnaldo Esteves de Lima — *DJ* 05.11.2007, p. 347).

Por sua vez, o desvio ou o represamento **de águas correntes** alheias constitui modalidade do crime de usurpação (art. 161, § 1º, I, do CP).

• Subtração de cadáver ou parte dele

Dependendo da hipótese, esta conduta pode configurar crime de subtração de cadáver (art. 211), furto ou delito previsto na Lei de Transplantes.

Com efeito, o legislador, atento ao fato de que haveria questionamento em torno de o cadáver constituir patrimônio dos familiares (no sentido econômico), erigiu a subtração de cadáver ou de parte deste à condição de crime autônomo contra o respeito aos mortos — art. 211 do Código Penal.

Se o cadáver, contudo, pertence a uma faculdade de medicina ou instituto científico (para estudos), ou a museus (múmias em exposição), a subtração claramente lesa o patrimônio de tais entidades, configurando crime de furto.

Por fim, a subtração de tecido ou órgão de cadáver, logo após a morte, **para fim de transplante**, configura crime do art. 14 da Lei n. 9.434/97. É claro, porém, que não existe crime se há autorização para a retirada dos órgãos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 315

11/4/2011 17:24:33

• Subtração de objetos enterrados com o cadáver

É bastante comum a invasão noturna de cemitérios para o arrombamento de sepultura e posterior subtração das roupas e sapatos enterrados que estão dentro do caixão, ou dos dentes ou obturações de ouro, ou anéis que os familiares não

retiraram etc. Em tais casos, existe forte divergência doutrinária em torno da classificação jurídica a ser dada, pois não há consenso em torno de se tratar ou não de coisa **alheia**.

A primeira corrente entende que esses objetos se equiparam à coisa abandonada, pois não existe interesse por parte dos herdeiros em têlos de volta. Assim, o crime não seria o de furto, e sim o de violação de sepultura, descrito no art. 210 do Código Penal.

A segunda corrente entende que os bens pertencem aos herdeiros e que a subtra

ção constitui furto. O arrombamento da sepultura para essa corrente constitui qualificadora do crime de furto — rompimento de obstáculo —, e não crime autônomo.

Preferimos a primeira corrente, pois, se o fato for considerado crime de furto, restará rara a tipificação da violação de sepultura, que praticamente só poderia ser então aplicada em casos de vandalismo. Ademais, nos parece que o sentimento do herdeiro em casos como tais é o de indignação com o desrespeito à sepultura do ente querido, e não o de quem sofreu lesão patrimonial. Por fim, a opção pelo crime de violação de sepultura resolve a questão das pessoas enterradas que não têm herdeiros.

• Subtração de coisa própria que se encontra em poder de terceiro
Evidentemente não constitui crime de furto, na medida em que o tipo penal ex -

pres samente exige que se trate de coisa alheia. A fim, todavia, de evitar esse tipo de conduta, que coloca em risco as relações jurídicas, o legislador tipificou, no art. 346

do Código Penal, a conduta de tirar coisa própria que se encontra em poder de terceiro em razão de convenção (contrato) ou de determinação judicial. A pena é de deten

ção, de seis meses a dois anos, e multa. Tal conduta ilícita integra a rubrica "exercício arbitrário das próprias razões", porém, como existe uma outra figura deste delito no art. 345, o crime ora em análise é conhecido como **subtipo** do exercício arbitrário.

Desse modo, se o bem encontra-se em poder de um depositário em razão de

ordem judicial de busca e apreensão, e o dono vai até o local e, sorrateiramente, o subtraiu, incorre no crime do art. 346. Da mesma forma, o dono de um carro alugado que, durante a vigência do contrato, se utiliza da cópia da chave que está em seu poder para pegar o carro de volta, sem a autorização do locatário, ou, ainda, no caso do mútuo pignoratício, quando o devedor subtrai o bem que havia entregue ao credor como garantia da dívida — lembre-se de que, pela lei civil, o penhor só transfere a posse ao credor, e não a propriedade.

Se um veículo tiver sido apreendido por determinação de autoridade de trânsito, por falta de licenciamento por exemplo, e o dono for até o pátio onde se encontra o veículo e lá efetuar sua subtração, não responderá por furto porque o bem é dele e nem pelo crime do art. 346, porque a apreensão não se deu por ordem **judicial**. No entanto, o agente pode responder por crime de **desobediência** à ordem de apreensão se recusar a entrega do veículo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 316

11/4/2011 17:24:33

• Furto e exercício arbitrário das próprias razões

Quando alguém tem um direito, ou pensa têlo, e a outra parte se recusa a observá-lo, deve o interessado procurar o Poder Judiciário para fazer valer sua pretensão.

Caso não o faça e resolva a questão pessoalmente, exorbitando as regras legais, comete crime de exercício arbitrário das próprias razões. É o que ocorre, por exemplo, quando o locador troca as chaves da casa alugada para que o inquilino, que está com os aluguéis atrasados, não possa mais entrar, quando o correto seria ingressar com ação judicial de despejo.

O crime de exercício arbitrário das próprias razões tem um alcance bastante extenso e, na grande maioria das vezes, não guarda semelhança como o crime de furto.

Há, porém, uma situação em que tais delitos muito se aproximam, sendo

necessária a abordagem do tema. É o que ocorre quando o credor, insatisfeito com a ina -

dimplência do devedor, vai até a casa deste e subtrai objetos que tenham valor se melhante ao da dívida. Nesse caso, houve subtração de coisa alheia, porque os bens levados pertencem ao devedor. O crime configurado, contudo, não é o de furto, com a justificativa de que o credor não agiu com intenção de obter locupletamento ilícito, que é requisito do crime patrimonial em análise. O agente tinha apenas intenção de se autorressarcir da dívida vencida e não paga e, por isso, responde por exercício arbitrário das próprias razões pelo desrespeito ao Poder Judiciário, já que ele poderia obter o valor pretendido por meio da ação judicial devida.

O exercício arbitrário é **crime contra a administração da justiça**. É claro, toda via, que haveria crime de furto se, a pretexto de se ressarcir, o credor tivesse subtraído bens de valor muito superior ao da dívida, agindo, nesse caso, com intenção de locupletamento patrimonial indevido.

2.1.1.6. Fim de assenhoreamento definitivo (elemento subjetivo)

Quando o tipo penal do furto exige que o agente subtraía o bem **para si ou para outrem** está a indicar que este crime pressupõe a intenção de manter a coisa em seu poder ou de repassá-la a terceiro de forma não transitória. É o que se chama de *animus rem sibi havendi* ou *animus furandi.* Por isso, quando o agente se apossa clandestinamente de coisa alheia, para usálo momentaneamente e, logo em seguida, o restitui à vítima, o fato é considerado atípico, por ter havido o que se chama de furto de uso.

• Furto de uso

Esse instituto não é previsto expressamente no Código Penal, mas é aceito por quase toda doutrina e jurisprudência, que construíram uma teoria em torno do instituto, exigindo a coexistência de dois requisitos para seu reconhecimento e, por consequência, da atipicidade da conduta.

— Requisito subjetivo: *a intenção, desde o momento do apossamento, de uso momentâneo da coisa subtraída*. Não há um período máximo de tempo estabelecido pela doutrina ou pelos tribunais a ser aplicado a todos os casos. Trata-se, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 317

em verdade, de um paradigma a ser levado em conta pelos juízes, nos casos con cretos, para apreciar a existência ou não do furto de uso de acordo com as circunstâncias de cada caso. É certo, contudo, que só se vê o reconhecimento do instituto em estudo quando o uso se dá apenas por algumas horas ou dias. Não se admite furto de uso que dure semanas ou meses. Assim, quando alguém pega uma motocicleta para dar uma volta e a restitui algumas horas depois, comete furto de uso. Igualmente a empregada doméstica que se apossa de um vestido da patroa na sexta-feira e o restitui no primeiro dia em que retorna ao trabalho (no sábado ou na segunda-feira, dependendo do caso), ou do jardineiro de casa de veraneio que pega a bicicleta que está guardada na casa do patrão para ir embora e retorna com ela no dia seguinte.

Se ficar demonstrado que o agente efetuou a subtração com intenção de permanecer com o bem mas, posteriormente à consumação, arrependeu-se e o restituiu, responde pelo crime de furto com a pena reduzida de um a dois terços em decorrência do instituto do **arrependimento posterior** (art. 16 do CP). Daí porque se diz que, no furto de uso, é necessário provar que, **desde o princípio**, havia intenção de usar rapidamente a coisa alheia.

Para o reconhecimento do furto de uso, não se exige a existência de uma situa

ção de perigo. Com efeito, se alguém subtraiu um carro para socorrer o filho que se acidentou, a hipótese é de estado de necessidade, o que exclui a ilicitude da conduta.

No caso da empregada doméstica há pouco mencionado, não existe qualquer situa

ção de risco, mas apenas intenção de usar uma roupa bonita no fim de semana. No furto de uso, portanto, basta que o agente queira usar momentamente o bem alheio e o pegue “emprestado” sem pedir ao dono e, em seguida, o restitua. O fato é considerado atípico pela ausência do elemento subjetivo próprio do crime de furto. Evidente, contudo, a possibilidade de punição no âmbito trabalhista no exemplo acima.

A jurisprudência afasta a possibilidade do reconhecimento do furto de uso quando a intenção do agente é utilizar o bem alheio momentamente, porém, **para fim criminoso**, pois, caso contrário, poderia haver estímulo a esse tipo de conduta. Assim, comete furto em concurso material com o outro crime quem subtrai momentaneamente um carro para usálo em um sequestro.

— Requisito objetivo: *efetiva e integral restituição do bem*. Não basta que o agente queira devolver, é necessário que ele efetivamente restitua o objeto ao proprietário. Assim, quando ele o abandona em local diverso, considerase configurado o crime de furto. Da mesma forma, considera-se praticado o crime quando o agente devolve o bem sem alguma peça ou acessório. Por exemplo, no furto de uso de um carro, se o agente, antes de devolvê-lo, tira o estepe ou o restitui com muito menos combustível, responde pelo furto destes.

Caso o agente, ao usar o veículo, lhe provoque acidentalmente riscos ou danos na lataria, porém, o devolva imediatamente ao dono, não responde pelo crime, devendo ser responsabilizado civilmente, exceto se o agente se envolver em um acidente e abandonar o carro no local.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 318

11/4/2011 17:24:33

Furto de uso

Requisito subjetivo: intenção

Requisito objetivo: efetiva

de uso momentâneo da coisa alheia

e integral restituição do bem

2.1.1.7. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto o dono do bem, já que o tipo penal exige que se

trate de coisa alheia. Cuidase de crime **comum**.

Quem, por erro, pensando que um bem é alheio, subtrai coisa própria, não responde por tentativa de furto. Quando uma pessoa, para “pregar uma peça” em um ladrão que é seu amigo, esconde a carteira deste dentro de uma bolsa que está em um vestiário do estabelecimento onde eles se encontram e o convence a ir ao vestiário subtrair a carteira, o fato é atípico, pois a carteira é do próprio agente, ainda que ele não soubesse disso. O importante é lembrar que nesse caso estamos diante do que a doutrina chama de crime putativo (imaginário, suposto), pois o sujeito pensa que está cometendo um crime, mas não está.

Por outro lado, quando alguém, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, se apossa e leva embora coisa alheia, pensando tratarse de bem que lhe pertence, não responde por crime de furto por falta de dolo de cometer esse delito. A hipótese é de **erro de tipo** e normalmente acontece quando se trata de objetos muito semelhantes, que possibilitam a confusão por parte da pessoa.

O funcionário público que subtrai ou concorre para que seja subtraído bem público ou particular que se encontra sob a guarda ou custódia da Administração, valendo-se de alguma facilidade que lhe proporciona o cargo, comete crime de peculato-furto (ver comentários ao art. 312, §1º).

O crime de furto admite coautoria e participação e, nesses casos, será qualificado pelo concurso de agentes, conforme será posteriormente analisado.

Se o agente convencer um menor de idade a tomar parte no crime, **iniciando-o na vida criminosa**, responderá por crime de furto qualificado em concurso com cri -

me de corrupção de menores (art. 244-B, da Lei n. 8.069/90, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009). Nélson Hungria menciona que se trata de concurso formal.

É possível também autoria **mediata** no furto. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente contrata o motorista de um caminhão para um carreto dizendo a ele que vá até determinado local onde existe uma casa em construção e carregue o veícu-lo com os tijolos que ali estão e os leve até outra construção. O motorista, de boa-fé, vai até o local e faz o transporte, mas se apura, posteriormente, que os tijolos não pertenciam ao agente. Ele responde pelo crime, mas o motorista do caminhão, que não agiu com dolo de furtar, não.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 319

11/4/2011 17:24:33

2.1.1.8. Sujeito passivo

O dono do bem subtraído é sempre vítima do crime de furto. Além dele, também pode ser considerado sujeito passivo o possuidor ou detentor, **caso sofram prejuízo econômico** em decorrência do crime. Exemplos: patrão entrega dinheiro para que um empregado efetue um pagamento e um ladrão, no interior do ônibus, consegue sorrateiramente furtar os valores. Nesse caso, o empregado não sofreu prejuízo financeiro, somente o patrão foi vítima. Por sua vez, se alguém está na posse de um veículo objeto de alienação fiduciária, em relação ao qual vem pagando as prestações à financeira, e o carro é furtado, consideram-se como vítima tanto a financeira, em cujo nome o bem está registrado, como o possuidor, que ficou sem o bem cujas prestações já estava pagando.

Não importa, outrossim, se a posse é ilegítima. Por isso, comete crime o ladrão que furta objeto anteriormente furtado por outro (ladrão que furta ladrão). É que, embora o primeiro ladrão não seja dono do bem, a coisa é alheia em relação ao segundo. A vítima do último furto, todavia, não é o primeiro furtador, e sim o dono do objeto.

Existe crime, ainda, no caso de máquina caça-níquel que é furtada de um bar.

Assim, embora a exploração de jogo pelo caça-níquel seja proibida, cuida-se de bem alheio, de modo que, se houver subtração, o agente responderá por crime de furto contra o dono da máquina, restando, por sua vez, apurar a contravenção de jogo de azar por parte dele. Da mesma forma, constitui crime o furto de produto contrabandeado, restando, de outro lado, punir a vítima do furto pelo crime de contrabando.

No caso de furto qualificado pelo emprego de fraude, considera-se vítima a pessoa lesada e também aquela enganada pelo emprego da fraude, ainda que esta não seja possuidora ou detentora do objeto.

O **sujeito passivo** do furto pode ser pessoa **física** ou **jurídica**. Quando o agente subtrai mercadorias de um supermercado, a vítima é a pessoa jurídica, dona do supermercado.

Não obsta o reconhecimento do crime de furto a não identificação da vítima, desde que haja prova de que a coisa é alheia. É o que ocorre quando policiais presenciam o acusado subtraindo a bolsa de uma senhora e iniciam uma perseguição vindo a prendê-lo alguns quarteirões adiante, porém, quando retornam ao local do crime, não mais localizam a vítima, que acaba não sendo identificada. Nesse sentido julgado do STF — *RTJ* 124/1041.

2.1.1.9. Consumação

Existem várias teorias para explicar o momento consumativo do furto: a) ***concretatio***, segundo a qual tocar a coisa alheia consuma o furto; b) ***apprehensio***, em que é necessário o agente segurar a coisa; c) ***amotio***, que exige a remoção do bem do lo cal onde se encontrava; d) ***ablatio***, que pressupõe que o agente coloque o bem no lo cal em que pretendia.

Pesquisando a doutrina e o farto histórico da jurisprudência nacional, é possível concluir que foi adotada uma orientação que pode ser chamada de **teoria da inversão** 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 320

11/4/2011 17:24:33

da posse para determinar o momento consumativo. *Grosso modo,* essa corrente exige que a vítima perca a posse e o agente a obtenha. Temos, então, que definir quando ocorre essa inversão e, apesar de pequenas divergências, acabou prevalecendo o entendimento de que isso se dá quando o agente obtém a posse tranquila do bem, ainda que por pouco tempo, por ter conseguido tirá-lo da esfera de vigilância da vítima.

É necessário, porém, explicar que o significado de posse tranquila não é sinônimo de adoção da corrente que exige que o agente consiga levar o objeto furtado até onde pretendia. A teoria adotada quanto ao momento consumativo do furto é a ***amotio***, segundo a qual o bem deve ser tirado do local onde se

encontrava, sem que haja perseguição imediata e ininterrupta que culmine na prisão do ladrão e na restituição integral dos bens à vítima. A expressão “posse tranquila”, portanto, significa tão somente que o agente, por alguns minutos, não esteve sob o risco de se ver tolhido dos bens subtraídos, quer por não ter havido perseguição absolutamente imediata, quer porque a perseguição imediata que se iniciou interrompeu-se momentamente.

Vejamos as seguintes hipóteses:

a) O agente inicia a execução do furto, mas é preso antes mesmo de se apoderar do bem. Trata-se de crime tentado, tal como ocorre quando o agente quebra o vidro do carro para furtar o toca-CD e é preso imediatamente pelo guarda noturno, antes de retirar o aparelho de som do painel. Em razão da intenção de furtar, responde por tentativa de furto qualificado e não por mero crime de dano.

b) O ladrão se apossa do bem pretendido, mas é preso ainda no local. Temos também crime tentado, tal como na hipótese em que o ladrão, após quebrar o vidro e entrar no carro, é preso em seu interior, já com o toca-CD nas mãos.

c) O agente quebra o vidro do carro, se apossa do toca-CD e sai correndo com ele nas mãos, mas é visto por policiais que passavam pelo local que, **imediatamente**, iniciam uma perseguição. Se esta for ininterrupta e os policiais prenderem o ladrão e recuperarem o aparelho de som, o crime será tentado, pois, embora ele tenha tirado o bem do local, não teve posse tranquila porque houve perseguição imediata e ininterrupta. Se, entretanto, ele conseguir despistar os policiais por alguns minutos, de modo que estes não saibam durante esse tempo onde o ladrão está, o crime se considera consumado, ainda que o furtador seja reencontrado e preso, pois teve a posse tranquila durante os minutos em que despistou os policiais. Existe, portanto, posse tranquila quando há pessoas procurando o agente, porém, **sem saber exatamente onde ele está** (ex.: réu que, na fuga, entrou em um bar, sem que os policiais tenham notado tal ingresso em razão do grande volume de pessoas na rua e do razoável distanciamento para com o ladrão perseguido).

Veja-se que, se depois de uma perseguição iniciada de imediato, os policiais **veem** o acusado se esconder em uma casa e, após um cerco, conseguem prendê-lo, o crime é tentado.

Observação: Se durante a fuga, o agente perde ou se desfaz do bem furtado **e a vítima não o recupera**, no todo ou em parte, o crime considera-se consumado. Trata-se de exceção à regra, na medida em que o agente não obteve a posse tranquila, mas a jurisprudência entende que, nesse caso, o crime deve ser tratado como consumado, porque a ação do acusado causou efetivo prejuízo econômico à vítima, que não recuperou seus pertences.

d) O agente se apodera do bem da vítima e consegue se evadir do local sem ser perseguido, sendo localizado, algum tempo depois, na posse do bem furtado, por mera coincidência de abordagem policial ou porque a vítima comunicara o fato à polícia. É o que se passa, por exemplo, quando o ladrão furta um carro que está parado na rua, mas a vítima volta ao local logo em seguida e percebe a ausência do veículo. Como o agente deixou o local sem ser perseguido, o crime se considera consumado, ainda que a vítima tenha telefonado para a polícia e passado o número das placas do carro, tendo os policiais sorte de se deparar com o carro furtado na posse do agente algum tempo depois. Da mesma forma, se o furtador leva a bolsa de uma senhora e vai-se embora, o crime está consumado, ainda que, alguns minutos depois, policiais desconfiem do comportamento dele, parado em um beco, mexendo em uma bolsa feminina e resolvam abordá-lo, descobrindo o que se passou.

e) Haverá, excepcionalmente, furto consumado mesmo que o ladrão e o bem per
-

maneçam no âmbito patrimonial do lesado. É o caso, por exemplo, da empregada doméstica que se apodera de uma joia da patroa e a esconde por alguns dias em um local qualquer da casa, para depois, sem despertar suspeitas, transpor tála para outro lugar. Em tal caso, ainda que a joia seja recuperada antes de ser tirada da casa, é necessário que se reconheça que desapareceu, por parte da ví tima, mesmo que momentaneamente, a possibilidade de exercer seu poder de livre disposição sobre a coisa, e o crime, portanto, se consumou.

f) Quando há duas pessoas cometendo juntamente um crime de furto e uma delas consegue se evadir levando bens da vítima, enquanto a outra é presa em

flagrante no local, sem nada levar, o crime é consumado para ambas. Com efeito, quando duas pessoas estão agindo em concurso, auxiliandose mutuamente, a consumação em relação a uma se estende a todas, na medida em que a pessoa presa colaborou para a consumação perpetrada pelo comparsa que conseguiu fugir.

O furto é crime **material**.

2.1.1.10. Tentativa

É possível em todas as modalidades de furto — simples, privilegiado e qualificado.

A doutrina costuma salientar que, quando o agente deseja furtar objetos do interior de uma residência, o mero ato de ingressar na área externa da casa ainda não constitui ato executório, devendo o agente, se flagrado em tal momento, responder por crime de violação de domicílio, por ter havido mero ato preparatório do furto.

Esse entendimento só é aceitável, todavia, se o agente limitouse a ingressar em área 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 322

11/4/2011 17:24:33

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

323

aberta da residência, sem **ter pulado muro ou arrombado portão**, na medida em que essas condutas, por constituírem qualificadoras do crime de furto, indicam claramente que o agente já está cometendo tal crime, de modo que, se a pessoa for presa nesta oportunidade, antes de se apossar de qualquer bem da vítima, responderá por tentativa de furto qualificado.

Além disso, se o ladrão já entrou no **interior** da residência, deverá responder por tentativa de furto, caso seja flagrado antes de conseguir se apossar de qualquer bem, independentemente, neste caso, de ter empregado escalada ou arrombamento.

• Prisão em flagrante e tentativa

Apesar de a condenação por furto pressupor posse tranquila e retirada do bem da esfera de vigilância da vítima ainda que por pouco tempo, há que ressaltar que a ocorrência de prisão em flagrante não implica necessariamente o reconhecimento da tentativa. É que o ocorre, por exemplo, quando o ladrão furta o bem e deixa o local sem ser perseguido, porém, meia hora depois, é encontrado por policiais na posse do bem subtraído. Nesse caso, o art. 302, IV, do Código de Processo Penal, expressamente permite a prisão em flagrante, embora o crime esteja consumado. Essa modalidade é conhecida como flagrante **presumido** ou **ficto**.

• **Crime impossível ou tentativa em face da inexistência de bens** Damásio de Jesus127 sustenta que, se o punguista põe a mão no bolso da vítima para furtar-lhe a carteira, mas nada encontra porque a vítima a esqueceu em casa, dá-se crime impossível de furto, que não é punível, diante da inexistência de objeto material. No mesmo sentido, o entendimento de Celso Delmanto,128 Cezar Roberto Bitencourt129 e Fernando Capez.130 Esses autores mencionam, entretanto, que, se a ví tima está com sua carteira no bolso direito, mas o ladrão põe a mão somente no bolso esquerdo, configura-se a tentativa, porque o objeto material está presente, apenas não foi encontrado pelo agente.

Nélson Hungria,131 discordando da orientação anterior, salienta que se deve diferenciar a ausência habitual do objeto material da casual ou transitória. Para ele, é indiferente que a vítima tenha esquecido a carteira em casa ou que a tenha guardado em bolso distinto daquele explorado pelo agente, pois, em ambos os casos, a ausência seria **meramente acidental**, configurando tentativa de furto em qualquer hipótese. Heleno Cláudio Fragoso,132 comungando dessa opinião, salienta que "*não haverá crime impossível, mas tentativa punível, se a ausência da coisa é apenas acidental e relativa, como no caso do ladrão que encontra vazio o bolso do lesado ou o cofre arrombado*".

127 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 310.

128 Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 295.

129 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 19.

130 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 2, p. 357.

131 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 29.

132 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 268.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 323

11/4/2011 17:24:33

Não existe, entretanto, controvérsia para hipóteses em que a ausência de objetos é habitual, duradoura, como no caso de ladrão que entra em residência que não conhece e, em seu interior, percebe que a casa está vazia, não havendo nada em seu interior que possa ser furtado. É pacífico o entendimento de que, nesse caso, há crime impossível de furto, respondendo o agente apenas por violação de domicílio.

• Crime impossível ou tentativa em razão da existência de alarmes ou sistemas similares que impedem a consumação

Não se pode falar em crime impossível por absoluta ineficácia do meio quando o agente não consegue consumar o crime em razão de dispositivos antifurto (alarmes sonoros, dispositivos que cortam a corrente elétrica ou o combustível de veículos etc.). Entende-se que a ineficácia é relativa porque não existe nenhum sistema de segurança infalível, sendo possível ao agente desarmá-lo ou até mesmo levar o veículo de outra forma (guinchando-o ou empurrando-o). Há, portanto, tentativa de furto nesses casos.

• Crime impossível ou tentativa em casos de pessoa que tem sua conduta vigiada

É absolutamente corriqueira a situação de pessoa que esconde sob sua blusa mer cadorias que retirou da prateleira de supermercado e é presa logo após sair do estabelecimento, sem efetuar o devido pagamento, por funcionários que a vigiavam pessoalmente ou por meio de câmeras de segurança. A **doutrina** é praticamente unânime no sentido de que há crime de tentativa de furto. Na **jurisprudência**, todavia, apesar de ser amplamente majoritário esse mesmo entendimento, existem muitos julgados em sentido oposto, reconhecendo o crime impossível.

Em nosso entendimento, a alegação de crime impossível em tais casos constitui desvirtuamento do texto legal, porque, à toda evidência, o meio empregado não é absolutamente ineficaz; tanto é assim, que inúmeros furtos em supermercado se consumam, diariamente, em situação idêntica. A mera constatação de que não existe sistema de segurança *totalmente* eficaz já torna óbvia essa conclusão. Além disso, mesmo quando os seguranças percebem a conduta do furtador, continua sendo possível a consumação do delito, já que ele pode conseguir fugir em desabalada carreira e não ser alcançado pelos funcionários do estabelecimento, ou até mesmo agredir os seguranças a fim de garantir sua impunidade ou a detenção do bem. É forçoso lembrar, ademais, que, na última hipótese (agressão aos seguranças), o furto em andamento se transforma em roubo impróprio (art. 157, § 1º, do CP), enquanto, se adotada a tese do crime impossível, isso não seria viável, pois, se não havia furto em andamento — já que crime impossível implica atipicidade da conduta —, a agressão posterior aos seguranças acabaria sendo interpretada como crime de lesão corporal ou contravenção de vias de fato.

Dispõe o art. 17 do Código Penal que existe crime impossível em apenas duas hipóteses de consumação inviável, isto é, quando o meio escolhido pelo agente é absolutamente ineficaz e quando há absoluta impropriedade do objeto material. Eventuais providências tomadas pela vítima para tentar evitar a consumação de crimes 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 324

11/4/2011 17:24:33

não estão abrangidas pelo texto do art. 17 e, por isso, há infração penal quando se constata que o meio escolhido era apto a gerar a consumação, mas as providências anteriormente tomadas pela vítima é que impediram o resultado. Dizer que há crime impossível quando um estabelecimento contrata funcionários que acabam evitando furtos, seria o mesmo que sustentar que não há crime quando se atinge alguém na altura do peito com um disparo de arma de fogo e ela não morre unicamente porque, sob sua blusa, havia um colete à prova de bala — no exemplo, o disparo de arma de fogo era meio eficaz para provocar a morte, e o que impediu a consumação foi a atitude preventiva tomada pela vítima, tal qual ocorre no caso do supermercado.

Nestes casos, o agente deve responder pela tentativa. Há crime impossível, por exemplo, se alguém usa arma de plástico para tentar praticar homicídio, pois tal arma não mata ninguém. Ao contrário, existe ilícito penal em casos de atentado ao patrimônio alheio que são evitados por meio de alarmes, sistemas de cortacorrente ou cortacombustível, blindagem de veículo etc.

Em suma, eventuais ações ou precauções da vítima, de preposto seu ou de policial, que impeçam, no caso concreto, a consumação do delito, não levam ao reconhecimento de crime impossível. Nesse sentido: "*Furto. Supermercado. Segurança por meio de vigilância eletrônica. Crime impossível. Absoluta ineficácia do meio empregado. Não configuração. 1. 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"* (REsp 554.233/RS — Rel. Ministra Laurita Vaz — 5ª Turma, julgado em 23.08.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 436); "*Furto em supermercado. Sistemas de segurança. Configurada a violação. Art. 17. Configuração. Não obstante o estabelecimento comercial estar equipado com sistemas de segurança, não se exclui a possibilidade de lesão.*

Os sistemas de vigilância são auxiliares do estabelecimento comercial no combate aos delitos, não garantindo, de forma peremptória, que certos crimes jamais ocorrerão" (REsp 633.656/RS — Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca — 5ª Turma, julgado em 05.10.2004 — *DJ* 08.11.2004, p. 285); "*Apelação. Tentativa de furto.*

Crime impossível. (...). 1. Apreensão da res furtiva em poder do acusado, acompanhada de confissão judicial, impositivo o juízo condenatório. 2. Não há falar em crime impossível pelo fato do acusado ter sido vigiado, haja vista a possibilidade de fuga exitosa, com a res" (TJ/RS — Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 11.02.2004).

Trata-se, em verdade, de situação similar à do flagrante esperado, em que a doutrina e a jurisprudência sempre sustentaram a existência do ilícito penal.

2.1.1.11. Absorção

1) Quando o agente ingressa em casa alheia para cometer crime de furto, o delito de violação de domicílio fica absorvido por se tratar de crime-meio.

2) Se o agente, após furtar o objeto, o destrói, o crime de dano é considerado *post factum* impunível, pois não houve novo prejuízo à vítima — que já havia perdido integralmente o bem em razão da subtração.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 325

11/4/2011 17:24:34

3) Se o agente, após furtar um objeto, passando-se por seu legítimo dono, o vende a um terceiro, deveria responder por dois crimes (furto e disposição de coisa alheia como própria — art. 171, § 2º, I, do CP), na medida em que há duas vítimas. O primeiro é sujeito passivo porque ficou sem o bem por algum tempo e o segundo porque ficou sem ele em definitivo (segundo a lei civil, o dono tem o direito de reaver o bem furtado ainda que o terceiro adquirente esteja de boa-fé). Existem, contudo, inúmeros julgados que, por razões de política criminal, entendem que o crime de disposi

ção de coisa alheia fica absorvido, com o argumento de que, com a venda, o agente estaria apenas fazendo lucro em relação aos objetos subtraídos. Em suma, o que se está dizendo é que não importa que ele tenha provocado dois prejuízos porque, no contexto como um todo, ele obteve uma só vantagem.

2.1.1.12. Furto famélico

É aquele cometido por quem se encontra em estado de extrema penúria e, não tendo outra forma de conseguir alimento para si ou para seus familiares, subtrai pequena quantidade de mantimentos ou de animais para se alimentar. O furto famélico não constitui crime em razão da excludente de ilicitude do **estado de necessidade**, próprio ou de terceiro, pois a falta de alimentação acarreta riscos à vida e à saúde. O

furto famélico só pode ser reconhecido quando o agente não tinha outros meios de conseguir o alimento naquele instante.

A palavra famélico está ligada ao sentimento de fome. Assim, apesar de também existir o estado de necessidade, que exclui o crime de furto, quando o agente

subtrai cobertor para não morrer de frio ou medicamento para não morrer em razão de doen-

ça, tais casos não recebem a denominação de furto famélico.

2.1.1.13. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime simples e

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime material e

Crime doloso

de dano quanto

concurso eventual

e comissivo quanto

instantâneo quanto

quanto ao

à objetividade

quanto ao sujeito

aos meios de

ao momento

elemento subjetivo

jurídica

ativo

execução

consumativo

2.1.1.14. Pena e ação penal

A pena do furto simples é cumulativa: multa e privativa de liberdade (reclu -

são, de um a quatro anos). Como a pena mínima não supera um ano, é cabível a suspensão condicional do processo, se presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

A ação penal é pública incondicionada.

2.1.2. Furto noturno

Art. 155, § 1º — A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 326

11/4/2011 17:24:34

Esse instituto tem natureza jurídica de causa de aumento de pena e somente se aplica ao furto simples. **É incabível às formas qualificadas de furto** porque estas estão previstas em dispositivo posterior (§§ 4º e 5º) e já possuem pena maior em abstrato.

No furto noturno, não é cabível a suspensão condicional do processo porque a pena mínima em abstrato é de um ano e quatro meses, em razão do aumento obrigatório de um terço da pena.

Apesar de o nome do instituto ser “furto noturno”, não basta que o fato ocorra à noite (período de ausência de luz solar), exigindo o texto legal que ocorra durante o período em que os moradores de determinada região estejam dormindo, repousando, devendo a análise ser feita de acordo com as

características de cada região (rural ou urbana).

Por se tratar de norma que agrava a pena, não se admite analogia para abranger furtos cometidos contra pessoas que estão repousando pela manhã ou à tarde.

O aumento do furto noturno aplica-se a fatos ocorridos em **residências** (casas térreas, apartamentos, quartos de hotel, *trailers*) ou em seus **compartimentos externos**, como quintais, varandas, garagens, terraços etc.

Existe, por sua vez, divergência doutrinária e jurisprudencial para a hipótese em que o furto ocorre em casa onde não há moradores repousando no momento do crime, como ocorre com as casas desabitadas ou de veraneio, na ausência dos donos, ou que estejam vazias em razão de viagem do proprietário etc. Para alguns, a expressão

"repouso noturno" se refere ao sono dos moradores, de modo que, na ausência deles, o acréscimo da pena não pode incidir. Para outros, a expressão se refere ao repouso da coletividade, de forma que, ainda que não haja ninguém no local furtado, o aumento é aplicado. Este último entendimento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em inúmeros julgados, dos quais podemos destacar: *"Para o reconhecimento da agravante do repouso noturno (parag. do art. 155, CP), não tem qual quer importância o fato da casa, onde ocorreu o furto, estar habitada e seu morador dormindo"* (STJ — REsp 75.011/SP — Rel. Min. Anselmo Santiago — *DJ*

03.11.1997, p. 56.379).

É amplamente dominante, por sua vez, o entendimento de que o aumento **não é aplicável quando o fato ocorre na rua**, como, por exemplo no caso de furto de veículos estacionados na via pública durante a madrugada.

No passado havia consistente entendimento no sentido de que o furto noturno não deveria ser aplicado se ocorresse em estabelecimento comercial fechado, com o argumento de que, em tais casos, o agente estaria se valendo da ausência de pessoas no local e não do sono dos moradores, pois não se trata de local apropriado para repouso noturno. Atualmente, entretanto, os julgados do Superior Tribunal de Justiça apontam em sentido contrário, autorizando o aumento da pena em razão da menor vigilância decorrente do repouso da coletividade. É claro, por outro lado, que, se o furto ocorrer em estabelecimento comercial aberto, onde existem pessoas trabalhando, não se aplicará o instituto.

Em suma, não se reconhece o aumento: a) se o crime é qualificado; b) se ocorre em via pública; c) se acontece em estabelecimento comercial aberto ou em casa onde está ocorrendo uma festa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 327

11/4/2011 17:24:34

2.1.3. Furto privilegiado

Art. 155, § 2º — Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir de pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

De acordo com o texto legal, é fácil notar que o reconhecimento do privilégio pressupõe dois requisitos: primariedade e pequeno valor do bem.

• Primariedade

A condição de pessoa primária não é definida no Código Penal, que contém apenas definição de reincidência em seu art. 63. Assim, a *contrario sensu*, considerase

primária toda e qualquer pessoa que **não seja considerada reincidente pelo juiz na sentença**. Dessa forma, as pessoas que já foram condenadas anteriormente, mas já cumpriram pena há mais de cinco anos antes de cometer o furto, são consideradas primárias, nos termos do art. 64, I, do Código Penal e, nessa condição, têm direito ao benefício. O art. 155, § 2º, exige apenas primariedade, dispensando bons antecedentes. Não se pode ignorar, contudo, a existência de alguns julgados exigindo também os bons antecedentes, o que, contudo, fere o texto legal, sendo de se lembrar que, por se tratar de norma favorável aos réus, apenas podem ser exigidos requisitos expressamente previstos em lei — e os bons antecedentes não o são.

A condenação anterior por contravenção penal não retira a primariedade daquele que, posteriormente, comete crime, não impossibilitando o privilégio.

• Pequeno valor da coisa subtraída

Em primeiro lugar, há de se dizer que foi adotado um critério **objetivo** no que diz respeito ao conceito de coisa de pequeno valor, devendo ser assim considerada aquela que **não ultrapassa um salário mínimo**. Não se deve, assim, comparar o valor do bem com o do patrimônio da vítima, na medida em que, se assim fosse, o furto cometido contra grandes empresas ou contra pessoas detentoras de grande fortuna seria praticamente sempre privilegiado.

O valor do salário mínimo é aquele vigente **à época do crime**.

Para que se saiba o valor do bem subtraído, é necessária **avaliação** formal, que deverá ser ordenada pelo Delegado de Polícia sempre que se instaurar inquérito policial para apurar crime de furto e cujo auto deve ser anexado ao inquérito. Essa avaliação normalmente é feita pelos peritos da própria Polícia Civil.

No caso do furto de vários bens ou de crime continuado, leva-se em conta o valor dos bens em sua somatória.

No caso de tentativa, considerase o valor dos bens pretendidos.

De acordo com o texto legal, que se refere a **pequeno valor da coisa**, o que se deve levar em conta é efetivamente o valor da avaliação e não o montante final do prejuízo da vítima. É muito comum policiais prenderem o autor do crime algum tempo 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 328

11/4/2011 17:24:34

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

329

depois, ainda na posse da *res furtiva*, que, em razão disso, acaba sendo devolvida ao dono. Caso o furto tenha sido de um veículo, por exemplo, o réu não terá direito ao privilégio, pois o carro vale mais do que um salário mínimo, pouco importando que a vítima tenha recuperado o bem.

Caso o próprio ladrão se arrependa após a consumação do crime e devolva o bem à vítima, o caso é de **arrependimento posterior**, cuja consequência é a redução da pena de um a dois terços, nos termos do art. 16 do CP.

• Consequências do reconhecimento do privilégio

O texto legal confere três opções ao juiz que reconhece o privilégio. A pena originária de um crime de furto simples é de reclusão, de um a quatro anos, e multa, contudo, em se tratando de delito privilegiado o juiz poderá:

a) substituir a pena de reclusão por detenção;

b) diminuir a pena privativa de liberdade de um a dois terços; **c)** aplicar **somente** a pena de **multa**.

As hipóteses *a* e *b* podem ser cumuladas porque não são incompatíveis.

O juiz deve optar por uma delas de acordo com as características de cada caso concreto. Suponha-se, por exemplo, que o réu furtou coisa de pequeno valor e é primário, porém, ostenta maus antecedentes. Como vimos anteriormente, os maus antecedentes não vedam o privilégio, mas o juiz deverá aplicar, dentre as hipóteses le gais, o menor benefício ao réu (substituição por detenção, sem redução no montante da pena, por exemplo).

Apesar de o dispositivo em estudo estabelecer que o juiz **"pode"** adotar uma das providências acima, é pacífico que, estando presentes os requisitos legais, a aplica

ção de alguma das consequências do privilégio seja **obrigatória** por se tratar de **direito subjetivo do réu**.

Primariedade do agente

Requisitos

Pequeno valor da coisa

PRIVILÉGIO

Substituição da pena de

reclusão por detenção

Redução da pena de

Consequências

um a dois terços

Aplicação somente

de multa

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 329

11/4/2011 17:24:34

• **Possibilidade de aplicação do privilégio ao furto qualificado** É amplamente dominante **na doutrina** o entendimento de que, ainda que estejam presentes os requisitos do privilégio, **não** poderá o benefício ser aplicado caso se trate de **furto qualificado**. Justifica-se essa interpretação em razão da posição dos parágrafos do art. 155; o fato de o privilégio estar previsto no § 2º indica que o legislador quis restringir sua incidência às figuras anteriores, que são o furto simples (*caput*) e o noturno (§ 1º), afastando-a das figuras qualificadas descritas nos §§ 4º e 5º. Ademais, se fosse possível a aplicação do privilégio ao crime qualificado, estaria o juiz autorizado a aplicar somente pena de multa a este crime, o que não é admissível, pois acabaria sendo aplicada a mesma pena (multa) a um furto simples privilegiado e ao qualificado. Em suma, quer pela posição dos parágrafos, quer pela incompatibilidade da figura qualificada com as consequências do privilégio, não se tem reconhecido o benefício quando o juiz condena o réu por furto qualificado.

Nesse sentido: *"Furto privilegiado. Ambas as turmas do STF (assim, no RE*

81.583, 2ª Turma — RTJ 75/315, e no HC 54.571, 1ª Turma — RTJ 81/362) já firmaram o entendimento de que o benefício a que alude o § 2º do art. 155 do Código Penal não é aplicável ao furto qualificado. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF — RE 94.301/SP — Rel. Min. Moreira Alves — *DJ* 23.04.1982); *"Agravo regimental em recurso especial. Inadmissibilidade da incidência da forma privilegiada no furto qualificado. Precedentes desta corte superior. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Seguindo orientação*

firmada nesta Corte, ainda que reste demonstrado o preenchimento das condições para a aplicação da minorante do furto privilegiado, quais sejam, primariedade do réu e pequeno valor da res fur-tivae, a forma qualificada do furto inibe o seu emprego" (STJ — AgRg em Resp.

105.286/TRS — Min. Napoleão Maia Nunes Filho — *DJe* 02.03.2005).

É claro que existe entendimento em sentido contrário, com o argumento de que não há expressa vedação legal na coexistência dos institutos e tudo que não é vedado é permitido. É o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt.133

A melhor solução, talvez, fosse permitir a aplicação do privilégio ao furto qualificado, vedando-se, porém, a aplicação exclusiva de pena de multa. Uma alteração legislativa nesse sentido seria bemvinda.

É preciso mencionar, ainda, que, apesar do histórico jurisprudencial imenso e do entendimento dominante na doutrina, recentes julgados do Supremo Tribunal Federal admitiram a figura do furto qualificado e privilegiado: "*A Turma, ..., deferiu habeas corpus para aplicar a minorante prevista no § 2º do art. 155 do CP*

("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.") à pena de condenado por furto qualificado median te concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV). Assentou-se, de início, que se deveria considerar como critério norteador a verificação da compatibilidade entre as 133 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 25.

qualificadoras (CP, art. 155, § 4º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2º) e, a esse respeito, entendeu-se que, no segmento do crime de furto, não haveria incompatibilidade entre as regras constantes dos dois parágrafos referidos.

Reputou-se, então, possí-

vel, na espécie, a incidência do privilégio estabelecido no § 2º do art. 155 do CP, visto que, apesar de o crime ter sido cometido em concurso de pessoas, o paciente seria primário e a coisa furtada de pequeno valor (R$ 125,00). Tendo isso em conta, reduziu-se, em 2/3, a pena-base fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão, o que con-duziria à pena corporal de 9 meses e 10 dias de reclusão. Enfatizou-se, por fim, que o cumprimento da pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviço à comunidade, será feito na forma a ser determinada pelo magistrado sentenciante, observado, como período, o cumprimento da pena ora fixada" (STF — HC 96.843/

MS — Rel. Ministra Ellen Gracie, 24.03.2009). No mesmo sentido: HC 97.051/RS

— Rel. Ministra Carmen Lúcia; HC 97.034/MG — Min. Ayres Brito; HC 98.265/

MS — Min. Ayres Brito; HC 99.581/RS — Min. Cezar Peluso. Estes últimos julgados, aliás, foram todos publicados no ano de 2010.

2.1.4. Princípio da insignificância

Não se confunde o instituto do privilégio, em que o réu é condenado com uma pena menor, com o princípio da insignificância, decorrente do princípio da interven

ção mínima, segundo o qual não se reconhece a existência de justa causa para a ação penal quando a lesão ao bem jurídico tutelado é irrisória, ínfima, insignificante. Ex.: o furto de um doce, de uma rosa etc. É o que se chama de **furto de bagatela**. Em tais casos, o fato é considerado **atípico**.

Os Tribunais, inclusive os superiores, têm, todavia, dado amplitude ao conceito de bagatela, para abarcar não apenas bens que tenham valor próximo de zero mas também objetos que se aproximam a dez ou até vinte por cento do salário mínimo vigente, ou mais. Ademais, têm mencionado que apenas a gravidade diferenciada do delito (um arrombamento com grande prejuízo para a vítima, furto com invasão de domicílio ou com clonagem de cartão de crédito, por exemplo) é que podem afastar o princípio da insignificância, de modo que eventual reincidência ou maus antecedentes não impedem seu reconhecimento.

Com efeito, existem inúmeros recursos do Ministério Público contrários ao reconhecimento da insignificância com o argumento de que, sendo o réu reincidente, não faria jus nem mesmo ao privilégio e, nesses casos, a movimenta

ção da máquina judiciária não seria indevida. Os julgados abaixo colacionados demonstram, todavia, que o Supremo Tribunal Federal não se convenceu desses argumentos, continuando a reconhecer o furto de bagatela mesmo para reincidentes, no que tem sido seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais estaduais:

"*Para a incidência do princípio da insignificância só devem ser considera dos aspectos objetivos da infração praticada. Reconhecer a existência de bagatela no fato praticado significa dizer que o fato não tem relevância para o Direito Penal. Circunstâncias de ordem subjetiva, como a existência de registro de antecedentes criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do instituto. 4. Concessão de habeas corpus, de ofício, para reconhecer a atipicidade do fato narrado na de núncia, cassar o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal e determinar o trancamento da ação* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 331

11/4/2011 17:24:34

penal existente contra o recorrente" (STF — RE 514.531/RS — Rel. Min. Joaquim Barbosa — *DJe* 43, p. 1.260, 06.03.1990).

"*Habeas corpus. 1. Os objetos que supostamente se tentou subtrair não ultrapassam o valor de R$ 52,00 (cinquenta e dois reais): dois shampoos, quatro desodorantes e um isqueiro. Objetos que foram restituídos integralmente à vítima, sendo certo que o acusado não praticou nenhum ato de violência. 2. Para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa, pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo com-plexa como é o aparato de poder em que o judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 3. A inexpressividade financeira dos objetos que se tentou furtar salta aos olhos,*

a revelar a extrema carência material do ora paciente. Risco de um desfalque praticamente nulo no patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente. Análise objetiva que torna irrelevante a existência de registros criminais em curso contra o paciente. Precedentes: AI 559.904-GO, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; e HC 88.393, da relatoria do Ministro Cezar Peluso. 4. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da ação penal, com a adoção do princípio da insignificância penal" (STF — HC 94.427/RS

— Rel. Min. Carlos Brito — *DJe* 64, p. 457, 03.04.2009).

"Ação penal. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de roda sobressalen-te com pneu de automóvel estimados em R$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância.

Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. Absolvi-

ção. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância ju-rídica do ato tido por deli tuoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento. Não cabem para averiguação de tipicidade da conduta, ponderações sobre as circunstâncias pessoais do agente. Se determinado fato não é tí-

pico, passa a ser irrelevante se foi praticado por reincidente contumaz ou por alguém que não tenha antecedentes cri mi nais, pois não há crime! Assim, se a análise concreta dos fatos levar à conclusão de que a lesão ao bem jurídico é insignificante, a atipicidade do fato leva à inexistência de crime, pouco importando as circunstâncias pessoais do agente (...); esta Corte, para aplicar o princípio da insignificância, analisa as particu-laridades da conduta e de seu resultado — como, por exemplo, ausência de periculosidade social da ação. Daí afirmar que as características pessoais do agente são irrelevantes para a aplicação do princípio, uma vez que não têm o condão de, per si, configurar a tipicidade de crime algum" (STF — HC 93393/RS — Rel. Min. Cezar Peluso — *DJe* 89, p. 366, 15.05.2009).

"*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 ju-rídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores pe nalmente 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 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 332

11/4/2011 17:24:34

jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O princípio da insigni -

ficância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.

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 esta na perspec-tiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. 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 fato insignificante, porque destituído de tipicidade penal, importa em absolvição criminal do réu. A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes" (STF — HC

98.152/MG — Rel. Celso de Mello — *DJe* 104, p. 584, 05.06.2009).

2.1.5. Furto qualificado

As qualificadoras estão atualmente previstas nos §§ 4º e 5º do Código Penal.

No § 4º existem, ao todo, sete qualificadoras, distribuídas em quatro incisos. É

plenamente comum que o juiz reconheça duas ou mais qualificadoras deste parágrafo e, se isso ocorrer, a primeira servirá para qualificar o crime e as demais servirão como circunstância judicial para fixação da pena-base acima do mínimo.

Todas as qualificadoras do § 4º referem-se aos meios de execução do furto, de modo que todas são compatíveis com o instituto da tentativa, bastando, para tanto, que o agente não consiga concretizar a subtração.

2.1.5.1. Rompimento ou destruição de obstáculo

Art. 155, § 4º — A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I — com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Essa qualificadora se mostra presente quando o agente arromba trincos, fechaduras, portas ou janelas, ou, ainda, quando consegue arrombar um cofre ou nele fazer um furo com um maçarico, ou, ainda, quando consegue fazer um buraco na parede de uma loja para nela adentrar etc. Recentemente tornouse comum várias pessoas, no interior de um veículo, darem marcha a ré com o automóvel e destruírem a porta de aço de estabelecimento comercial para nele adentrar durante a noite e subtrair mercadorias — cuida-se de furto qualificado neste inciso e também pelo concurso de agentes. Muito comum, também, a conduta de quebrar o vidro de um carro, parado em um semáforo, com uma pilha ou pedra, para furtar a bolsa que está no banco do passageiro, já que se trata de violência contra coisa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 333

11/4/2011 17:24:34

Igualmente incorre na figura qualificada quem corta com um alicate a corrente que prende uma bicicleta ou uma motocicleta a um poste.

Todos os obstáculos mencionados são classificados como passivos. Como o texto legal, todavia, não faz restrição, a qualificadora abrange também os obstáculos ativos que sejam rompidos ou destruídos. É o que ocorre quando o agente, munido de proteção, corta uma cerca eletrificada ou quando corta o fio de um alarme sonoro.

A qualificadora em análise pressupõe, necessariamente, que o obstáculo seja danificado, no todo ou em parte, tanto que o art. 171 do Código de Processo Penal expressamente exige perícia para constatar os vestígios deixados. É de se lembrar, todavia, de que, se os vestígios tiverem desaparecido, a prova testemunhal poderá suprir a falta.

Rompimento é a danificação **parcial** do obstáculo, como no arrombamento do trinco de uma porta. Destruição é a danificação **completa**, como quebrar uma porta de vidro, que fica toda estilhaçada no chão.

A mera remoção do obstáculo, sem que ele sofra qualquer dano, não qualifica o furto. Ex.: desparafusar janela ou porta, desligar o interruptor do alarme sonoro etc. Por isso é que se diz que nesta qualificadora a vítima sofre dois prejuízos financeiros: o valor do bem furtado e o do obstáculo danificado. Existem, aliás, muitos casos em que o conserto da porta quebrada ou do cofre destruído custa mais do que o bem furtado.

A qualificadora somente pode ser reconhecida quando o rompimento ou destrui

ção constituírem meio para a subtração, e é exatamente por essa razão que o crime de dano fica absorvido. Pouco importa que o agente tenha arrombado a porta para conseguir entrar na casa ou que tenha entrado normalmente por uma porta que já estava aberta e tenha arrombado a janela para fugir pelos fundos diante da chegada de moradores ao local. Nas duas hipóteses, o arrombamento ocorreu antes da consumação do crime e constituiu meio de execução, configurando a figura qualificada. Só não haverá a qualificadora se o agente tiver quebrado as janelas de uma casa por mera maldade, por vandalismo, sem

que isso tenha sido necessário para entrar ou sair do local. Em tal hipótese, o agente responde por furto simples em concurso com crime de dano.

A doutrina costuma salientar que cão de guarda não constitui obstáculo no sentido técnico da palavra, de modo que a sua morte para viabilizar um furto configuraria crime de dano em concurso material com o furto. O texto legal, entretanto, não fez qualquer ressalva, de modo que não se pode negar o caráter de obstáculo (algo que dificulta o acesso ao bem pretendido pelo ladrão) ao cão de guarda. Não há razão para a distinção pretendida pela doutrina tradicional.

É muito importante salientar que a doutrina e a jurisprudência só têm aceitado a presente qualificadora quando a conduta atinge obstáculo que impede a apreensão ou a remoção do bem, e nunca obstáculo que seja parte integrante da própria coisa e que, por tal razão, seja juntamente com ele subtraído. Assim, aplica-se a qualificadora quando o agente arromba um portão para furtar o carro da garagem, mas não se aplica quando o agente arromba a porta do próprio carro para levá-lo. Argumentase que, no primeiro caso, o agente causou dois prejuízos à vítima e, no segundo, não (ao levar o carro, provocou prejuízo no valor integral do bem, não havendo um *plus* em relação ao dano em sua porta). Ademais, na primeira hipótese, é possível a perícia no 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 334

11/4/2011 17:24:34

portão, enquanto na segunda é inviável a perícia na porta, exceto se o carro tiver sido prontamente recuperado, o que é raro.

Dessa forma, aplica-se a qualificadora quando se arromba um cofre para subtrair os valores nele contidos; quando se arromba uma porta ou janela para furtar as mercadorias de dentro de uma loja ou residência; quando se arromba a janela de um carro para furtar o toca-CD ou uma jaqueta de seu interior etc.

Essa interpretação acaba causando situação difícil de justificar, principalmente aos leigos, pois considera qualificado o arrombamento de uma porta de carro para furtar objetos de seu interior, e simples quando o furto é do próprio veículo arrombado.

Em tal sentido: "*I — dirigindo-se o furto à apropriação do som localizado no interior de automóvel, e não do automóvel em si, considera-se este como obstáculo exterior àquele"; "II — O rompimento de obstáculo externo — quebra-vento — ao objeto do furto caracteriza a circunstância qualificadora*" (STJ — REsp 294.503/DF

— Rel. Ministro Gilson Dipp — *DJ* 05.08.2002); "*Furto. Rompimento de obstáculo.*

Destruição de vidro e de quebra-ventos. Objetos localizados no interior de automóvel.

Incidência da qualificadora. Art. 155, § 4º, I, CP. A subtração de objetos situados no interior de veículo mediante rompimento de obstáculo (in casu, destruição do vidro do motorista e de dois quebra-ventos) qualifica o delito" (STJ — REsp 610.413/DF

— Rel. Ministro Félix Fischer, *DJ* 20.09.2004); "*... pacífico é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a subtração de objetos situados no interior de veículo, mediante rompimento de obstáculo, no caso vertente o quebra-vento, qualifica o delito de furto*" (STJ — HC 42.658/MG — Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 22.08.2005). No mesmo sentido, recente julgado do STF *"Configura o furto qualificado a violência contra coisa, considerada veículo, visando adentrar no recinto para retirada de bens que nele se encontravam"* (HC 98.606/RS — Rel.

Min. Marco Aurélio — *DJe*, p. 948, 28.05.2010).

De outro lado, a jurisprudência tem entendido que a conduta de cortar com canivete a bolsa da vítima para, sorrateiramente, furtar a carteira ou outros valores de seu interior, não constitui rompimento de obstáculo porque a bolsa é usada para transporte e não para proteção dos valores. A propósito: "*Corte de bolsa não tipifica o rompimento de obstáculo à subtração da coisa, pois tal utensílio se destina a car-regar valores e objetos e não a defendê-los da ação de ladrões*" (Tacrim-SP — Rel.

Dante Busana — *RT* 582/333). Possível, contudo, o reconhecimento da qualificadora da destreza, se a vítima não notar a conduta do agente.

A forma tentada é plenamente compatível com a figura qualificada, bastando que

o agente já tenha dado início ao ato de arrombamento, danificando, ainda que parcialmente, o obstáculo, mesmo que seja preso antes de conseguir entrar no local que pretendia, não tendo, portanto, conseguido concretizar a subtração por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.1.5.2. Abuso de confiança

Art. 155, § II (1ª figura) — Se o crime é cometido mediante abuso de confiança.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 335

11/4/2011 17:24:35

A doutrina e a jurisprudência são muito criteriosas na análise dessa qualificadora, somente a reconhecendo se coexistirem duas circunstâncias no caso concreto.

Em **primeiro** lugar, é necessário que se demonstre a existência de uma **especial** (grande) confiança da vítima no agente, que pode decorrer de forte amizade ou coleguismo no trabalho, parentesco, namoro ou noivado, relações profissionais etc. Assim, considerando que a relação de confiança pode se dar em vários níveis, pode-se dizer que foi estabelecido um critério aos juízes no sentido de não reconhecerem a qualificadora quando verificarem a existência de uma confiança pequena, comum, que não seja suficiente para justificar tamanho agravamento da pena. Dessa forma, embora se possa concluir que haja alguma confiança do patrão em todos os empregados que contratou, nem sempre o furto cometido por estes consistirá em furto qualificado, mas apenas quando se fizer prova de que se tratava de empregado que gozava de confiança diferenciada por parte do patrão. Ex.: se o tesoureiro da empresa, a quem o patrão confiou as chaves do cofre para, no final do expediente, guardar os valores obtidos com as vendas, faz uso dessa chave no fim de semana para furtar os valores, o crime é qualificado. Por outro lado, se um funcionário comum, de um supermercado onde trabalham dezenas de pessoas, leva alguns produtos do estabelecimento escondidos sob suas vestes, o crime é simples.

O mesmo raciocínio vale para empregados domésticos, embora em relação a estes exista maior volume no reconhecimento da qualificadora. Com efeito, quando se trata, por exemplo, de jardineiro recémcontratado que subtrai produtos de limpeza, não se aplica a qualificadora, mas quando o furto é cometido por empregada que trabalha há anos na residência e que por tal razão estava sozinha no interior da casa no momento em que furtou algumas joias da patroa, o delito é qualificado.

O furto cometido por empregado se chama **famulato**.

O critério estabelecido pela doutrina e jurisprudência, no sentido de que deve haver prova de **especial** confiança da vítima no agente, deve ser observado em todo e qualquer caso concreto. Assim, embora exista a premissa de que, no furto cometido por um irmão contra o outro, há quebra de especial confiança, é plenamente possível que se demonstre, no caso concreto, que aqueles irmãos eram inimigos capitais, não havendo qualquer espécie de relação de confiança entre eles, hipótese em que a qualificadora será refutada, reconhecendo-se apenas a agravante genérica do art. 61, inc. II, *e* — crime contra irmão.

Se a subtração for perpetrada por cônjuge, durante a constância da sociedade con jugal, companheiro, durante o convívio estável, ascendente ou descendente, o furto sequer é punível ante as causas de isenção de pena (escusas absolutórias), elencadas no art. 181 do Código Penal. Se a vítima, entretanto, tiver 60 anos ou mais, as imunidades deixam de existir, no termos do art. 181, III, do Código Penal, e, em tais casos, será possível a aplicação da qualificadora se o furto tiver sido cometido, por exemplo, pelo marido ou pelo filho.

O **segundo** requisito para o reconhecimento da qualificadora do abuso de confiança é que o agente tenha **se aproveitado de alguma facilidade decorrente da re -**

lação de confiança para executar o furto. É nisso que consiste o **abuso** (de confiança).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 336

11/4/2011 17:24:35

Assim, o amigo que furta bens do interior da casa do outro durante uma visita incide na forma qualificada, restando prejudicada a agravante genérica referente a crime cometido com abuso de relação de hospitalidade (art. 61, II, *f*) porque tal aspecto está contido na dinâmica da qualificadora. Por outro lado, se o mesmo amigo invade a casa durante viagem da vítima, cometendo o furto de uma maneira como qualquer outra pessoa poderia tê-lo praticado, o crime é simples.

Que a vítima tenha uma

especial confiança no agente

Abuso de confiança

Que o agente se aproveite de

alguma facilidade decorrente da

confiança para cometer o furto

Essa modalidade de furto qualificado tem em comum com o crime de apropria

ção indébita a ocorrência de quebra de confiança. A diferença entre as duas infrações penais, contudo, é clara, posto que, no furto, o agente retira objetos da vítima valendo-se da menor vigilância dispensada em razão da confiança, enquanto, na apropria

ção indébita, a própria vítima entrega o bem ao agente e o autoriza a deixar o local em sua posse, e ele não o restitui.

A modalidade tentada é plenamente possível, quando o agente que goza da confiança da vítima é flagrado no ato de subtração e acaba sendo impedido de continuar na empreitada criminosa.

2.1.5.3. Emprego de fraude

Art. 155, § 4º, II (2ª figura) — Se o crime é cometido mediante fraude.

Fraude é qualquer artifício, engodo, ardil ou artimanha utilizados pelo agente

durante o contexto fático do delito a fim de viabilizar a subtração.

Os métodos fraudulentos são muito variados.

Existem hipóteses em que a fraude é empregada pelo agente para distrair, desviar a atenção da vítima, como no famoso exemplo em que duas pessoas entram em uma loja onde só existe um vendedor e, enquanto um deles distrai a vítima com perguntas e pedidos de mercadorias, o outro esconde objetos sob suas vestes. Nesse caso, além da qualificadora da fraude, mostra-se também presente a do concurso de agentes.

Há casos em que a fraude visa possibilitar a aproximação do agente dos bens que pretende furtar, como no caso em que ele desliga a rede de uma casa e, em seguida, se passa por funcionário da empresa telefônica, inclusive com o respectivo 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 337

11/4/2011 17:24:35

uniforme falso, e consegue entrar na residência a pretexto de efetuar o conserto, ou quando finge ser pessoa responsável pela manutenção em máquinas de uma certa empresa para conseguir ter acesso ao local.

Ocorrem também situações em que a finalidade da fraude é afastar a vítima do local onde estão seus bens, pois a sua presença inviabilizaria o furto. Ex.: descobrir o nome e o local onde uma criança estuda e telefonar para a mãe, passando-se pelo diretor da escola, e dizer que ela deve ir a determinado hospital porque o filho se acidentou. Com isso, a mãe sai de casa e o ladrão consegue efetuar o furto aproveitandose da ausência de pessoas no local e do tempo que tem para recolher os bens.

Existem, ainda, fraudes mais elaboradas, em que os bandidos criam *site* falso imitando o do banco das vítimas e estas, pensando tratarse do *site* verdadeiro, digitam o número da conta-corrente e da respectiva senha, com as quais os ladrões, posteriormente, sacam dinheiro da conta sem, evidentemente, terem autorização para tanto.

Furto mediante fraude e estelionato

Estes crimes não se confundem. No furto, o bem é subtraído (não se podendo es quecer de que o conceito de furto abrange os casos de posse vigiada), enquanto, no estelionato, a vítima entrega a posse desvigiada do bem por ter sido enganada pelo golpista. Quando é o próprio agente quem, após empregar a fraude, se apodera do objeto e o leva embora, a questão não gera dificuldade, sendo evidente a configuração do furto mediante fraude.

O tema tornase um pouco mais complexo quando a própria vítima entrega o bem

em decorrência de uma fraude empregada pelo agente. Se ela entrega apenas uma posse vigiada e ele, sorrateiramente ou mediante fuga, o leva embora, comete furto mediante fraude. Ex.: agente fica sabendo que certo comerciante recebeu grande carga de *notebooks* de marca famosa. Coloca os emblemas da Polícia Civil em um veículo e se dirige ao estabelecimento, mentindo para o comerciante que recebeu informação de que os computadores são falsificados e que necessita levá-los ao Distrito Policial para perícia. A vítima entrega os aparelhos ao agente e o acompanha dentro da viatura, onde também são colocados os computadores. No trajeto, o falso policial simula um problema na bateria da viatura e faz com que a vítima desça do automóvel para ajudar a empurrá-lo. O agente, então, dá a partida e foge com os computadores, deixando a vítima na rua. Trata-se de furto mediante fraude. Ao contrário, quando o agente vai até a loja e compra um computador com cheque falsificado de terceiro e recebe o aparelho com autorização para com ele deixar o recinto, o crime é o de estelionato, porque o agente recebeu posse desvigiada (com autorização para deixar o local com o bem) após ter empregado fraude.

A jurisprudência tem, ainda, dado maior elasticidade ao conceito de posse vigiada quando o fato ocorre em local aberto, público. Assim, quando um falso comprador pede para fazer um *test-drive* com um veículo, recebendo autorização do dono para dar uma volta no quarteirão e desaparece com o automóvel, temse entendi do, majoritariamente, que a posse era vigiada e que o crime é o de furto. Existem, é claro, julgados sustentando que, em tal caso, a posse era desvigiada, e o crime é o de estelionato.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 338

11/4/2011 17:24:35

Não se pode deixar de mencionar que a primeira tese provém da área cível, em que os julgadores, a fim de reconhecer a obrigação da seguradora de indenizar o segurado, ampliaram o conceito de posse vigiada, reconhecendo o crime de furto, na medida em que as apólices de seguro só cobrem furto e roubo, e não o estelionato.

É evidente que, quando alguém compra e recebe em definitivo um carro, e

depois a vítima descobre que o pagamento foi feito com depósito fraudulento em banco, o crime é o de estelionato porque a posse foi entregue em definitivo, e não para um *test-drive*.

Faz-se, também, necessário distinguir os dois crimes quando os valores ilícitos são obtidos com o uso de cartão bancário ou de crédito clonados. O tipo penal do estelionato exige que o agente obtenha a vantagem ilícita mantendo **alguém** em erro.

É necessário, portanto, que o agente engane alguma pessoa (alguém) e não uma máquina, um computador. Dessa forma, se com o cartão clonado o agente consegue sacar valores da conta da vítima em um caixa eletrônico, o crime é o de furto. Se o agente, entretanto, vai até o caixa do estabelecimento bancário, apresenta o cartão clonado ao funcionário do caixa e consegue dele receber dinheiro após ter digitado a senha da vítima, o crime é o de estelionato, pois o funcionário lhe entregou a posse desvigiada dos valores — entrega com autorização para deixar o recinto — após ter sido induzido em erro. Da mesma forma, quando alguém faz compra com cartão de crédito clonado, enganando o vendedor da loja, o crime é o de estelionato.

Outra distinção importante é a seguinte: se o agente entra em um supermercado, pega uma caixa de papelão com garrafas plásticas cheias de água e, no lugar, coloca garrafas cheias de um caro champanhe e fecha a caixa, mas, ao efetuar o pagamento, a funcionária cobra apenas o valor da água, o crime é o de furto qualificado. Nesse caso, o supermercado, representado pela funcionária enganada, em nenhum momento, soube que aquelas caras garrafas estavam sendo retiradas do recinto. Por isso, é evidente que o crime é o de furto, já que houve subtração. A hipótese é equivalente àquela em que o ladrão esconde um relógio dentro da caixa de papelão com as garrafas de água e paga somente por estas. Se o agente, todavia, troca a etiqueta de preço e apresenta a garrafa de champanhe no caixa, e a funcionária vê a garrafa, mas, ludibriada, cobra o preço menor e entrega a garrafa ao golpista, o crime é o de estelionato. Nesse caso, a funcionária, que representa a vítima (o supermercado) viu e entregou a garrafa ao agente, tendo, entretanto, cobrado preço menor. Nesse caso, não houve subtração.

2.1.5.4. Escalada

Art. 155, § 4º, II (3ª figura) — Se o crime é cometido mediante escalada.

Escalada é a utilização de via **anormal** para adentrar no local do furto, como pular um muro ou portão, entrar pelo telhado ou pela chaminé, pela sacada de um prédio, de paraquedas dentro de um sítio etc.

A escavação de túnel, evidentemente, é forma anormal de ingresso ao local do cri me, configurando a qualificadora. Essa conduta, aliás, vem se tornando razoavel02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 339

11/4/2011 17:24:35

mente comum, como ocorreu no impressionante furto em agência do Banco Central em Fortaleza, entre os dias 5 e 6 de agosto de 2005.

É pacífico, por sua vez, o entendimento jurisprudencial no sentido de que a qualificadora só se justifica quando o agente necessita fazer um esforço considerável para ter acesso ao local pretendido ou quando faz uso de instrumentos auxiliares, como cordas ou escadas. É que não existe gravidade diferenciada na conduta, a permitir que o crime seja tido como qualificado, se o agente consegue adentrar no local com facilidade, embora por forma anormal, como se dá, por exemplo, quando pula um pequeno muro ou grade, ou, ainda, quando ingressa por uma janela térrea. Em tais casos, aliás, não existe propriamente uma escalada. Ao contrário, em se tratando de um muro alto ou de janela elevada, configura-se a qualificadora. Nesse sentido:

"*A entrada por janela é, inegavelmente, ingresso por via anormal. Assim, somente quando prove o agente ser a janela de fácil acesso, não demandando esforço para ser galgada, é que a qualificadora da escalada deixa de existir*" (Tacrim-SP — Rel.

Manoel Pedro — *Jutacrim* 26/71).

Não existe uma altura definida pela doutrina ou jurisprudência a partir da qual surge a qualificadora. Os critérios a serem utilizados pelos juízes como paradigma são aqueles mencionados no parágrafo anterior (necessidade de esforço considerável ou facilidade na transposição). Para auxiliar os juízes em tal verificação, o Código de Processo Penal, em seu art. 171, expressamente exige

perícia no local para constatar o modo como se deu a escalada, bem como o tipo e as características do muro, portão, janela, entre outros, transpostos.

A tentativa é plenamente possível. Veja-se, por exemplo, a hipótese do sujeito que adentrou na casa pelo telhado, mas foi imediatamente preso no interior da residência porque vizinhos haviam acionado a polícia ao vê-lo sobre a casa da vítima.

Em relação ao furto de fios elétricos do alto de postes ou de túneis, existem duas correntes. Para alguns, configura a qualificadora em razão da necessidade de esforço para se chegar até os fios. Para outros, não configura a qualificadora porque a finalidade do poste não é proteger os fios, o que seria requisito da figura qualificada.

2.1.5.5. Destreza

Art. 155, § 4º, II (4ª figura) — Se o crime é cometido mediante destreza.

Destreza é a habilidade física ou manual do agente que lhe permite efetuar a subtração de algum bem que a vítima traz consigo sem que ela perceba. É o que ocorre com os chamados batedores de carteira (punguistas ou *pick pockets*), que, normalmente, atuam em locais de grande movimento como ônibus, metrôs, trens, ruas ou avenidas movimentadas, para, sorrateiramente, colocar a mão dentro da bolsa de mulheres e furtar a carteira, o telefone celular etc. É claro, todavia, que o crime também pode ser cometido contra homens, colocandose a mão no bolso do paletó, ou contra mulheres em outras circunstâncias, como no caso do agente que, com extrema habilidade, consegue tirar um colar ou uma pulseira sem que a vítima note.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 340

11/4/2011 17:24:35

O ato de cortar uma bolsa com uma lâmina e furtar a carteira da vítima sem que ela perceba constitui a figura qualificada: "*É qualificado o furto pela destreza quando o agente, com especial habilidade, sem que a vítima o perceba, corta a*

bolsa onde são carregados os valores que subtrai" (Tacrim-SP — Rel. Dante Busana

— *Jutacrim* 77/229).

Não constitui destreza pegar uma bolsa de cima de um balcão e sair correndo, como também a subtração de objetos que não estejam sendo portados pela vítima.

Nota-se, portanto, que a doutrina e a jurisprudência restrigiram o alcance da qualificadora da destreza à subtração de objetos que a vítima traz consigo. Em outros casos, ainda que o agente demonstre habilidade fora do comum para o furto, não se aplica a qualificadora, como em casos de ligação direta em veículo. Nesse sentido: "*Habilidade de quem com arame 'pesca' a res que se encontra no display de vitrine. A qualificadora da destreza só se faz presente quando a ação recai sobre o lesado, sobre coisa sobre sua posse direta ou, pelo menos, sob sua guarda imediata e vistas, sem que ele, graças ao modus operandi, note a subtração*" (Tacrim-SP — Rel. Roberto Martins — *Jutacrim* 54/181).

Quando a vítima está totalmente embriagada ou dormindo e, por isso, não percebe a subtração, também não se configura a qualificadora: "*A destreza inútil não qualifica o crime. É o caso do emprego de destreza num furto em que a vítima se encontra em estado de embriaguez completa. Há circunstâncias pessoais da vítima que exoneram a hipótese de destreza. Se ocorre estar o sujeito passivo dormindo (...), em estado de inconsciência, em se tratando de paralítico destituído de capacidade sensorial, de louco, de embriagado etc., pode o agente facilmente cometer a subtração*" (Tacrim-SP — Rel. Régio Barbosa — *RT* 704/331).

A doutrina salienta, outrossim, que, se a vítima percebe a conduta do agente, não se aplica a qualificadora. Essa regra, contudo, só vale se a vítima nota a conduta pela total falta de habilidade demonstrada pelo agente, por gesto grosseiro. Se o agente tem a mão leve, mas a vítima só percebe o ato, por exemplo, pelo reflexo no vidro do coletivo ou porque, por coincidência, seu telefone celular tocou dentro da bolsa no exato instante em que o agente estava com a mão dentro dela, existe a qualificadora.

Da mesma forma, afigura-se presente a qualificadora se a vítima não nota a subtra

ção, mas outra pessoa presente no local vê o que se passa e a avisa. A propósito:

"*Agente que logra rasgar a bolsa da ofendida e dali subtrai-lhe a carteira, comete furto qualificado pela destreza. Se a vítima se apercebesse da subtração, essa qualificadora não poderia ser reconhecida. Mas, se terceiro alerta a vítima, permanece a qualificadora da destreza*" (Tacrim-SP — Rel. Celso Limongi — *Jutacrim* 96/173);

"*A qualidade da destreza é incompatível com o gesto grosseiro e rude do agente.*

Ocorre aquela quando o acusado, agindo com habilidade e sutileza subtrai algo à vítima sem que esta disso se aperceba. É o modo que, na gíria dos malviventes, se denomina punga e que não deve ser confundida com o arrebatamento de inopino, pois em tal caso não há destreza, mas audácia" (Tacrim-SP — Rel. Canguçu de Almeida — *RT* 582/346).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 341

11/4/2011 17:24:35

2.1.5.6. Emprego de chave falsa

Art. 155, § 4º, III — Se o crime é cometido com emprego de chave falsa.

O conceito de chave falsa abrange:

a) A imitação da verdadeira feita clandestinamente, ou seja, sem o conhecimento e autorização da vítima. Assim, se um empregado se apossa da chave verdadeira, faz uma cópia clandestina em um chaveiro e, em seguida, põe a verdadeira de volta no local onde estava, para, no fim de semana, quando o patrão estiver viajando, abrir a porta da casa com a cópia e cometer o furto, incide na figura qualificada. Da mesma forma, se a vítima deixa um carro para ser consertado e o mecânico tira, clandestinamente, uma cópia, para furtar o carro quando ele estiver estacionado na rua, temos crime qualificado.

As cópias que não são clandestinas não podem ser tidas como chave falsa. Dessa

forma, se o empregado encontra a cópia da chave do carro do patrão guardada em uma gaveta e usa essa chave reserva para subtrair o veículo, a qualificadora não incide. Com efeito, tal chave é verdadeira, por ser cópia cuja existência é de conhecimento da vítima, e, por isso, não pode ser equiparada à chave falsa, pois não o é, ainda que tenha sido subtraída. No exemplo em análise, o crime de furto é simples, ou, eventualmente, qualificado pelo abuso de confiança, dependendo da relação entre o empregado que furtou e o patrão.

Além disso, a utilização de chave verdadeira, obtida com emprego de **fraude**, não constitui uso de chave falsa, e sim furto mediante fraude. Se um hóspede deixa o hotel para um passeio, entregando a chave ao recepcionista, e, algum tempo depois, o agente, notando que chegou outro recepcionista, se apresenta a este como o hóspede e pede a chave daquele quarto, vindo a recebêla e, com ela, abre a porta do quarto e subtrai a mala do hóspede, responde por furto qualificado pela fraude, porque a chave não é falsa. Ressalte-se que o crime é o de furto e não o de estelionato porque o objeto material do crime é a mala que foi levada do quarto sem o consentimento do hóspede (subtração), e não a chave que foi entregue pelo recepcionista. Esta é apenas o instrumento do crime.

Por fim, quando alguém vê que a vítima guardou a chave de sua casa sob um vaso ao deixar a residência e, em seguida, pega a chave e dela faz uso para entrar na casa, responde por furto simples.

b) Qualquer instrumento, com ou sem formato de chave, capaz de abrir uma fechadura (ou dispositivo análogo) sem arrombá-la. Abrange os instrumentos que têm outra finalidade, mas que também podem abrir a fechadura dependendo da habilidade do agente, como, clipe de papel, grampo de cabelo, chave de fenda, e, principalmente, aqueles que os próprios ladrões confeccionam para servir efetivamente como chave falsa e que são chamados de mixas ou gazuas.

A chave mestra da camareira, que abre as portas de todos os quartos do hotel, não é chave falsa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 342

11/4/2011 17:24:35

Caso a chave falsa seja apreendida, deverá ser submetida à perícia, tal como ocorre com todo instrumento de crime.

Vale mencionar, ainda, que prevalece o entendimento de que a qualificadora da chave falsa não se aplica no caso de ligação direta de fios sob o painel do veículo para dar a partida no automóvel, pois, nesse caso, não há emprego de qualquer objeto sobre o ponto de ignição real.

Existem alguns julgados que dizem, inclusive, que o uso de chave mixa na própria ignição do veículo não configura a qualificadora porque esta pressuporia o emprego de chave falsa em fechadura externa, para que o agente consiga obter acesso ao local do furto. O texto legal, entretanto, não faz essa exigência, referindo-se, genericamente, à chave falsa. O instrumento que dá partida em veículo é incontestavelmente uma chave, aliás, a mesma que abre sua porta, de modo que, em nosso entendimento, se não for a chave verdadeira, configura a qualificadora.

A tentativa é viável se o agente já tiver inserido a chave falsa na fechadura, desde que não consiga concretizar a subtração por circunstâncias alheias à sua vontade.

Cópia feita clandestinamente

Chave falsa

Qualquer outro instrumento

que abra a fechadura sem ser

a chave verdadeira

2.1.5.7. Concurso de agentes

Art. 155, § 4º, IV — Se o crime é cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas.

A qualificadora é cabível ainda que um dos envolvidos seja menor de idade ou que apenas um dos envolvidos tenha sido identificado em razão da fuga dos

demais do local. Assim, para aplicar a qualificadora, não é necessário que o juiz condene duas ou mais pessoas na sentença, exigindo-se, contudo, prova de que havia outras pessoas envolvidas.

Aplica-se a qualificadora, ainda, em casos de incidência de escusa absolutória em relação a um dos envolvidos. Assim, se o filho da vítima pratica uma subtração juntamente com um amigo, este incorre na figura qualificada, enquanto o filho é isento de pena, nos termos do art. 181, II, do Código Penal.

Divergem a doutrina e a jurisprudência em torno da necessidade de estarem presentes duas pessoas no local do furto praticando atos de execução do crime.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 343

11/4/2011 17:24:35

Nélson Hungria,134 Cezar Roberto Bitencourt135 e Celso Delmanto136 entendem que a qualificadora somente se aplica quando há duas pessoas executando diretamente a subtração, pois, somente nesse caso existiria maior dificuldade da vítima na defesa de seu patrimônio.

De outro lado, Damásio de Jesus,137 Júlio Fabbrini Mirabete,138 Fernando Capez139 e Heleno Cláudio Fragoso140 interpretam que a qualificadora atinge todas as pessoas envolvidas na infração penal, ainda que não tenham praticado atos executórios e mesmo que uma só tenha estado no local do crime realizando ato de subtração.

Concordamos com esta última orientação. Em primeiro lugar, porque não é verdade que apenas a existência de duas ou mais pessoas no local torna mais fácil a subtração.

Veja-se, por exemplo, o caso do empregado doméstico que deixa a janela da casa destravada e passa a informação ao executor, informando-lhe, inclusive, os locais onde as joias estão escondidas e o horário em que a casa estará vazia. O empregado é partícipe porque, embora não esteja no local no momento da subtração, é inegável que sua colaboração é essencial para o crime. Não é

correto diminuir a importância do partícipe. Ademais, o texto legal se refere, genericamente, a furto cometido **mediante concurso de agentes** sem fazer restrição, sendo sabido que referida expressão abrange tanto a coautoria quanto a participação. De salientar-se, outrossim, que, quando a lei quer exigir atos executórios por parte de todos os envolvidos no crime, o faz de forma expressa, tal como se dá na causa de aumento de pena do constran gimento ilegal em que o art. 146, § 1º, estabelece que as penas serão aplicadas cu mulativamente e em dobro se, para a **execução** do crime, se reúnem mais de três pessoas. Se no furto não foi adotada essa forma de redação, significa que o legislador não quis exigir a presença de duas ou mais pessoas realizando atos executórios no local.

Apesar da divergência doutrinária em relação ao tema, na jurisprudência tem se visto o reconhecimento da qualificadora em qualquer caso de envolvimento de duas ou mais pessoas no crime, adotandose, assim, a segunda corrente.

Não existe qualquer divergência, por sua vez, quando há duas pessoas no local realizando ato executório, contando com a ajuda de uma terceira pessoa na condição de partícipe. Nesse caso, é pacífico que a qualificadora se aplica a todos eles.

A figura qualificada em análise é também compatível com a figura da tentativa.

• Furto qualificado e quadrilha

Discute-se na doutrina e jurisprudência se é possível cumular o crime de furto qualificado pelo concurso de agente com o crime de quadrilha ou se isso constituiria *bis in idem*. Conforme se verá a seguir, existem julgados do Supremo Tribunal Federal 134 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 46.

135 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 38.

136 Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 303.

137 Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*, p. 546.

138 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 231.

139 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 373.

140 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 277.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 344

11/4/2011 17:24:35

em ambos os sentidos, porém, há, na atualidade, uma tendência no sentido de que o crime qualificado pode ser cumulado com o crime de quadrilha porque os bens jurídicos tutelados, no que diz respeito à pluralidade de envolvidos, são distintos: na quadrilha, é o perigo que a associação para a prática reiterada de crimes representa para a coletividade, e, na qualificadora do furto, é a maior facilidade para perpetrar o ato de subtração. A propósito: *"É admissível o concurso entre os crimes de quadrilha e de furto qualificado pelo concurso de pessoas, não se configurando bis in idem.*

Preceden tes. 3. O crime de quadrilha se consuma pela simples associação e não pelo resultado da participação conjunta das pessoas associadas, de forma que num roubo ou num furto praticado por membros de uma quadrilha só respondem os que efetivamente participaram do delito. Precedentes" (STF — HC 77.485-9 — Rel.

Ministro Maurício Côrrea — *DJ* 07.05.1999).

Em sentido contrário: "*Quadrilha e furto qualificado (CP, art. 155, § 4º). —*

Se o réu primeiro associou-se para furtar e, após, o grupo iniciou a prática desses delitos, dois crimes estão praticados, o de quadrilha (CP, 288) e o de furto (CP, art.

155). Entretanto o furto, ainda que prati cado pelo grupo, é apenado como delito simples, não qualificado como de associados (CP, art. 155, § 4º, IV), o que seria bis in idem, pois a circunstância associativa criminal, no caso, constitui fato anterior e autônomo, já apenado (CP, art. 288). Habeas corpus concedido, parcialmente, para excluir a qualificação do furto" (STF — RHC 58928/RJ — 1ª Turma — Rel.

Ministro Clóvis Ramalhete — *DJ* 21.08.1981, p. 7.972); "*Cumulação incabível de qualificadora do furto (concurso de agentes), com a condenação por quadrilha.*

Habeas corpus concedido, em parte, ficando, a cargo do juiz das execuções, a adequação da pena e a verificação de ocorrência, ou não, da prescrição. Extensão concedida a corréus (STF — HC 65.717/SP — Ministro Octávio Gallotti — *DJ*

24.06.1988, p. 16.113) .

• Princípio da proporcionalidade

Determinados autores e juízes passaram a entender que a qualificadora em análise, se aplicada na forma como prevista no Código, afronta o princípio da **proporcionalidade**, uma vez que, no crime de roubo, o concurso de agentes faz apenas com que a pena seja aumentada em um terço até metade (art. 157, § 2º, I), enquanto, no furto, o reconhecimento da qualificadora faz com que a pena acabe sendo o dobro daquela prevista para o crime simples. Com esse fundamento, passaram a defender que, também no furto qualificado, deveria ser aplicado o aumento de um terço até metade. Tal entendimento, evidentemente, não vingou, na medida em que o Poder Legislativo pode prever gravames distintos para cada tipo de infração penal. Ademais, considerando que a pena em abstrato do roubo é muito maior que a do furto, conclui-se que, em termos práticos, o aumento de um terço é maior do que a duplicação da pena do furto, e daí a distinção feita pelo legislador. De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça, rechaçando a tese, publicou a Súmula n. 442 nos seguintes termos: "*é inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo*".

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 345

11/4/2011 17:24:36

2.1.5.8. Transporte de veículo para outro estado ou país

Art. 155, § 5º — A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veí-

culo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Esse parágrafo foi inserido no Código Penal pela Lei n. 9.426/96. A qualificadora se aplica no furto de qualquer veículo automotor — automóvel, motocicleta, van, caminhão, trator, ônibus, aeronave, lancha etc. Não incide, contudo, quando se trata apenas do transporte de alguma de suas peças.

Trata-se de qualificadora que, ao contrário das anteriores, não se refere ao meio de execução do crime, e sim a um resultado posterior, qual seja, o transporte do veículo automotor para outro Estado da Federação ou para outro país.

Para a configuração da qualificadora, é necessário que exista, já **no momento da subtração, intenção de transportar o veículo** para um dos locais que a lei menciona; contudo, de acordo com o próprio texto legal, pode-se concluir que a qualificadora só se aperfeiçoa se o agente efetivamente transpuser a divisa com outro Estado ou a fronteira com outro país. É que o dispositivo diz que a pena será maior **se o veículo vier a ser transportado para outro Estado ou para o exterior**.

Assim, se o sujeito furta um automóvel para usá-lo no mesmo Estado do crime e, alguns anos depois, resolve fazer uma visita para um parente em outro Estado, não surge a qualificadora nesse momento posterior. Da mesma forma, não incide a qualificadora se o agente subtrai uma motocicleta para levá-la para o exterior, mas é preso cinco minutos depois do crime.

Veja-se, ainda, que, se ele conseguiu consumar o furto e já está em uma estrada se dirigindo para outro Estado, quando é parado em uma blitz e os policiais apreendem o veículo, não se pode cogitar de tentativa de furto qualificado. Primeiro, porque o furto se consumou, posto que o agente já está na posse do bem há algum tempo. Segundo, porque a qualificadora do § 5º pressupõe que a divisa seja transposta, o que não aconteceu no caso em tela. Poderá, entretanto, ser reconhecida alguma das qualificadoras do § 4º, se presentes os seus requisitos no caso concreto.

Nessa modalidade de crime qualificado, a tentativa só é possível se o agente, estando próximo da divisa, subtrair um veículo e for imediatamente perseguido,

vindo a cruzar o marco divisório entre os Estados, mas acabar preso sem que tenha obtido a posse tranquila.

O reconhecimento dessa qualificadora afasta a incidência daquelas previstas no § 4º, porque o furto é um só e não é possível aplicar duas penas. Assim, prevalece a do § 5º, que é maior, restando as demais como circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Na figura qualificada do § 5º, não existe previsão legal de multa cumulativa.

A pessoa que é **contratada após a consumação do furto** para levar o veículo para outro Estado ou país é considerada **receptadora**.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 346

11/4/2011 17:24:36

2.1.6. Furto de coisa comum

Art. 156. Subtrair o condômino, coherdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 2º Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

No crime de furto do art. 155, o agente subtrai coisa que lhe é alheia. Ocorre que há casos em que duas os mais pessoas são, concomitantemente, donas de um bem móvel. Caso uma delas subtraia o bem em sua integralidade, causando, com isso, prejuízo à quota-parte do outro proprietário, encontraríamos dificuldade no enquadramento do crime no art. 155, na medida em que o bem é, em parte alheio, em parte do próprio ladrão, não se podendo punilo por metade de um crime. Assim, o legislador criou, para esses casos, a figura criminosa autônoma

do **furto de coisa comum** (art. 156), em que o agente subtrai a coisa das mãos do condômino, coherdeiro ou sócio.

O **objeto material** desse crime é somente a **coisa comum**, de natureza móvel, pois, embora o tipo penal não mencione expressamente, apenas esta pode ser subtraída.

Como a conduta típica é a mesma do furto previsto no art. 155 — subtração —, aplicam-se ao furto de coisa comum os comentários feitos em relação àquele, no que diz respeito ao momento consumativo, tentativa, elemento subjetivo etc.

Em relação ao **sujeito ativo**, contudo, deve-se ressaltar sua natureza de crime **pró-**

prio, que só pode ser cometido por condômino (de bem móvel), coherdeiro e sócio. Em relação a este último, diverge a doutrina acerca da possibilidade de aplicação do art. 156

ao sócio de sociedade com personalidade jurídica que subtrai bem que pertence à empresa. Nélson Hungria141 e Damásio de Jesus142 admitem a hipótese argumentando que o texto legal não faz distinção. Já Magalhães Noronha,143 Júlio Fabbrini Mirabete144 e Heleno Cláudio Fragoso145 entendem que, em tal caso, o agente deve responder pelo furto do art. 155, uma vez que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto do de seus proprietários, restando ao crime do art. 156 ser aplicado em hipóteses de sociedade de fato. Preferimos esta última corrente, pois, de acordo com a legislação civil, os objetos que pertencem a sociedades com personalidade jurídica não constituem coisa comum dos sócios.

Quando o agente já está na posse da coisa comum e não a restitui, o crime é o de apropriação indébita, e não de furto de coisa comum.

141 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 49.

142 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 337.

143 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 256.

144 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 233.

145 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 285.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 347

11/4/2011 17:24:36

Sujeito passivo, por óbvio, é o condômino, coherdeiro ou sócio que, legitimamente, detinha o bem. Se a detenção era ilegítima, o fato é atípico. A **legitimidade** da detenção é o elemento **normativo** do crime.

O legislador, considerando que nas hipóteses desse artigo as partes muitas vezes são parentes ou amigos próximos, decidiu que a ação penal é pública, mas depende de **representação**. Se forem várias, basta que uma ofereça representação para que esteja autorizada a propositura da aça penal pelo Ministério Público.

A pena máxima, por ser de dois anos, faz com que essa infração penal seja de menor potencial ofensivo, inserindo-se na competência do Juizado Especial Criminal, o que não ocorre com o furto simples do art. 155, *caput*, que tem pena máxima de quatro anos.

• Exclusão do crime

O art. 156, § 2º, do Código Penal, dispõe que a subtração não é punível quando se trata de coisa comum **fungível**, cujo valor não ultrapasse a quotaparte do agente.

Coisa fungível é aquela que pode ser substituída por outra da mesma espécie, quantidade e qualidade. Para que fique afastado o crime, é necessário que o montante sub traído não tenha excedido a quotaparte do agente, pois, nesse caso, não terá causado prejuízo econômico ao sócio, co-herdeiro ou condômino. Suponha-se que o pai tenha morrido e que dois filhos tenham herdado dez mil sacas de café que estavam deposita das na propriedade de um deles. Se o outro, sem o conhecimento do primeiro, retira cinco mil sacas, o fato não constitui crime. No caso em análise, um dos irmãos legitim amente detinha a posse da coisa comum, mas a subtração não constitui crime em decorrência da regra do art. 156, § 2º. A opinião prevalente na doutrina é no sentido de que se trata de excludente de ilicitude, já que a lei menciona que “não é punível a subtração”.

De ver-se que, quando o bem é infungível, há crime, posto que, em tal hipótese, a outra parte sempre sofre prejuízo.

2.1.7. Questões

1. (Acadepol/SP 2003) De acordo com a legislação pátria,

a) sempre que o autor de furto for primário, deverá sua conduta ser analisada como “furto privilegiado”;

b) nos casos de furto de veículo automotor, o transporte deste para outro Estado é circunstância impositiva de pena mais grave; c) a extração de mineral em propriedade alheia, sem a competente autorização, não caracteriza o crime de furto; d) responderá por furto quem subtrair coisa alheia para pagarse ou ressarcirse de prejuízos.

Resposta: “b”. A alternativa A está errada porque o privilégio pressupõe também o pequeno valor da coisa. A alternativa C está errada porque a subtração de mineral constitui furto e a D

está errada porque a intenção de autorressarcimento gera o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

2. (Ministério Público/SP — 83º concurso) Tícia, no dia 1º de janeiro de 2003, ao sair de uma festa realizada em um clube, passa pela chapelaria e verifica que ali está uma bolsa bonita, que entende ser valiosa. Então, vai até o local e, dizendo que havia perdido o tíquete 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 348

11/4/2011 17:24:36

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

349

comprovador da propriedade e que no interior da bolsa estavam todos seus documentos e as chaves de sua casa, convence a funcionária responsável pela chapelaria e recebe a bolsa, da qual se apossa. Ao retirar-se do local, apura que a bolsa valia R$ 130,00 e tinha em seu interior coisas sem nenhuma importância. Tícia responderá pelo crime de: a) furto simples,

podendo ser aplicado em seu favor o privilégio em face do pequeno valor da coisa.

b) furto qualificado pela utilização da fraude, não podendo ser beneficiada pelo privilégio, pois este é incompatível com o furto qualificado.

c) estelionato, podendo ser aplicado em seu favor o privilégio em face do pequeno prejuízo causado.

d) furto simples, pois o valor do bem não pode ser considerado pequeno.

e) estelionato, não podendo ser aplicado em seu favor o privilégio, pois o prejuízo causado não pode ser considerado pequeno.

Resposta: "c". O crime é o de estelionato porque a funcionária enganada entregou a bolsa em definitivo para Tícia. É cabível o privilégio em razão do valor de R$ 130,00 à época dos fatos.

3. (Ministério Público/SP — 79º concurso) Antônio, durante a madrugada e mediante escalada, adentrou uma indústria de roupas objetivando praticar a subtração de vestimentas lá fabricadas. No momento em que se encontrava no interior do prédio, para realizar a subtra-

ção, foi surpreendido por um guarda particular da firma que, de arma em punho, lhe deu voz de prisão. Antônio, após se envolver em luta corporal com o guarda e arrebatar-lhe a arma, com a mesma lhe deu uma coronhada na cabeça, ferindo-o e, ato contínuo, fugiu do local sem nada levar. Antônio, com sua conduta, deverá ser responsabilizado por:

a) tentativa de furto qualificado em concurso material com o delito de lesões corporais.

b) tentativa de roubo impróprio.

c) tentativa de roubo próprio.

d) tentativa de furto qualificado em concurso formal com o delito de lesões corporais.

e) tentativa de roubo impróprio em concurso material com o delito de lesões

corporais.

Resposta: “a”. Não há que cogitar de roubo impróprio porque a premissa deste crime é que o agente já tenha subtraído os bens da vítima, o que não ocorreu no caso em análise. O concurso entre a tentativa de furto e as lesões corporais é material, já que fruto de duas condutas distintas.

4. (Ministério Público/SP — 82º concurso) A. entrou em uma loja e, enquanto o amigo que o acompanhava distraía a vítima (proprietária do estabelecimento), foi embora do local com vestimenta que não lhe pertencia, não mais retornando. A. cometeu o crime de:

a) furto qualificado por fraude.

b) estelionato.

c) furto qualificado por destreza.

d) furto qualificado por abuso de confiança.

e) furto de uso.

Resposta: “a”. A única alternativa adequada é a que se refere ao furto mediante fraude, porém, devese mencionar que o correto seria tipificar a conduta como furto qualificado pela fraude e pelo concurso de agentes, alternativa que, todavia, não existe entre as elencadas.

5. (Magistratura/SP — 169º concurso) Apresentando-se como interessado na aquisição de um automóvel e, a pretexto de experimentá-lo, o réu obtém do dono as respectivas chaves para dar uma volta no quarteirão. Entretanto, na sequência do planejado, desaparece com o veí-

culo. A tipificação jurídico-penal do caso é:

a) furto qualificado por abuso de confiança.

b) furto qualificado por destreza.

c) estelionato.

d) furto qualificado por fraude.

Resposta: “d”. Apesar de divergências, prevalece o entendimento de que, quem recebe as chaves apenas para dar uma volta no quarteirão, tem posse vigiada do bem, de modo que a fuga com o veículo constitui ato de subtração e, portanto, de furto. Ao enganar o dono do carro, o agente incidiu também na qualificadora da fraude.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 349

11/4/2011 17:24:36

II

DO ROUBO E DA EXTORSÃO

2.2. DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Nesse Capítulo estão previstos os crimes de roubo (art. 157), extorsão (art. 158), extorsão mediante sequestro (art. 159) e extorsão indireta (art. 160).

2.2.1. Do roubo

Essa figura criminosa abrange o roubo simples (que pode ser próprio ou impróprio), cinco causas de aumento de pena e duas qualificadoras.

2.2.1.1. Roubo próprio

Art. 157, *caput* — 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 quatro a dez anos, e multa.

2.2.1.1.1. Objetividade jurídica

O roubo é crime **complexo** na medida em que atinge mais de um bem jurídico: **o patrimônio e a incolumidade física ou a liberdade individual**. Com efeito, como no roubo ocorre subtração de coisa alheia, o patrimônio é bem jurídico sempre afetado. Além disso, quando a subtração se dá mediante violência, afeta-se também a incolumidade física da vítima, e quando é praticada mediante grave

ameaça ou com emprego de soníferos, atinge-se também a liberdade individual, ainda que momentaneamente.

2.2.1.1.2. Tipo objetivo

O roubo, em princípio, contém as mesmas elementares do furto: a) subtração como conduta típica; b) coisa móvel como objeto material; c) a circunstância de a coisa ser alheia como elemento normativo; d) a finalidade de assenhoreamento definitivo, para si ou para terceiro, como elemento subjetivo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 350

11/4/2011 17:24:36

Trata-se, contudo, de infração bem mais grave do que o furto porque, enquanto neste ocorre uma subtração pura e simples, no roubo, o agente domina a vítima, pelo emprego de violência, grave ameaça ou qualquer outro meio, para viabilizar a subtração.

• Violência

A violência (*vis absoluta*) caracteriza-se pelo emprego de força física ou ato agressivo. Exs.: agarrar ou abraçar a vítima para imobilizá-la e subtrair seus pertences; laçar a vítima com uma corda para imobilizá-la; agredi-la com socos ou chutes para subjugá-la; derrubá-la no chão com uma rasteira, empurrá-la com força; desferir pauladas etc.

O ato de desferir facada ou disparo de arma de fogo contra a vítima constitui emprego de violência e caracteriza roubo; porém, se o agente o fez com intenção de matar a vítima, responde por crime de latrocínio, consumado ou tentado, dependendo do resultado.

Quando o agente dá uma violenta trombada na vítima para desequilibrála e, em seguida, subtrai sua bolsa ou carteira, responde por crime de roubo porque a trombada é uma forma de violência. Se o agente, entretanto, apenas encosta na vítima, em meio a uma multidão, a fim de abrir a bolsa dela e sorrateiramente

subtrair sua carteira, comete furto qualificado pela destreza. Nesse sentido: "*Trombada. Tal modalidade de assalto urbano, ainda que levíssima a lesão corporal resultante, e discreta a diminuição da resistência da vítima, classifica-se como roubo, e não como simples furto. Precedentes do STF*" (STJ — REsp 8.259/SP — Rel. Ministro José Dantas

— 5ª Turma — *DJU* 17.06.1991, p. 8.211); "*Fica tipificado o roubo, e não o furto, no caso de a subtração ter sido praticada mediante trombada (violência à pessoa), que é o expediente usado para desequilibrar a vítima, chocando-se contra seu corpo, e assim, permitindo o apossamento da res*" (Tacrim-SP — Rel. Pires Neto).

Nas hipóteses de arrebatamento consistentes em arrancar objeto que envolve alguma parte do corpo da vítima, estará configurado o roubo quando a força empregada pelo agente lesionar a vítima, provocarlhe dor ou, ainda, derrubála ou desequilibrá-la. Por isso, se é uma corrente grossa que o agente puxa e lesiona o pescoço ou o punho da vítima, o crime é o de roubo. Contudo, se se trata de um cordão consi deravelmente fino e a vítima praticamente não sente o instante em que o agente lhe arrebenta a peça, o crime é o de furto. Da mesma forma, quando se trata de uma pulseira de couro velha, muito gasta, que o agente consegue arrebentar sem muito esforço ao puxar o relógio do pulso da vítima. Por outro lado, se ele arrebenta a alça de uma bolsa que estava no ombro da vítima fazendo com que esta caia no chão ou sofra grave desequilíbrio, o crime é o de roubo.

Se o bem está nas mãos da vítima (uma carteira, por exemplo) e o agente se limita a puxá-lo e sai correndo, o crime é o de furto.

Para que a violência tipifique crime de roubo, o texto legal exige que esta seja empregada **contra pessoa** (o próprio dono do bem ou terceiro) e nunca apenas contra a coisa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 351

11/4/2011 17:24:36

• **Grave ameaça**

É a promessa de mal grave e iminente a ser provocado no próprio dono do bem ou em terceiro (filho, cônjuge etc.). Pode-se dar por promessa de morte, lesão ou prática de violência sexual contra a vítima caso esta não concorde com a subtração etc.

A **simulação de arma**, como no caso em que o agente esconde a mão sob a blusa ou um pedaço de pano, ou quando encosta um dos dedos nas costas da vítima e a manda não olhar para trás, **constitui grave ameaça**, na medida em que tais condutas têm poder intimidatório, porque a vítima não sabe que se trata de uma simulação e, portanto, se sente amedrontada. O mesmo raciocínio se aplica ao emprego de **arma de brinquedo** que tenha características semelhantes às verdadeiras, posto que, igualmente, **tem poder intimidatório**. Em ambos os casos, o crime é o de roubo. A propósito: "*Simulação do porte de arma. Basta que a conduta do acusado tenha criado, na vítima, o sentimento de medo e subjugação, para que, em princípio, se vislumbre o crime de roubo*" (STR — RHC 59.549-9/RJ — Rel. Décio Miranda — Pleno *DJU*

05.03.1982, p. 1.549); "*Roubo mediante simulação de arma. Segundo a jurisprudência do STF, se o agente, simulando porte de arma, ameaça, intimida e subjuga a vítima, subtraindo-lhe os pertences, configura-se o crime de roubo e não furto qualificado*" (STF — RE 108.662-9/SP — 1ª Turma — Rel. Sydney Sanches — *RJDTacrim* 7/255).

Tem-se também entendido que o fato de os roubadores abordarem a vítima gritando que é um assalto e exigindo a entrega de bens constitui roubo, ainda que não tenha sido mostrada qualquer arma e não tenha sido proferida ameaça expressa, já que, em tal situação, a vítima sente-se atemorizada pelas próprias circunstâncias da abordagem. Nesse sentido: "*Anúncio de assalto em circunstâncias capazes de configu rar grave ameaça e tipificar crime de roubo, independentemente da exibição de arma, e não de furto, como concluíra o acórdão recorrido. Recurso provido por negativa de vigência ao art. 157 do CP*" (STF — Rel. Octávio Galloti — *RT* 638/378); "*A abordagem da vítima com arrocho, isto é, com a presença física e ameaçadora dos marginais, com o propósito de lesão patrimonial, constitui roubo e não furto*" (Tacrim-SP

— Rel. Mafra Carbonieri — *RJD* 5/180); "*Está caracterizado o crime de roubo, e não o de furto, quando a vítima é subjugada psicologicamente, diante da presença ameaçadora dos agentes e uso de expressão do propósito delituoso mesmo não havendo emprego de arma*" (Tacrim-SP — Rel. Gonçalves Nogueira

— *RJD* 8/257).

A **grave ameaça** é conhecida como *vis relativa*.

• Qualquer outro meio que reduza a vítima à impossibilidade de resistência Estamos aqui diante de uma **fórmula genérica** cuja finalidade é permitir a tipificação do roubo em hipóteses em que o agente subjuga a vítima antes de efetuar a subtração, porém, sem empregar violência física ou grave ameaça. É o que ocorre, por exemplo, quando ele coloca sonífero na bebida da vítima para subtrair-lhe os pertences enquanto ela está inconsciente, ou quando usa de hipnose para deixála em transe e, em tal momento, concretizar a subtração.

Essa forma de execução do roubo é também conhecida como **violência imprópria**.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 352

11/4/2011 17:24:36

A **denúncia deve especificar o meio de execução** que reduziu a vítima à impossibilidade de resistência.

Para a configuração do crime de roubo, não basta que o agente se aproveite de uma situação fática em que a vítima não pode resistir. Por isso, quando alguém se apro veita do fato de a vítima já estar dormindo para subtrair sua carteira, comete crime de furto. Com efeito, de acordo com o texto legal, para a configuração do roubo mediante violência imprópria, é necessário **que o agente empregue** um recurso qualquer sobre a vítima que retire desta a capacidade de resistência. Dessa forma, apenas se o próprio agente provocar o sono da vítima pela ministração sorrateira de sonífero em sua bebida surgirá o crime de roubo.

O arrebatamento de surpresa constitui crime de furto. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima coloca momentaneamente sua bolsa sobre um balcão e o agente dela se apodera e sai correndo.

2.2.1.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto o próprio dono do bem, já que a lei exige que a coisa seja alheia. Trata-se de crime **comum**.

Admite coautoria e participação. Ressalte-se que, para a existência de coautoria, não é necessário que **todos** os envolvidos realizem todos os atos de execução, podendo haver divisão de tarefas. Assim, se um dos agentes emprega a violência para derrubar a vítima, permitindo com que o comparsa consiga colocar a mão no bolso dela e levar a carteira, temos coautoria, já que ambos os envolvidos cometeram ato de execução (o primeiro porque empregou violência e o segundo porque efetuou subtração).

Ao contrário do que ocorre no crime de furto, em que existe uma figura típica própria, com pena atenuada, chamada de furto de coisa comum, para a hipótese de o autor da subtração ser condômino, co-herdeiro ou sócio, no crime de roubo esse aspecto não altera a tipificação, caracterizando o delito do art. 157 do Código Penal.

2.2.1.1.4. Sujeito passivo

O proprietário, bem como o possuidor ou detentor do bem, que sofra prejuízo eco nômico, e também todos aqueles que sofram a violência ou grave ameaça, ainda que não tenham prejuízo patrimonial. Com efeito, em se tratando de crime complexo, é possível que haja **várias vítimas em um só roubo**: a) João empresta o carro para Pedro, e os roubadores apontam a arma para este, levando o carro. Há um único crime de roubo do qual ambos são vítimas. Pedro porque sofreu a grave ameaça e João porque ficou sem o seu carro; b) Paulo e Maria estão dentro de um automóvel pertencente ao primeiro quando os roubadores ameaçam os dois, levando apenas o carro. Ambos são vítimas, mas há um só crime, porque apenas um patrimônio foi lesado.

Pessoa jurídica também podem ser sujeito passivo de roubo na condição de dona dos valores subtraídos. Assim, se os assaltantes entram em um banco e dominam dez pessoas, entre funcionários e clientes, mas levam apenas o dinheiro do cofre da agência, mostram-se presentes onze vítimas (as dez pessoas que sofreram a grave ameaça, e o banco — pessoa jurídica — dona dos valores levados).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 353

11/4/2011 17:24:36

2.2.1.1.5. Concurso de crimes

Ao contrário das hipóteses mencionados no item anterior, existem algumas situa

ções, comuns no dia a dia, que caracterizam mais de um crime de roubo: **a)** Se o agente **em um único contexto fático** emprega grave ameaça contra duas pessoas e subtrai bens de ambas, responde por dois crimes de roubo em concurso formal (art. 70 do CP), já que houve uma só ação (a mesma grave ameaça para ambas as vítimas) e duas lesões patrimoniais. É o que acontece quando o ladrão vê um casal andando na rua e aponta uma faca para os dois, levando a carteira de ambos.

A jurisprudência tem aplicado o concurso formal próprio a esses casos, provavelmente porque a pena ficaria muito alta se houvesse muitas vítimas e as penas fossem somadas.

b) O agente aborda uma pessoa em uma esquina e rouba seu dinheiro. Minutos depois aborda outra pessoa na esquina de cima e também subtrai seus pertences. Aqui houve claramente duas ações (duas graves ameaças) contra vítimas distintas, estando caracterizados dois crimes de roubo em continuação delitiva (art. 71 do CP).

Têm se tornado frequentes os chamados “arrastões” em edifícios em que os bandidos, após conseguirem entrar em um prédio e dominar os funcionários (porteiro, zelador), passam a aguardar a chegada de moradores na garagem. Assim, ao abordar cada novo morador que chega, acompanham a vítima até seu apartamento onde os bens são subtraídos, enquanto as demais vítimas já roubadas permanecem com os comparsas na garagem. Nesse caso, a abordagem de cada uma das vítimas não ocorre concomitantemente, mas sim de forma sequencial, tratando-se, portanto, de crime continuado e não de concurso formal. Da mesma maneira, quando o ladrões tomam a iniciativa de arrombar a porta de cada um dos apartamentos e abordar seus moradores já no interior de sua residência.

c) Se o agente aborda uma só pessoa e apenas contra ela emprega a grave amea

ça, mas acaba subtraindo objetos desta e de terceiro, que também se encontravam em poder dela, responde por dois crimes de roubo em concurso formal, desde que a prova indique que ela sabia que estava subtraindo bens pertencentes a pessoas diversas.

É o que ocorre, por exemplo, quando o ladrão aponta a arma para o cobrador do ônibus e leva o seu relógio, bem como o dinheiro da empresa, ou quando a ameaça é dirigida à funcionária do caixa de um supermercado e o agente leva seu colar e o dinheiro do estabelecimento. Tal solução, entretanto, não poderá ser aplicada, se ficar demonstrado que o agente não tinha ciência de que os patrimônios eram distintos, tal como no caso em que o agente ameaça a vítima e leva seu carro, sem saber que no porta-malas havia objetos pertencentes a terceiro. É que, no último caso, não se pode dizer que o agente tinha dolo de lesar dois patrimônios e, em tal hipótese, punilo por dois roubos seria responsabilidade objetiva.

d) Se o agente comete roubo em residência subtraindo objetos pertencentes ao corpo familiar como um todo (aparelho de som e televisão, por exemplo), responde por crime único. Caso, todavia, reste clara a intenção de subtrair objetos individualizados de cada um integrantes da família, haverá concurso formal. Ex.: subtrair as joias da esposa e as roupas do marido.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 354

11/4/2011 17:24:37

• Roubo simples e latrocínio

Apesar de o latrocínio ser uma forma qualificada do crime de roubo, a doutrina e a jurisprudência não aceitam a configuração de crime continuado entre essas infra

ções penais, com o argumento de que o latrocínio atinge um bem jurídico a mais do que o roubo simples (a vida humana), de modo que não podem ser considerados crimes da mesma espécie, o que é requisito da continuação delitiva. Entre tais crimes, existe, portanto, **concurso material**. Veja-se, por

exemplo, o seguinte julgado em que os roubadores, após cometerem latrocínio dentro de um banco, ao matar um segurança durante assalto ao estabelecimento, roubam o carro de um particular na saída da agência: "*Concurso material. Latrocínio (roubo em estabelecimento bancá-*

rio e morte do agente policial) e roubo de automóvel de particular, no qual os réus fugiram" (STF — Rel. Néri da Silveira — *RT* 695/416).

2.2.1.1.6. Consumação

No passado entendia-se que o crime de roubo seguia as mesmas regras do furto no que diz respeito ao momento consumativo, já que os dois delitos possuem o mesmo núcleo ("subtrair"), de tal modo que, também no roubo, se exigia que o bem fosse tirado da esfera de vigilância do dono e o agente conseguisse a posse tranquila, ainda que por pouco tempo. Os julgadores, entretanto, perceberam que, como no roubo, o agente inicialmente domina a vítima pelo emprego de violência ou grave ameaça, no exato instante em que ele se apossa do bem pretendido sua posse já é tranquila, não sendo necessário que consiga tirálo do local. Entendese, atualmente, inclusive nos Tribunais Superiores, que o crime de roubo se consuma **no momento em que o agente se apossa do bem da vítima**, ainda que seja preso no local. Nesse sentido: "*Roubo consumado e tentado. Sobre a matéria, a mais recente jurisprudência do STF, firmada no julgamento em plenário do RE n. 102.490-9/SP, a 17.09.1987, é no sentido de que o roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência, não se fazendo necessário para que o agente se torne possuidor saia ele da esfera de vigilância do antigo possuidor*" (STF — Rev. Crim. 4.821-5/SP — Pleno — Rel. Ministro Néri da Silveira — *DJ* 11.10.1991).

2.2.1.1.7. Tentativa

É possível quando o agente emprega a violência ou grave ameaça e não consegue se apoderar dos bens visados. Ex.: vítima que, ao ter a arma apontada para ela, acelera o carro em que está e foge; ladrão que é preso no momento da abordagem porque policiais passavam pelo local e flagraram sua conduta; vítima que ao ser ameaçada entra em luta corporal com o ladrão, fazendo com que ele fuja etc.

2.2.1.1.8. Roubo de uso

Ao contrário do que ocorre com o furto, delito que atinge apenas o patrimônio, em que a jurisprudência entendeu ser possível o reconhecimento da atipicidade da 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 355

11/4/2011 17:24:37

356 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

conduta quando a intenção do agente é a de uso momentâneo, embora não autorizado, do bem alheio, com imediata restituição, **no roubo**, por serem também afetadas a incolumidade física e a liberdade da vítima pelo emprego da violência ou grave ameaça, **não se reconhece a existência da intenção de uso como hipótese de atipicidade**. Nesse sentido: "*O roubo de uso é figura desconhecida do direito pátrio não servindo de base para tese absolutória, máxime em razão da violência ou grave ameaça empregada com o objetivo de obter-se a subtração patrimonial. É inconfundível com a figura do furto de uso, objeto de criação jurisprudencial, às vezes adotada, mas intrinsicamente diversa daquela*" (Tacrim-SP — Rel. Eduardo Goulart

— Ap. 628.837, julgada em 13.09.1990).

2.2.1.1.9. Roubo privilegiado

Esta figura não existe no Código Penal, de modo que, ainda que o réu seja primário e a coisa roubada de pequeno valor, sua pena não poderá ser diminuída em razão disso. A propósito: "*Crime contra o patrimônio. Roubo qualificado. Coautoria. Res furtiva. Valor. Crime privilegiado. Reconhecimento. Inadmissibilidade"* (STF — RHC

63.123/SP — 1ª Turma — Rel. Ministro Rafael Mayer — *DJ* 02.08.1985, p. 339).

2.2.1.1.10. Roubo e princípio da insignificância

Tendo em vista que no crime de roubo há emprego de violência ou grave amea

ça, a jurisprudência tem, reiteradamente, negado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a tal delito. Nesse sentido, o entendimento de ambas

as Turmas do Supremo Tribunal Federal: "*1. Princípio da insignificância e crime de roubo. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de roubo (v.g. AI 557.972, 2ª Turma, 07.03.2003, Ellen Gracie, DJ 31.03.2006)*" (STF — RE 454394/MG — 1ª Turma — Rel. Ministro Sepúlveda Pertence — *DJ* 23.03.2007, p. 103); "*A questão tratada no presente writ diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo. 2. Como é cediço, o crime de roubo visa proteger não só o patrimônio, mas, também, a integridade física e a liberdade do indivíduo. 3. Deste modo, ainda que a quantia subtraída tenha sido de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância diante da evidente e significativa lesão à integridade física da ví-*

tima do roubo. 4. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus" (STF — HC

96.671/MG — 2ª Turma — Rel. Ministra Ellen Gracie — *DJ* 24.04.2009, p. 665).

2.2.1.1.11. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime complexo e

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime material e

Crime doloso

de dano quanto

concurso eventual

e comissivo quanto

instantâneo quanto

quanto ao

à objetividade

quanto ao sujeito

aos meios de

ao momento

elemento subjetivo

jurídica

ativo

execução

consumativo

2.2.1.1.12. Ação penal

Em todas as modalidades de roubo, simples ou qualificadas, a ação penal é pública incondicionada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 356

11/4/2011 17:24:37

2.2.1.2. Roubo impróprio

Art. 157, § 1º — Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

2.2.1.2.1. Distinção

As principais diferenças entre o roubo próprio e o impróprio são as seguintes: **1)** No roubo **próprio**, a **violência** e a **grave ameaça** constituem **meio** para o agente

subjugar a vítima e viabilizar a subtração. São, portanto, emprega das **antes** ou **durante** a subtração. No roubo **impróprio**, o agente queria inicialmente cometer apenas um **furto** e já havia, inclusive, **se apoderado do bem visado**, contudo, **logo após a subtração**, ele emprega **violência ou grave ameaça** a fim de garantir sua **impunidade** ou a **detenção** do referido bem. Exemplos: a) o agente, após sair do supermercado com mercadorias escondidas sob a blusa, é abordado por seguranças e, nesse momento, passa a ameaçá-los de morte; b) o agente está saindo de uma casa onde se apossou de uma bicicleta e se depara com o dono que está retornando, instante em que pega um pedaço de pau e agride a vítima. Nesses casos, o crime de furto que estava em andamento desaparece e dá lugar ao roubo impróprio, porque, em um mesmo contexto fático, somaram-se a subtração e a violência ou grave ameaça. No roubo impróprio, a violência ou grave ameaça ocorrem sempre depois da subtração.

2) O roubo **próprio** pode ser cometido mediante violência, grave ameaça ou **qualquer outro meio que reduza a vítima à impossibilidade de resistência** (violência imprópria). O roubo **impróprio**, por sua vez, **não admite a fór mu la genérica** por último mencionada, somente podendo ser cometido pelo emprego de violência física ou grave ameaça. Alguns autores criticam essa postura do legislador e dizem ser possível que o agente, após se apoderar de algum bem da vítima, coloque, por exemplo, sonífero em sua bebida. Tal crítica, entretanto, não tem efeitos práticos, na medida em que o § 1º do art. 157 do Código Penal não menciona essa forma de execução e, portanto, não é capaz de configurar roubo impróprio. Ademais, não se consegue imaginar que alguém que tenha ido cometer um furto traga consigo um sonífero, sendo, em nosso entendimento, acertada a opção do legislador.

ROUBO PRÓPRIO

ROUBO IMPRÓPRIO

• 1) A violência ou grave ameaça são empregadas

• 1) A violência ou grave ameaça são empregadas

antes e durante a subtração.

após a subtração.

• 2) A finalidade da violência ou grave ameaça é

• 2) A finalidade da violência ou grave ameaça é

subjugar a vítima e viabilizar a subtração.

garantir a impunidade do crime de furto que es

• 3) Admite a violência imprópria como meio de

tava em andamento ou a detenção do bem.

execução.

• 3) Não admite violência imprópria como meio de

execução.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 357

11/4/2011 17:24:37

No que diz respeito a sujeito ativo e passivo, objeto material e elemento subjetivo, aplicamse ao roubo impróprio as mesmas regras do roubo próprio.

2.2.1.2.2. Tipo objetivo

Analisando a descrição típica do crime de roubo impróprio, percebe-se facilmente a necessidade da coexistência de três requisitos para sua configuração.

Que o agente já tenha se apoderado do bem que pretendia furtar Com efeito, como o tipo penal exige que a violência ou grave ameaça sejam empregadas após a subtração da coisa, torna-se evidente que, antes de o agente se apossar de algum dos bens que pretendia, o crime de roubo impróprio é incogitável por faltar-lhe uma de suas elementares.

Assim, se o agente entra em uma casa para praticar um furto e **antes de se apoderar de qualquer objeto** surge alguém no local e o agente emprega contra

ela violência ou grave ameaça, temos as seguintes possibilidades: a) se a finalidade do agente ao agredir ou ameaçar a vítima é a de concretizar a subtração, responde por roubo próprio porque a violência ou grave ameaça foram empregadas antes de perpetrada a subtração; b) se sua finalidade ao agredir ou ameaçar a vítima é fugir do local sem ser preso, responde por tentativa de furto em concurso material com crime de lesão corporal ou ameaça (agravadas porque empregadas a fim de garantir a impunidade de outro crime — art. 61, II, *b*, do Código Penal).

Que a violência ou grave ameaça ocorram logo após a subtração O legislador, ao tipificar o crime de roubo impróprio, tinha em mente tratar o fato delituoso desta forma, em razão de, **no mesmo contexto fático**, ocorrer a soma de dois fatores: **subtração e violência ou grave ameaça**. Assim, só estará configurado o roubo impróprio se a violência ou grave ameaça forem empregadas **imediatamente** após a subtração, ainda no mesmo desenrolar dos fatos. Exs.: a) ladrão sai de uma loja sem efetuar o pagamento das mercadorias que escondeu sob a blusa e, no estacionamento, agride os seguranças que o abordaram; b) ladrão que acabou de retirar o toca-CD do painel de um carro ameaça o guarda-noturno que se aproxima.

Firmou-se, dessa forma, entendimento de que, se o crime de furto se consumou, por ter o agente conseguido deixar o local do crime tranquilamente, a violência ou grave ameaça empregadas em contexto fático diverso constitui crime autônomo em concurso material com o furto consumado. Assim, se o agente furtou um carro e foi-se embora, porém, algumas horas depois, a vítima se depara com ele na posse do veículo e ao abordá-lo é agredida, sofrendo lesões, temos crimes de furto consumado e lesões corporais.

Que a finalidade do agente ao empregar a violência ou grave ameaça seja a de garantir sua impunidade ou a detenção da coisa para si ou para outrem Em primeiro lugar, devese mencionar que, de acordo com o tipo penal, basta que o agente queira assegurar sua impunidade **ou** a detenção do bem. Em razão da 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 358

11/4/2011 17:24:37

partícula alternativa “ou”, concluise pela existência do roubo impróprio ainda que a intenção do agente seja apenas uma destas. Ex.: após se apoderar de uma televisão da vítima, o agente percebe que ela está voltando para casa e a ameaça, porém, foge sem levar a televisão, pois não conseguiria correr com ela em razão de seu peso. Já está configurado o crime de roubo impróprio.

Presentes uma das finalidades elencadas no tipo penal, haverá roubo impróprio qualquer que tenha sido a vítima da violência ou grave ameaça: o próprio dono do bem que estava sendo furtado, um vizinho, um segurança, ou até mesmo um policial.

Neste último caso, há de se ressalvar que, se o ladrão, logo após a subtração, agride um policial para não ser preso, a finalidade de garantir a impunidade transforma o crime de furto em roubo impróprio, o que inviabiliza o reconhecimento concomitante do crime de resistência, pois, caso isso ocorresse, haveria *bis in idem*.

Se, durante um furto, o agente percebe que o guarda-noturno que está dormindo na calçada é um antigo inimigo e, nesse momento, dá-lhe uma paulada na cabeça, por vingança de desavenças anteriores, o crime de roubo impróprio não se configura porque a violência não teve o intento de assegurar a impunidade ou a detenção do bem. Responde por furto e lesões corporais.

ROUBO IMPRÓPRIO (REQUISITOS)

Que o agente já tenha se

Que empregue violência ou

Que a violência ou grave ameaça

apoderado do bem que

grave ameaça logo após a

tenham a finalidade de garantir a

pretendia furtar

subtração da coisa

detenção da coisa ou a impunidade

2.2.1.2.3. Consumação

Não há dúvida, em razão da redação do art. 157, § 1º, do Código Penal, de que o crime de roubo impróprio se consuma **no exato momento em que é empregada a violência ou grave ameaça contra a vítima, ainda que o agente não atinja sua finalidade de garantir a impunidade ou a detenção do bem**. Ex.: o agente sorrateiramente abre a bolsa de uma mulher de idade e se apodera de sua carteira. A vítima percebe o ocorrido e exige a devolução, instante em que o agente desfere um violento soco no rosto dela. O crime está consumado, ainda que ele seja imediatamente preso por populares que o viram agredindo aquela senhora. Nesse sentido: "*Roubo impróprio. Consumação. No roubo, quando a violência é subsequente à subtração, o momento consumativo é o emprego da violência*" (STF — Rec. Crim. 4.752-9/SP

— Rel. Ministro Sydney Sanches — *DJ* 18.12.1987, p. 29.137).

É bom lembrar que, quando o agente desfere golpes contra a vítima, mas não consegue atingila, por ter ela se esquivado, temos roubo impróprio consumado porque a violência já foi empregada. Violência é todo golpe desferido contra a vítima e não apenas aqueles que a atingem.

2.2.1.2.4. Tentativa

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência existem duas correntes a respeito de sua admissibilidade:

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 359

11/4/2011 17:24:37

a) Nélson Hungria146 diz que "*não há falar-se em tentativa: ou a violência é empregada, e tem-se a consumação, ou não é empregada, e o que se apresenta é o crime de tentativa de furto*". Este também o entendimento de Magalhães Noronha147 e Damásio de Jesus.148

b) Heleno Cláudio Fragoso,149 por outro lado, diz que "*a tentativa de roubo impróprio é possível e se verifica sempre que o agente, tendo completado a subtração, é preso após tentar o emprego da violência ou da ameaça para assegurar a posse da coisa ou a impunidade*". No mesmo sentido, o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete.150

Preferimos a primeira corrente. Com efeito, se após se apossar de um bem da vítima, o agente, ao perceber a aproximação desta, corre em direção a ela com um pedaço de pau na mão para agredi-la, mas é detido por populares que se aproximam nesse instante, temos roubo impróprio consumado porque, dentro da normalidade, a vítima já se sentiu intimidada com a ação do ladrão que correu em sua direção com um pedaço de pau nas mãos. Em outras palavras, a tentativa de violência deve ser considerada como grave ameaça já concretizada. Além disso, não existe tentativa de ameaça entre pessoas presentes — ou ela existe ou não. A doutrina é unânime em asseverar que tentativa de ameaça só existe na forma escrita, enquanto no roubo impróprio, estão todos no mesmo local. O próprio Fragoso, aliás, concorda com essa assertiva ao abordar o crime de ameaça (art. 147).

Em termos jurisprudenciais, pode-se ressaltar que os Tribunais Superiores firmaram entendimento de que não se admite tentativa de roubo impróprio. A propósito: "*Roubo impróprio. Consuma-se com o uso da violência imediata, visando assegurar a impunidade do crime. Não há que se falar em tentativa. Inteligência do § 1º, do art. 157 do Código Penal. Dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário conhecido e provido, para condenar-se o réu como incurso no art. 157, § 1º, do Códi-go Penal*" (STF — Re 102.391/SP — 2ª Turma — Rel. Ministro Djaci Falcão — *DJ*

10.08.1984, p. 12.452); "*Roubo impróprio. Consumação. O crime do art. 157, § 1º, do Código Penal não admite tentativa, tendo em vista que o momento consumativo é o emprego da violência"* (STJ — Resp. 46.275/SP — 5ª Turma — Rel. Ministro Assis Toledo, *DJ* 20.03.1995, p. 6.137); "*Roubo impróprio majorado. Consumação e tentativa. O crime previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal consuma-se no momento em que, após o agente tornar-se possuidor da coisa, a violência é empregada, não se admitindo, pois, a tentativa (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte*" (STJ — Resp. 102.162/SP — 5ª Turma — Rel. Ministro Félix Fischer —

DJe 10.11.2008).

146 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 61.

147 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 248.

148 Damásio de Jesus, *Código Penal anotado,* p. 559.

149 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 295.

150 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 239.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 360

11/4/2011 17:24:37

Não se pode deixar de lembrar que, conforme já explicado anteriormente, enquanto o agente ainda não se apossou de qualquer bem da vítima, mostrase ausente elementar exigida expressamente pelo tipo penal do roubo impróprio, de modo que, aquele que está tentando furtar mas não chegou a ter em sua mãos algum bem da vítima, e acaba empregando violência para fugir, responde por tentativa de furto em concurso material com crime de lesão corporal e nunca por tentativa de roubo impróprio.

2.2.1.3. Causas de aumento de pena

O art. 157, § 2º, do Código Penal estabelece cinco causas de aumento de pena, de um terço até a metade, **que são aplicáveis tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio**.

É bastante comum que o juiz reconheça duas ou até mais dessas causas de aumento, como, por exemplo, o emprego de arma e o concurso de agentes, mas, nesses casos, o magistrado só poderá aplicar um aumento, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal. Em tais hipóteses, que se revestem de maior gravidade do que nos roubos em que se reconhece uma única majorante, os juízes costumavam aplicar o aumento em índice acima do mínimo, já que a lei permite um acréscimo de um terço até metade da pena. No ano de 2010, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 443 no sentido de

que "*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*". Assim, não basta ao juiz dizer que fará o aumento acima do mínimo porque foram duas ou três as causas de aumento reconhecidas. Deverá apresentar fundamentação específica para tanto. Ressalte-se, porém, que, de acordo com a súmula, o juiz poderá aplicar o aumento acima do mínimo, ainda que reconheça apenas uma das causas de aumento previstas, desde que apresente justificativa convincente, como, por exemplo, que a arma de fogo utilizada era de grosso calibre ou que possuía numeração raspada; que eram muitos os roubadores ou que um dos comparsas era menor de idade etc.

Ressalte-se, ainda, que, embora seja corriqueiro o uso das expressões "roubo **qualificado** pelo emprego de arma" ou "pelo concurso de agentes", não há dúvida de que essas circunstâncias têm natureza jurídica de **causas de aumento de pena**, a serem aplicadas na terceira e última fase da fixação de pena (art. 68 do CP), já que lei fez menção a índices de acréscimo. As qualificadoras do roubo, em verdade, estão previstas no § 3º, do art. 157 — roubo qualificado pela lesão grave ou morte (latrocínio).

As causas de aumento de pena são as seguintes:

2.2.1.3.1. Emprego de arma

Art. 157, § 2º — A pena aumenta-se de um terço até metade: I — se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 361

11/4/2011 17:24:37

Arma é todo objeto que tem poder vulnerante (potencialidade lesiva), isto é, capacidade de matar ou ferir. Como o texto legal não fez qualquer restrição, o aumento **abrange** o emprego de armas **próprias** ou **impróprias**. As primeiras são os instrumentos feitos para ataque ou defesa — armas propriamente ditas — como as armas de fogo em geral, os punhais, as espadas, granadas etc. As

impróprias são os instrumentos feitos com outra finalidade qualquer mas que também têm potencialidade lesiva, como navalha, faca de cozinha, canivete, foice, machado, martelo etc.

O texto legal exige o **emprego** da arma. Assim, haverá o aumento se o agente apontar a arma para a vítima ou ao menos mostrála. A propósito: "*Sem exibição não existe emprego de arma. Se a arma, quer falsa ou verdadeira, não for exibida, não se pode falar em qualificadora do emprego de arma em delito de roubo*" (Tacrim-SP

— Rel. Fortes Barbosa — *Jutacrim* 90/266).

• Simulação de arma

Pacificou-se na doutrina e jurisprudência que o fato de o agente mentir que está armado, quer verbalmente, quer por meio de gesto (encostando um de seus dedos nas costas da vítima, ou colocando sua mão sob a blusa), **não constitui emprego de arma**, pois o agente, evidentemente, não manuseou qualquer arma.

• Arma de brinquedo

Eis uma das questões mais polêmicas no âmbito do Direito Penal nas últimas dé-

cadas que, na atualidade, encontra-se praticamente pacificada. As duas formas de in terpretar o dispositivo são as seguintes:

a) O motivo do aumento da pena é a maior facilidade que o ladrão encontra para dominar a vítima e para evitar eventual reação, quando lhe mostram uma arma. Essa mesma facilidade, todavia, é encontrada quando ele usa uma arma de brinquedo, uma vez que a vítima não sabe disso, de modo que também nesse caso a pena deve ser agravada. Um dos maiores defensores dessa tese foi Nélson Hungria.151

b) A razão do aumento é a maior potencialidade lesiva da conduta, que só existe quando a arma é verdadeira, pois, apenas com o emprego desta, a incolumidade física da vítima corre maior risco. Além disso, o brinquedo não se enquadra no conceito de arma. Trata-se de entendimento **amplamente prevalente na doutrina**.

Em termos jurisprudenciais, a grande maioria dos julgados era no sentido de

reconhecer o aumento no uso da arma de brinquedo, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça ter aprovado a Súmula n. 174 declarando que "*no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena*". Posteriormente, entretanto, em 24 de outubro de 2001, o mesmo Superior Tribunal de Justiça cancelou 151 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. VII, p. 58.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 362

11/4/2011 17:24:37

referida súmula e passou a recusar o aumento nos casos de emprego de arma de brinquedo. O Supremo Tribunal Federal também refuta o agravamento em tal caso. Assim, embora não haja nenhuma súmula em vigor, o cancelamento daquela antes existente e a sucessão de julgados dos tribunais superiores rejeitando o aumento nos casos de emprego de arma de brinquedo tornaram quase pacífica a não incidência da majorante.

• Arma desmuniciada

No passado predominava entendimento de que, por ser efetivamente arma e estar apenas transitoriamente sem potencialidade lesiva, deveria incidir o acréscimo.

Todavia, após o cancelamento da súmula referente à arma de brinquedo, foram proferidas inúmeras decisões no Superior Tribunal de Justiça rejeitando o aumento por falta de potencialidade lesiva da arma desmuniciada, entendimento que hoje é amplamente majoritário. A propósito: "*A arma desmuniciada é suficiente para configurar a intimidação própria da ameaça configuradora do tipo penal previsto no caput do art. 157 do Código Penal, contudo, não é mecanismo capaz de incidir a majorante do art. 157, § 2º, inc. I, que se refere ao emprego de arma da qual decorra situa-*

ção de perigo real, sob pena de ofender o princípio da proporcionalidade" (STJ —

Resp. 625.750/S — Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca — 5ª Turma — *DJ*

25.10.2004, p. 382).

• Arma quebrada incapaz de efetuar disparo

Pelas mesmas razões apontadas no tópico anterior, não se tem reconhecido o aumento em tal caso: "*Causa de aumento — Emprego de arma imprópria ao disparo — Insubsistência. Constatado, mediante exame pericial da arma utilizada no roubo, a impossibilidade de produzir disparos, descabe a observância da causa de aumento do inc. I, do § 2º, do art. 157 do CP. O quadro é semelhante àquele revelado pelo emprego de arma de brinquedo, valendo notar que não se pode colocar na vala comum situações concretas em que a potencialidade do risco tem gradação diversa. A hipótese está compreendida pelo* caput *do citado artigo no que cogita da grave ameaça, isto considerada a óptica da vítima, decorrente das aparências*".

(STF — HC 70.523 — Rel. Ministro Marco Aurélio — *DJ* 1º.10.1993).

• Arma não apreendida e não submetida à perícia para constatação da eficácia

Tendo em vista a concretização do entendimento nos tribunais superiores no sentido de que não existe o aumento de pena quando a arma é de brinquedo, ou quando está desmuniciada ou quebrada, surgiu discussão em torno de uma situação absolutamente comum em que as vítimas dizem que os réus estavam armados, mas eles não foram presos em flagrante — ou apenas um foi preso e o comparsa fugiu —, não havendo a apreensão da arma. A discussão, em verdade, gira em torno do ônus da prova. O tema foi submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, vencidos apenas os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 363

11/4/2011 17:24:38

Mendes, assim decidiu, "*Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de*

prova. Ordem denegada.

I — Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a pró-

pria natureza do artefato. II — Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

III — A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima — reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente — ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV — Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V — A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI — Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII — Precedente do STF. VIII — Ordem indeferida" (STF — HC 96099/RS — Pleno — Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, *DJ* 04.06.2009, p. 498).

No mesmo sentido: "*Causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, i, do Código Penal. Prescindibilidade da realização de perícia na arma utilizada no roubo.*

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescin-de da apreensão e da realização de perícia na arma utilizada no roubo. Precedentes (HC 84.032, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30.04.2004, p. 70; e HC 92.871, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04.11.2008)" (STF — HC 94.448

— 2ª Turma — Rel. Ministro Joaquim Barbosa — *DJ* 19.12.2008, p. 1.148).

• Roubo com emprego de arma em concurso material com quadrilha armada

Sob a ótica de que o crime de quadrilha afeta a paz pública e se consuma no momento da associação, tendo a pena em dobro se o grupo é armado (art. 288, parágrafo único, do CP), e que seus integrantes, ao cometerem posteriormente o roubo, em concurso e com emprego de arma, estão violando novo bem jurídico, de caráter individual, da vítima do assalto, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o concurso ma terial do crime de roubo, majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma, com o crime de quadrilha armada. Nesse sentido: "*Quanto à alegação de bis in idem por força da condenação simultânea no crime de quadrilha armada e no roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma, o entendimento desta Corte é pela validade da cumulação, em virtude de o crime do art. 288, parágrafo único, do Códi-go Penal não absorver o do art. 157, § 2º e incisos, do mesmo diploma legal. Essa posição é pacífica na Suprema Corte, conforme se observa do seguinte precedente:*

'quadrilha armada e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e concurso de agentes; compatibilidade ou não; análise das variações da jurisprudência do STF; *opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada*, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 364

11/4/2011 17:24:38

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

365

sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena do roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II, do C. 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' (HC 76.213, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.04.1998). No mesmo sentido, o HC 77.287 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 07.05.1999) e o HC 75.349 (Rel.

Min. Néri da Silveira, DJ 26.11.1999)" (STF — HC 84.669/SP — Rel. Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma — *DJ* 17.06.2005, p. 74).

• Reconhecimento da causa de aumento de pena no roubo e crime de porte ilegal de armas

Apesar de a doutrina salientar que o agente deve responder pelos dois crimes, uma vez que os momentos consumativos são diversos, na medida em que o agente já portava ilegalmente a arma em via pública antes de cometer o roubo, a verdade é que, na prática, não se vê esse tipo de condenação, sendo o réu acusado apenas pelo roubo agravado, com o argumento de que ele só saiu de casa armado para praticar o roubo, de modo que o porte ilegal é crimemeio.

2.2.1.3.2. Concurso de agentes

Art. 157, § 2º — A pena aumenta-se de um terço até metade: II — se há concurso de duas ou mais pessoas.

Aplicam-se aqui as regras estudadas em relação ao crime de furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, do CP), lembrando-se de que, no roubo, todavia, referido concurso constitui causa de aumento de pena.

Aplica-se o aumento ainda que o juiz condene uma só pessoa na sentença, desde que haja prova do envolvimento de outra, que não pode ser punida, por exemplo, por ser menor de idade, por ter morrido, por ter fugido e não ter sido identificada etc.

O aumento incide tanto para coautores como para partícipes, mas existe divergência na doutrina em torno da hipótese em que uma só pessoa prática ato de execu

ção. Ex.: um dos agentes aborda a vítima sozinho, enquanto o comparsa fica dentro de um carro esperando para auxiliar na fuga. A respeito da controvérsia, ver comentários ao art. 155, § 4º, do Código Penal, em que a conclusão majoritária é no sentido de admitir o aumento.

2.2.1.3.3. Vítima em serviço de transporte de valores

Art. 157, § 2º — A pena aumenta-se de um terço até metade: III — se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 365

11/4/2011 17:24:38

Victor Eduardo Rios Gonçalves

O presente dispositivo tem por finalidade conferir proteção aos que trabalham com transportes de valores, assim como aqueles que necessitam desse tipo de serviço para deslocar seus bens ou valores de um local para outro (bancos, joalherias, empresas em geral etc.), já que os assaltantes, em razão do lucro geralmente elevado, têm preferência por esse tipo de crime.

A doutrina interpretou a expressão "vítima em serviço de transporte de valores" no sentido de que o aumento só tem vez quando a vítima está carregando valores em via pública **a trabalho** e nunca para fins particulares. Assim, quando alguém saca considerável quantia em dinheiro de um banco para pagar um carro que comprou, não está em **serviço** de transporte de valores. Por outro lado, existe o aumento quando o roubo é praticado a carro-forte, a motoristas de veículos de empresas que transportam joias ou até mesmo a motoboys que carregam valores para depósitos e pagamentos bancários etc.

De acordo com o texto legal, é necessário, ainda, que o agente tenha plena ciência de que está roubando alguém que está em serviço de transporte de valores, sendo, portanto, incabível o dolo eventual quanto a este aspecto.

Não existe no crime de **furto** qualificadora semelhante a essa causa de aumento de pena do roubo.

2.2.1.3.4. Transporte de veículo roubado para outro estado ou país

Art. 157, § 2º — A pena aumenta-se de um terço até metade: IV — se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Tal como ocorre com a qualificadora do furto, essa causa de aumento só se aperfeiçoa quando o agente cruza a divisa com outro Estado ou a fronteira com outro país (a esse respeito ver comentários ao art. 155, § 5º, do CP).

O dispositivo abrange o roubo de automóveis, tratores, motocicletas, caminhões, aeronaves, embarcações etc.

2.2.1.3.5. Restrição da liberdade da vítima

Art. 157, § 2º — A pena aumenta-se de um terço até metade: V — se o agente

mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

O dispositivo em análise refere-se à **restrição** de liberdade, que não se confunde com **privação** de liberdade — elementar do crime de **sequestro ou cárcere privado**. Esta é mais duraduora, exige que a vítima seja mantida em poder do sequestrador por tempo juridicamente relevante. Na **restrição** da liberdade, por outro lado, a vítima é mantida em poder do roubador por **poucos minutos**. Essa distinção é facilmente percebida na prática. Com efeito, existem inúmeros crimes de roubo, principal02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 366

11/4/2011 17:24:38

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

367

mente de automóvel, em que o agente, após a abordagem, fica com a vítima dentro do veículo por breve espaço de tempo, unicamente para que possa sair do local e atingir via de maior velocidade. Normalmente, a finalidade do roubador ao manter a vítima consigo é a de evitar que ela acione imediatamente a polícia enquanto ele permanece no trânsito, evitando, com isso, o risco da prisão. Caso ele a solte logo em seguida, incorrerá na causa de aumento do art. 157, § 2, V, do Código Penal.

Por outro lado, quando os agentes roubam um caminhão e levam consigo o motorista até um galpão onde passam horas descarregando as mercadorias contidas no veículo para, só posteriormente, levarem o motorista a outro local e o soltarem, configuram-se os crimes de roubo (sem a causa de aumento em estudo) em concurso **material** com o crime de sequestro do art. 148 do Código Penal. Entende-se que o concurso é material porque os roubadores permanecem com a vítima após se apossarem do bem, ou seja, após a consumação do crime de roubo, de modo que a priva

ção da liberdade posterior é entendida como nova ação.

Além da restrição da liberdade, o inc. V exige que o agente **mantenha a vítima em seu poder**. Assim, quando o agente rouba um bar e, no momento de ir embora, tranca os clientes e o dono no banheiro, não se pode dizer que ele manteve as vítimas em seu poder quando as trancou, na medida em que o fez exatamente no momento da fuga. Em tal caso, ou o agente responde por crime de

sequestro (além do roubo), caso as vítimas permaneçam presas no local por tempo relevante, ou esse aspecto será considerado apenas como circunstância judicial do art. 59, caso elas consigam se soltar ou forem soltas logo após a fuga do ladrão.

2.2.1.4. Roubo qualificado

Art. 157, § 3º — Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

2.2.1.4.1. Lesão grave

As lesões graves que qualificam o roubo são aquelas descritas no art. 129, §§ 1º

e 2º, do Código Penal. A provocação de lesão leve em decorrência da violência empregada fica absorvida pelo crime de roubo, na medida em que o texto legal não a menciona como forma qualificada e tampouco ressalva a sua autonomia, tal como ocorre em outros delitos.

2.2.1.4.2. Morte (latrocínio)

É a figura conhecida como **latrocínio**, que se dá quando o agente provoca a morte da vítima durante o roubo.

• Âmbito de incidência

As qualificadoras — lesão grave ou morte — **aplicam-se** tanto ao roubo **próprio** quanto ao **impróprio**.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 367

11/4/2011 17:24:38

Por outro lado, o reconhecimento da figura qualificada afasta a possibilidade de aplicação das causas de aumento do § 2º. Justifica-se esse entendimento pelo

fato de as penas em abstrato das formas qualificadas já serem muito maiores. Além disso, o legislador, ao elencar as causas de aumento no § 2º, estaria indicando sua intenção de restringi-las às figuras simples do roubo que a antecedem (roubo próprio e impróprio — *caput* e § 1º).

Entendemos que tal interpretação é correta na medida em que faz sentido considerar mais grave um roubo quando alguém domina a vítima mostrandolhe um revólver, já que isso facilita-lhe a execução do delito. No entanto, quando o roubador provoca a morte da vítima, é irrelevante diferenciar se o fez com um revólver, com uma paulada na cabeça ou jogando-a de um precipício. O que importa é que a vítima morreu e, em todos os casos, o crime é o de latrocínio. Não faria senti do aumentar a pena do latrocínio se a morte decorresse de emprego de arma e não nas demais hipóteses.

• Natureza hedionda

De acordo com o art. 1º, II, da Lei n. 8.072/90, o **latrocínio, consumado ou tentado, é crime hediondo**. Já o roubo qualificado pela lesão grave não tem essa natureza por ausência de menção em referida lei.

Por ser crime hediondo, o autor do latrocínio não pode obter anistia, graça ou indulto. O regime inicial do cumprimento da pena deve ser necessariamente o fechado. A progressão para regime mais brando só pode ocorrer após o cumprimento de 2/5 da pena, se o condenado for primário, e 3/5, se reincidente. Além disso, a obten

ção do livramento condicional só é admitida se cumpridos 2/3 da pena e apenas se o agente não for reincidente específico.

Não se pode esquecer, ainda, de que o art. 9º da Lei n. 8.072/90 prevê um aumento de metade da pena se a vítima fatal estiver em quaisquer das condições do art. 224 do Código Penal (não for maior de 14 anos, for alienada ou débil mental e o agente souber disso, ou, por qualquer causa, não puder oferecer resistência). Como, todavia, o art. 224 foi expressamente revogado pela Lei n. 12.015/2009, entende-se que esse aumento tornouse inviável por ter desaparecido o dispositivo que lhe dava complemento.

• Natureza da infração

Para a concretização das figuras qualificadas, o resultado, lesão grave ou morte,

pode ter sido provocado dolosa ou culposamente. Essa conclusão é inevitável em face do montante da pena — 20 a 30 anos no caso do latrocínio. Ora, se tal pena é aplicável quando a morte é decorrência culposa da violência empregada para roubar, não se pode tratar como roubo, em concurso material com homicídio, a hipótese em que o agente mata dolosamente durante o crime, pois, se assim fosse, a pena ficaria menor na última situação, em que o fato é de maior gravidade. Em suma, haverá latrocínio, quer a morte tenha sido consequência dolosa ou culposa da violência empregada durante o roubo. É por isso que se diz que o latrocínio admite a figura preterdolosa (roubo com morte culposa), mas não é delito exclusivamente preterdoloso.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 368

11/4/2011 17:24:38

Deve-se lembrar, outrossim, de que, se o agente efetua disparos querendo matar a vítima (tiros na cabeça, por exemplo), mas ela não morre, vindo, contudo, a sofrer sequelas graves, responderá ele por tentativa de latrocínio — em razão do seu dolo de matar durante o roubo —, e não por crime qualificado pela lesão grave.

Podemos, assim, concluir que são possíveis as seguintes situações durante um roubo:

a) O agente emprega violência contra a vítima querendo matá-la e efetivamente provoca a morte. Responde por latrocínio consumado. O fato de a morte ter sido dolosa deve fazer o juiz aplicar a pena acima do mínimo legal. Trata-se de hipótese em que o latrocínio não é preterdoloso.

b) O sujeito emprega violência sem a intenção de matar a vítima, porém, cul posamente, dá causa ao resultado. Responde também por latrocínio consumado. Em tal caso, o crime é considerado preterdoloso. Ex.: durante o crime, o agente amordaça a vítima para que ela não grite por socorro e, sem se dar conta, provoca a morte dela por asfixia.

c) O agente emprega violência querendo causar lesão grave na vítima e

efetivamente o faz. Responde por roubo qualificado pela lesão grave. Ex.: disparo de arma de fogo na perna da vítima que lhe provoca incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

d) O agente emprega violência contra a vítima sem a intenção específica de lhe causar lesão grave, mas, culposamente, a provoca. Também responde por roubo qualificado pela lesão grave (hipótese preterdolosa).

e) O ladrão usa de violência querendo matar a vítima, mas não consegue atingir seu intento. Comete tentativa de latrocínio, ainda que a vítima sofra lesão de natureza grave.

• Competência

De acordo com a Súmula n. 603 do STF, "*a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri*". O Supremo Tribunal Federal, portanto, firmou entendimento de que o latrocínio, ainda que decorrente de morte dolosa, por estar previsto no Título dos crimes contra o **patrimô-**

nio, não se enquadra na competência do Júri, que é apenas para as infrações classificadas em lei como crimes contra a vida.

• Pluralidade de vítimas e subtração única

Quando duas ou mais pessoas são mortas, mas apenas um patrimônio é lesado, a doutrina e a jurisprudência dominantes são no sentido de que há crime único. O

argumento é de que, por ser o latrocínio um crime complexo, que surge da soma da morte com a subtração, só se configuram dois latrocínios quando ocorrerem duas mortes e duas lesões patrimoniais. Em razão disso, se os bandidos roubam apenas o dinheiro do banco, mas matam dois seguranças, configura-se crime único e a pluralidade de pessoas mortas deve ser levada em conta pelo juiz no momento da fixação 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 369

11/4/2011 17:24:38

da pena-base, com fundamento no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido: "*o crime de latrocínio é um delito complexo, cuja unidade não se altera em razão da diversi-dade de vítimas fatais; há um único latrocínio, não obstante constatadas duas mortes; a pluralidade de vítimas não configura a continuidade delitiva, vez que o crime-*

-fim arquitetado foi o de roubo e não o de duplo homicídio" (STF — HC 71.267/ES

— Rel. Ministro Maurício Corrêa — 2ª Turma — *RTJ* 156/909).

Existem, entretanto, alguns julgados reconhecendo o concurso formal e outros aplicando a regra do crime continuado, embora seja amplamente dominante a tese do crime único.

• Homicídio doloso e furto

Não é raro que uma pessoa mate intencionalmente outra em razão de uma prévia desavença entre elas, consumando o crime de homicídio e, em seguida, resolva verificar os bolsos da vítima e, ao encontrar dinheiro, o subtraia. Em tal caso, deve responder por crimes de homicídio doloso em concurso material com furto, pois a intenção de subtrair surgiu após a morte e deu-se em um momento em que não era mais necessário usar de violência física. É de se mencionar, aliás, que o sujeito passivo do furto são os familiares da vítima.

Da mesma forma, quando o filho mata o pai dentro de casa em razão de algum desentendimento familiar, mas, posteriormente, simula que ladrões entraram na casa e, para dar credibilidade à sua versão, desaparece com alguns bens do local. Responde por homicídio e não por latrocínio.

• Crime complexo

O crime de latrocínio enquadrase no conceito de crime complexo porque atinge mais de um bem jurídico: **a vida e o patrimônio**. Por conta disso, várias hipóteses mostram-se possíveis quando o agente atua com intenção de matar durante o roubo: **a)** Se a **subtração e a morte se consumam**, temos latrocínio **consumado**.

b) Se a **subtração** fica na esfera da **tentativa**, mas o agente efetivamente **mata** a vítima, temos latrocínio **consumado**. É o que diz a Súmula n. 610 do STF: "*há*

crime de latrocínio quando o homicídio se consuma ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima". É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima que está sendo roubada sai correndo e os ladrões, para evitar a fuga, efetuam disparos contra ela, mas a vítima consegue se evadir, vindo, contudo, a morrer minutos depois em razão dos ferimentos sofridos.

c) Se a **subtração e a morte forem tentadas**, haverá **tentativa** de latrocínio.

d) Se a subtração for **consumada** e a morte **tentada**, o crime também se rá o de **tentativa de latrocínio**, conforme reiterada jurisprudência e en ten -

dimen to dou trinário dominante (Magalhães Noronha152 e Heleno Cláudio 152 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 253.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 370

11/4/2011 17:24:38

Fragoso,153 dentre outros), mesmo porque é a interpretação que decorre da própria Súmula n. 610 do STF. Recentemente, contudo, o próprio STF, re for -

mando decisão do STJ, decidiu que, se o agente tenta, dolosamente, matar a vítima e subtrai seus pertences, responde por tentativa de homicídio em con curso material com roubo (STF — HC 91.585/RJ — Rel. Ministro Cezar Peluso — 2ª Turma — *DJ* 18.12.2008, p. 817), interpretação também esposada por Nélson Hungria.154 Esse entendimento, contudo, não altera a interpreta

ção em relação aos demais tópicos estudados nos itens anteriores e, por ora, não afeta a interpretação dominante.

• Latrocínio (requisitos)

A lei não descreve expressamente quais os requisitos do crime de latrocínio, contudo, diante das manifestações doutrinárias e das centenas de julgados a respei to desse delito, foi possível elencar três requisitos para sua configuração, sendo certo que, na ausência de quaisquer deles, porém tendo ocorrido subtração

e morte, o agente responderá por crimes de homicídio e roubo em concurso.

São requisitos do latrocínio:

a) que a morte seja decorrente da **violência** empregada pelo agente; **b)** que a violência causadora da morte tenha sido empregada **durante** o contexto fático do roubo; **c)** que haja nexo causal entre a violência provocadora da morte e o roubo em andamento (violência empregada **em razão** do roubo).

1º requisito — morte decorrente da violência

Esse requisito está expresso no art. 157, § 3º, do Código Penal, cujo tipo penal é "se da **violência** resulta lesão grave, (...) ou morte". Assim, haverá latrocínio se o roubador atirar contra a vítima, esfaqueá-la, jogá-la do prédio etc. A lei exige que a **violência seja intencional**, já que o roubo é crime doloso; contudo, haverá la trocínio, conforme já estudado, quer tenha havido dolo, quer tenha havido culpa **em relação ao resultado morte**. Assim, quando o agente atira com intenção de matar a vítima do roubo, temos violência e morte dolosas, mas quando o agente a amordaça para que ela não grite por socorro durante o roubo em sua residência e acaba provocando culposamente a morte dela por asfixia, temos violência intencional e morte culposa, havendo, também no último caso, latrocínio.

Ao contrário, existem casos noticiados pela imprensa, em que o agente cometeu roubo exclusivamente por meio de grave ameaça, apontando uma arma para a vítima, que, diante do quadro, acabou se assustando de uma tal maneira que morreu de ataque cardíaco. Em tal situação, na qual a morte decorreu de **grave ameaça**,

153 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 300.

154 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 63.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 371

11/4/2011 17:24:38

simplesmente não há enquadramento no tipo penal do latrocínio, devendo o ladrão responder por roubo agravado pelo emprego de arma em concurso formal com homicídio culposo; o concurso é formal porque a mesma grave ameaça utilizada para roubar foi a provocadora da morte. Os casos mencionados pela imprensa demonstram que as vítimas fatais não eram necessariamente pessoas com problemas car -

díacos, e que a causa do infarto foi a excessiva tensão a que foram submetidas. Daí o motivo de se dizer que existe a punição pelo homicídio culposo por ser sempre previsível a provocação de ataque cardíaco em tais casos, independentemente de análise de prévios problemas cardíacos por parte da vítima.

Se o agente, por sua vez, rouba um carro e mantém a vítima ao seu lado e, ao dirigir o veículo, acaba realizando uma imprudência — passa um sinal vermelho, por exemplo —, provocando um acidente do qual morre a vítima do roubo, responde por crimes de roubo em concurso **material** com homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do Código de Trânsito). Não há latrocínio porque a morte não foi decorrência de violência intencional utilizada pelo roubador. O concurso não é formal porque a morte não foi decorrente da grave ameaça, e sim de uma outra ação do roubador, qual seja, a de cruzar o sinal desfavorável, que se soma à conduta anterior do roubo (concurso material).

Se uma pessoa, que está sendo roubada dentro de sua casa, sai correndo para fugir do ladrão e acaba sendo atropelada por um ônibus, não há latrocínio e tampouco homicídio culposo por parte do roubador. Responde ele por roubo, consumado ou tentado, dependendo do caso. Da mesma forma, quando o crime está sendo cometido no segundo ou terceiro andar de um prédio, e a vítima pula do apartamento para fugir do ladrão, por supor que nada de grave irá acontecer, mas acaba morrendo.

2º requisito — que a violência causadora da morte tenha sido empregada durante o contexto do roubo

O contexto fático do roubo instala-se com o seu início de execução e prolonga-se até a fuga imediatamente posterior ao ato de subtração. Assim, há latrocínio, por exemplo, quando o agente mata a vítima logo no início da abordagem, ou quando o faz durante o tempo em que permanece com ela enquanto se desenrola o assalto, ou ainda quando está saindo do interior do banco roubado e mata os

seguranças que tentam detêlo.

Para a configuração do latrocínio, não é necessário que a vítima morra durante o roubo, basta que a violência seja empregada em seu contexto fático, ainda que o resultado ocorra horas ou dias depois, desde que em razão daquela violência.

3º requisito — que haja nexo causal entre a violência e o roubo em andamento

O latrocínio exige que a violência causadora da morte tenha sido empregada em razão do roubo que estava sendo cometido. Considerando que o latrocínio pode ter por base um roubo próprio ou um roubo impróprio, costuma-se dizer que esse nexo causal mostrase presente tanto na hipótese em que a violência causadora da morte é 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 372

11/4/2011 17:24:38

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

373

empregada como meio para a subtração como também na hipótese em que é empregada a fim de garantir a impunidade do agente ou a detenção do bem relacionados ao crime em andamento. Nesse sentido: "*delito de latrocínio (...) para a sua configuração é fundamental que a violência tenha sido exercida para o fim da subtração ou para garantir, depois dessa, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída (...).*

O objeto jurídico tutelado, nesses casos, é o patrimônio e a integridade física, não havendo que se falar, portanto, em competência do Júri Popular" (STJ — HC 21.961/MG

— Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca — 5ª Turma — *JSTJ* 176/83).

É preciso, então, que fique clara a seguinte distinção: se o ladrão mata a fim de garantir a sua impunidade em relação ao roubo que ele está cometendo naquele instante, o crime é o de latrocínio. Se, entretanto, o roubo foi cometido dias antes e ele mata alguém para garantir sua impunidade do delito anterior, responde por crimes de roubo em concurso material com homicídio qualificado.

Caso um roubador encapuzado, durante um roubo a banco, perceba dentre os clientes um antigo inimigo e, aproveitandose da oportunidade de estar armado e o inimigo dominado, tiralhe a vida, responde por homicídio em concurso material com roubo, porque não matou para viabilizar o roubo nem tampouco para assegurar sua impunidade (não seria reconhecido em razão do capuz que vestia) ou a detenção da coisa. Se, entretanto, estiver cometendo um roubo sem capuz em um estabelecimento e notar dentre os clientes uma pessoa que o conhece e que pode entregá-lo à polícia, vindo a matálo, responde por latrocínio — porque matou, **durante** o roubo, para assegurar sua impunidade.

• Sujeito passivo do latrocínio

Presentes os três requisitos enumerados no tópico anterior, haverá latrocínio quem quer que seja a vítima fatal: o dono do bem subtraído, uma namorada ou amigo do dono do bem roubado, um segurança ou guarda-noturno, um empregado do estabelecimento roubado, um policial etc. Existe, porém, uma exceção, que se mostra presente quando um dos assaltantes, durante o roubo, mata o comparsa em razão de alguma desavença ligada ao crime. Nesse caso, como a pessoa morta é uma das autoras do roubo, não pode ser considerada, concomitantemente, vítima do mesmo crime — roubo qualificado pela morte (latrocínio). O sobrevivente responde por homicídio em concurso material com roubo.

Ressalte-se, todavia, que, se o agente efetuou disparo querendo matar a vítima e, por erro de pontaria, matou o comparsa, responde por crime de latrocínio, porque, na hipótese, houve *aberratio ictus*, e, em tal caso, o art. 73 do Código Penal prevê que o agente deve ser punido como se tivesse matado quem pretendia.

• Concurso de agentes

A princípio, todos os envolvidos respondem pelo latrocínio, ainda que apenas um dos assaltantes tenha matado a vítima. Caso, todavia, fique provado que um deles quis participar de crime menos grave (apenas do roubo), pois expressamente disse aos comparsas antes do crime que não queria que ninguém atirasse, responderá 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 373

11/4/2011 17:24:39

apenas pelo roubo, nos termos do art. 29, § 2º, do Código Penal, podendo sua pena ser aumentada em metade por ser previsível o resultado.

2.2.2. Extorsão

2.2.2.1. Extorsão simples

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter, para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena — reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

2.2.2.1.1. Objetividade jurídica

Tal como no crime de roubo, tutela-se na extorsão o patrimônio, bem como a incolumidade física e a liberdade individual.

2.2.2.1.2. Tipo objetivo

O crime consiste em obrigar, coagir a vítima a **fazer** algo (a entregar dinheiro ou outro bem qualquer, a preencher e assinar um cheque, a fazer compras para o agente, a pagar suas contas etc.), **tolerar** que se faça algo (permitir que o agente rasgue um título de crédito, fazer uso de um imóvel sem pagar por isso etc.) ou **deixar de fazer** alguma coisa (não entrar em uma concorrência, não ingressar com uma ação de execução ou de cobrança) etc.

Tem se tornado comum a prática de extorsão por meio de telefonema em que o agente simula ter sequestrado algum parente da vítima, que por alguma razão se encontra incomunicável naquele momento, e exige que ela lhe faça um depósito em dinheiro ou adquira para ele créditos de telefonia celular etc.

As formas de execução da extorsão são a violência e a grave ameaça, e, nisso, o crime é semelhante ao roubo. A pena, aliás, é a mesma.

A jurisprudência tem entendido que configura grave ameaça ter fotografias ou vídeos de alguém mantendo relação extraconjungal e exigir-lhe dinheiro para não di vulgar o fato para a família. Tem-se também confirmado a existência do

crime quando alguém finge ser fiscal de algum órgão público e ameaça interditar o estabelecimento da vítima ou autuála em valores elevados, exigindo dinheiro para não o fazer.

2.2.2.1.3. Elemento subjetivo e normativo

A **intenção** de obter **indevida** vantagem econômica é o que diferencia a extorsão dos crimes de constrangimento ilegal (art. 146) e exercício arbitrário das próprias razões (art. 345).

No constrangimento ilegal, o agente também emprega violência ou grave amea

ça para forçar a vítima a fazer ou não fazer algo, porém, sua intenção não é de obter alguma vantagem econômica, mas outra qualquer.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 374

11/4/2011 17:24:39

Já o crime de exercício arbitrário das próprias razões é bastante amplo, abrangendo a hipótese em que o agente emprega violência ou grave ameaça para cobrar o que lhe é **devido**. A existência desse crime, em verdade, não decorre da obtenção da vantagem devida, mas sim do emprego de violência ou grave ameaça para obtê-la, pois, o procedimento correto seria ingressar na justiça para receber o que lhe é de direito, e não ameaçar ou agredir a vítima.

O elemento normativo do crime de extorsão reside na necessidade de ser **indevida** a vantagem visada.

2.2.2.1.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

2.2.2.1.5. Sujeito passivo

São assim considerados todos os que sofrerem a violência ou grave ameaça,

como aqueles que sofrerem a lesão patrimonial.

2.2.2.1.6. Consumação

A Súmula n. 96 do Superior Tribunal de Justiça cuida do tema dispondo que "*o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida*". Essa interpretação é decorrente do próprio texto legal ao exigir que o agente tenha intenção de obter a vantagem indevida, mas não vincula a consumação à sua efetiva obtenção. Costuma-se dizer, por isso, que a extorsão é crime **formal**. Veja-se, entretanto, que os crimes formais consumam-se no momento da ação, e não é exatamente isso o que ocorre na extorsão que, teoricamente, passa por três momentos: a) o emprego da violência ou grave ameaça pelo agente; b) a ação ou omissão da vítima; c) a obtenção da vantagem econômica indevida pelo agente. Este último momento não é exigido para a consumação, porém, de acordo com a própria reda

ção do dispositivo, pode-se concluir que a extorsão não se consuma com o emprego da violência ou grave ameaça, mas apenas quando a vítima, constrangida, faz o que o agente a mandou fazer ou deixa de fazer o que ele ordenou que ela não fizesse.

Assim, quando o agente manda uma carta contendo uma ameaça e uma exigência, ou telefona para a vítima fazendo o mesmo e esta imediatamente rasga a carta, desliga o telefone ou procura a polícia, não cedendo à exigência do agente, o crime de extorsão mostrase tentado. Por outro lado, se o sujeito obriga a vítima a preencher e assinar um cheque em seu favor e ela o faz, o crime está consumado, ainda que o agente, posteriormente, não consiga descontar o cheque.

Observação: Existem casos em que a ação ou omissão da vítima são concomitantes à obtenção da vantagem ilícita por parte do agente, tal como se dá quando ela é obrigada a entregar pessoalmente dinheiro a ele.

2.2.2.1.7. Tentativa

É possível, conforme explicado no item anterior.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 375

11/4/2011 17:24:39

2.2.2.1.8. Distinção

Além das relevantes diferenciações já tratadas em relação ao constrangimento ilegal e ao exercício arbitrário das próprias razões, é importante distinguir a extorsão dos crimes de estelionato, roubo e concussão.

• Extorsão e estelionato

Na hipótese de extorsão em que a vítima é obrigada a entregar algo ao agente, o delito se assemelha ao estelionato porque, também neste crime, é a vítima quem entrega os bens ou valores a ele. A diferença, teoricamente, é simples, pois na extorsão a entrega decorre de temor, na medida em que a vítima sofre violência ou grave ameaça, enquanto no estelionato a entrega decorre de engano, já que a vítima foi ludibriada pelo emprego de uma fraude qualquer.

Ocorre que é consideravelmente comum o agente empregar fraude **e** grave amea ça contra a mesma vítima para dela obter **uma única** vantagem econômica; neste caso, o agente só pode responder por um crime contra o patrimônio, que, na hipótese, é a extorsão — delito mais grave. É o que acontece, por exemplo, quando o sujeito finge ser policial e ameaça prender a vítima, caso ela não lhe entregue dinheiro. A ameaça de prisão é grave, e o fato de se fingir policial é uma fraude. Ele, entretanto, responde apenas por extorsão.

Da mesma maneira, quando o filho desaparece de casa, escondendo-se em um sítio e, com a ajuda de amigos, entra em contato com o pai, simulando ter sido sequestrado e exigindo dinheiro como se fosse um resgate. O crime é o de extorsão porque o pai se sente coagido, amedrontado, o que é suficiente para configurar grave ameaça, pois, conforme é sabido, esta não pressupõe que o agente possa ou queira concretizar o mal prometido. É exatamente pelo mesmo motivo que a subtração perpetrada com arma de brinquedo constitui roubo, e não furto mediante fraude. Saliente-se, outrossim, que o filho também responde pelo crime de extorsão, não o beneficiando a escusa absolutória contida no art. 181, II, do Código Penal, na medida em que o art. 183

expressamente afasta tal instituto em relação aos delitos de roubo e extorsão.

• Extorsão e roubo

Segundo Nélson Hungria,155 "*a infalível distinção entre extorsão e roubo é que neste o agente toma por si mesmo, enquanto naquela faz com que se lhe entregue, ou ponha à sua disposição, ou se renuncie a seu favor*". Essa interpretação, entretanto, teria como consequência considerar o fato como extorsão se o agente apontasse uma arma para a vítima e exigisse a imediata entrega do dinheiro contido na carteira, enquanto, se ele próprio tomasse a carteira das mãos da vítima, o crime seria o de roubo. A doutrina e a jurisprudência, todavia, não aceitaram essa forma de distinção, sob o argumento de que, se a vítima está dominada e o próprio agente pode concretizar a subtração, mas por mera comodidade determina a entrega, o crime deve ser sempre o de roubo.

155 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 67.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 376

11/4/2011 17:24:39

A diferenciação atualmente acatada é no sentido de que o crime é o de roubo quando o agente subtrai o bem ou pode, de imediato, subtraílo, tal como ocorre quando aponta uma arma para a vítima e a manda entregar o relógio. No último caso, se diz que a colaboração da vítima em entregar o bem não era imprescindível, pois, se não o fizesse, o agente imediatamente o tomaria. Só haverá extorsão, portanto, quando a vítima entregar o bem e ficar demonstrado que sua colaboração era imprescindível para o agente obter a vantagem visada, pois, se ela se recusasse, ele não teria condições de, naquele momento, efetuar a subtração. É o que ocorre sempre que a exigência é feita a distância (por carta ou telefonema, por exemplo) ou quando réu e vítima estão no mesmo ambiente, mas a vantagem econômica do agente depende de algum ato pessoal da vítima (assinar um cheque, fornecer a senha do cartão bancário para o saque de valores no caixa eletrônico etc.).

• Extorsão e concussão

Na concussão o sujeito ativo é sempre funcionário público, e a vítima cede às exigências deste por temer represálias decorrentes do exercício do cargo. A extorsão, que é crime mais gravemente apenado, pode ser cometida por qualquer pessoa, inclusive por funcionário público no exercício de suas funções, desde que haja emprego de **violência** ou **grave ameaça**, requisito inexistente na concussão.

2.2.2.1.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime complexo e

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime formal e

Crime doloso

de dano quanto

concurso eventual

e comissivo quanto

instantâneo quanto

quanto ao

à objetividade

quanto ao sujeito

aos meios de

ao momento

elemento

jurídica

ativo

execução

consumativo

subjetivo

2.2.2.1.10. Ação penal

É pública incondicionada.

2.2.2.2. Causas de aumento de pena

Art. 158, § 1º — Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até a metade.

Na primeira hipótese, exigese que o crime seja "cometido por duas ou mais pessoas", redação diferente daquela existente no roubo mediante concurso de agentes, de modo que se exige coautoria na extorsão, ou seja, se mostra necessária a presença de ao menos duas pessoas no local praticando atos executórios para que a pena seja agravada. No mesmo sentido, a opinião de Júlio Fabbrini Mirabete156 e Fernando Capez.157

156 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 250.

157 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 409.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 377

11/4/2011 17:24:39

Em relação ao emprego de arma, aplica-se tudo o que foi estudado em relação ao roubo (ver comentários ao art. 157, § 2º, I, do CP).

2.2.2.3. Extorsão qualificada pela lesão grave ou morte

Art. 158, § 2º — Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no

§ 3º do artigo anterior.

Tal como ocorre no roubo, estas qualificadoras só se aplicam quando a lesão grave ou morte decorrem da **violência** empregada para a prática da extorsão. Nos expressos termos da lei, as qualificadoras seguem as mesmas regras do roubo qualificado pela lesão grave ou morte.

De acordo com o art. 1º, III, da Lei n. 8.072/90, a extorsão qualificada pela morte, consumada ou tentada, constitui crime hediondo. Além disso, o art. 9º da Lei n. 8.072/90 prevê um aumento de metade da pena se a vítima fatal estiver em quaisquer das condições do art. 224 do Código Penal (não for maior de 14 anos, for alienada ou débil mental, e o agente souber disso, ou, por qualquer causa, não pu der oferecer resistência). Como, todavia, o art. 224 foi expressamente revogado pela Lei n. 12.015/2009, entende-se que esse aumento tornou-se inviável por ter desaparecido o dispositivo que lhe dava complemento.

2.2.2.4. Extorsão qualificada pela restrição da liberdade (sequestro relâmpago)

Art. 158, § 3º — Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de seis a doze anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Com a proliferação dos caixas eletrônicos em via pública, multiplicou-se assustadoramente uma espécie de crime consistente em capturar a vítima, apossarse de seu cartão bancário e, em seguida, exigir, mediante grave ameaça, o fornecimento da senha, com a qual os bandidos fazem saques da conta da vítima. Às vezes, também, a conduta consiste em utilizar o cartão de débito da vítima para fazer compras com sua senha enquanto ela permanece em poder dos comparsas. Como nessa modalidade delituosa a vítima permanece algum tempo com os agentes, passou a ser conhecida como **sequestro relâmpago**. Na doutrina e na jurisprudência surgiram três correntes em torno da capitulação a ser dada: roubo, extorsão ou extorsão mediante sequestro, tendo prevalecido a interpretação de que se trata de crime de extorsão por ser imprescindível a colaboração da vítima em fornecer a senha. O legislador, por sua vez, por meio da Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009, pacificou o tema, transformando o

sequestro relâmpago em figura qualificada do crime de **extorsão**.

O delito diferencia-se da extorsão mediante sequestro, porque, nesta, o resgate é exigido de outras pessoas (familiares em geral), enquanto, no sequestro relâmpago, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 378

11/4/2011 17:24:39

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

379

não há essa exigência a terceiros, mas à própria pessoa sequestrada (ex.: para que for neça a senha).

• Inaplicabilidade das causas de aumento referentes ao cometimento do crime por duas ou mais pessoas ou com emprego de arma

Essas causas de aumento estão previstas no § 1º do art. 158, de modo que a op

ção do legislador em inserir o sequestro relâmpago em dispositivo posterior (§ 3º) é indicativo da intenção de não ver o aumento incidindo sobre ele. Ademais, o sequestro relâmpago já possui pena consideravelmente maior em abstrato.

• Concurso de crimes

Em quase todos os casos de sequestro relâmpago, os agentes, além de sacarem o dinheiro da vítima após exigirem o número de sua senha, subtraem bens e valores que ela traz consigo (dinheiro, veículo, telefone celular etc.), cometendo crime de roubo em relação a esta última conduta. Nossos tribunais têm reconhecido o concurso **material** nesses casos, conforme se vê em: RE 104.063-SP, 2ª Turma, Rel. Min.

Moreira Alves, *DJ* de 17.05.1985; HC 74.528-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Correa, *DJ* de 13.12.1996; HC 69.810-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 18.06.1993; Resp. 684423-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* de 14.02.2005).

O correto, contudo, seria o reconhecimento do concurso formal impróprio, pois ambas as condutas ocorrem no mesmo contexto fático, por meio da mesma grave

amea-

ça, mas com autonomia de desígnios. Veja-se que a consequência, em qualquer hipótese (concurso material ou formal impróprio), é a soma das penas, não havendo tanta relevância prática na distinção.

• **Resultado morte ou lesão grave e caráter hediondo do delito** A parte final do art. 158, § 3º, do Código Penal, estabelece que, se resulta lesão grave ou morte, devem ser aplicadas as penas do crime de **extorsão mediante sequestro qualificado por tais resultados** (art. 159, §§ 2º e 3º), fazendo com que a pena passe a ser consideravelmente maior. Estamos, portanto, diante de um crime de **extorsão** qualificada, em que se deve aplicar a pena de um crime de extorsão **mediante sequestro** qualificado. Em razão disso, surgiu polêmica em torno do caráter hediondo do novo crime, quando dele resultar lesão grave ou morte, na medida em que não se inseriu na Lei dos Crimes Hediondos menção ao art. 158, § 3º. Com efeito, os incs. III e IV do art. 1º da Lei n. 8.072/90 preveem como figuras hediondas: a) a extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); b) a extorsão mediante sequestro em todas as suas figuras (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º). Em razão disso, três interpretações mostram-se possíveis: 1) o sequestro relâmpago qualificado pela morte não é hediondo porque a lei que elenca os crimes dessa natureza não faz referência ao art. 158, § 3º; b) o delito é hediondo porque a lei manda aplicar as **mesmas penas** da extorsão mediante sequestro qualificada; c) deve-se pautar o raciocínio com base no crime de extorsão (art. 158), já que o sequestro relâmpago é uma modalidade deste crime. Assim, como a extorsão qualificada pela lesão grave não é infração hedionda, o 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 379

11/4/2011 17:24:39

sequestro relâmpago com lesão grave também não o será. Se, todavia, tratarse de resultado morte, o delito será hediondo porque a extorsão seguida de morte possui essa natureza. Parece ser correto este último entendimento, na medida em que o art. 1º, III, da Lei dos Crimes Hediondos, declara ser hediondo o crime de extorsão seguido de morte. Ora, o sequestro relâmpago, em verdade, é um crime de extorsão, de modo que, quando qualificado pelo evento morte, enquadra-se no

conceito do referido art. 1º, inc. III, pouco importando a não inserção do **número do artigo** no dispositivo.

2.2.3. Extorsão mediante sequestro

2.2.3.1. Modalidade simples

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 oito a quinze anos.

2.2.3.1.1. Objetividade jurídica

Nesse dispositivo, a conduta típica consiste em capturar alguém e exigir resgate em troca de sua libertação e de sua vida. Os bens jurídicos tutelados, portanto, são o **patrimônio** e a **liberdade**. Trata-se de crime **complexo**.

2.2.3.1.2. Natureza hedionda

De acordo com o art. 1º, inc. IV, da Lei n. 8.072/90, o crime de extorsão mediante sequestro constitui crime hediondo, **tanto em sua figura simples quanto em suas formas qualificadas**.

2.2.3.1.3. Tipo objetivo

A conduta típica é **sequestrar**, que consiste em capturar alguém e privá-lo de sua liberdade. Apesar de não haver menção expressa no texto legal, abrange também o cárcere privado, que é mais grave, em que a vítima fica trancafiada em local totalmente fechado — enquanto no sequestro existe alguma possibilidade de deambula

ção. Normalmente a captura da vítima se dá com emprego de violência ou grave ameaça, o mesmo ocorrendo para sua manutenção no cativeiro. O emprego de violência ou grave ameaça, apesar de não mencionados expressamente no tipo penal, estão implícitos no verbo “sequestrar”, que engloba também as hipóteses em que a vítima não pode, por qualquer causa, oferecer resistência (pequena idade, doença etc.).

O tipo penal exige que o sequestro seja de uma pessoa, isto é, de um ser huma

no.

Por isso, a captura de animal de estimação seguida de pedido de resgate para não matar o animal, constitui o crime de extorsão do art. 158 do Código Penal. Da mesma forma, a subtração de um cadáver para exigir resgate da família não constitui extorsão mediante sequestro, e sim crime de subtração de cadáver (art. 211 do CP).

Nesse sentido: "*atua com afronta ao sentimento de reverência dos vivos para com* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 380

11/4/2011 17:24:39

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

381

os mortos, que a lei penal tutela, o agente funerário que subtrai os corpos das vítimas de acidente do necrotério e exige importância em dinheiro para a devolução dos mesmos às respectivas famílias. O summatum opus ocorre com a simples efetividade, pouco importando o fim último do agente" (TJSP — *RT* 522/325).

2.2.3.1.4. Elemento subjetivo

É o dolo de obter qualquer vantagem como condição ou preço do resgate.

É praticamente pacífico que a vantagem visada deve ser de caráter **econômico**, na medida em que a extorsão mediante sequestro é crime contra o patrimônio. Pode ser, entretanto, **qualquer** vantagem econômica — dinheiro, joias, a entrega de títu los ou bens de valor etc. Por essa interpretação, amplamente dominante, se o agente captura o filho de uma mulher para forçá-la a um encontro sexual, sob pena de matar a criança, responde por crime de estupro contra a mãe em concurso material com sequestro contra a criança (art. 148); se ele captura o filho de um diretor de penitenciária para exigir a soltura de um preso de sua facção criminosa, responde por sequestro do filho do diretor (art. 148) em concurso material com o crime de facilitação de fuga de pessoa presa (art. 351).

Damásio de Jesus158 discorda de tal entendimento, sustentando que a expressão

“qualquer vantagem” contida no art. 159 permite a configuração da extorsão mediante sequestro qualquer que seja a espécie de vantagem visada (econômica ou não).

Conforme já salientado, esse entendimento não prevaleceu, na medida em que o delito em análise é expressamente definido em lei como crime contra o patrimônio.

Por essa razão, pode-se também concluir que a finalidade da expressão “qualquer vantagem” inserida no art. 159 é fazer abranger tanto a hipótese em que o sequestro visa a uma vantagem econômica indevida como também nas hipóteses em que a vantagem visada é **devida**. Quando a vantagem pretendida é indevida, é óbvia a configuração do crime, contudo, se o sequestro visa a uma vantagem devida, seria possível sustentar a ocorrência de crimes de sequestro (art. 148) e exercício arbitrário das próprias razões em concurso material (art. 345), o que, entretanto, não é correto, porque a expressão “qualquer vantagem” teve exatamente a finalidade de inserir no tipo penal a hipótese, noticiada em jornais, em que um credor sequestrou o filho do devedor para exigir, sem se identificar obviamente, valores semelhantes ao da dívida. É que, em tal caso, para o pai, o efeito é absolutamente o mesmo, já que não sabe quem é o sequestrador.

2.2.3.1.5. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

2.2.3.1.6. Sujeito passivo

Também pode ser qualquer pessoa.

158 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 374/375.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 381

11/4/2011 17:24:39

Se a vítima não for maior de 14 anos, se for alienada ou doente mental, e o agente souber disso, ou se não puder, por qualquer causa, oferecer resistência, a pena será aumentada em metade, nos termos do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

2.2.3.1.7. Consumação

Pela própria redação do dispositivo, está fácil a conclusão de que a consumação se dá no exato instante em que a vítima é capturada, privada de sua liberdade, ainda que os sequestradores não consigam receber ou até mesmo pedir o resgate, desde que se prove que a intenção deles era essa. Para a consumação, entretanto, exige-se que a vítima seja tirada do local onde estava por tempo juridicamente relevante, posto que, se o bandidos a abordam em uma via pública, tiram-na de seu carro e a colocam em outro, mas são imediatamente presos quando iam sair do local da abordagem, o crime se mostra tentado. É claro que, em tal caso, deverá existir alguma prova demonstrando que eles pretendiam pedir um resgate (confissão, gravação em escuta telefônica etc.).

Se os bandidos já sequestraram a vítima e a puseram no portamalas de um carro e, uma hora depois, enquanto a estão levando para outra cidade onde está preparado o cativeiro, são parados por *blitz* de rotina de Polícia Rodoviária, quando se constata a presença da vítima no veículo e ela é libertada, o crime está consumado.

Nesse caso, a vítima já estava privada de sua liberdade por tempo relevante, sendo dispensável a existência do pedido de resgate aos familiares, bastando que se prove a intenção dos bandidos de fazê-lo. Ex.: a vítima sequestrada narra aos policiais que os ladrões lhe perguntaram quanto sua família poderia pagar pelo resgate.

Notese que o **efetivo pagamento do resgate** constitui **mero exaurimento** do crime de extorsão mediante sequestro, porque não altera sua capitulação jurídica, podendo, entretanto, ser levado em conta pelo juiz no momento da fixação da pena, posto que o art. 59 do Código Penal diz que, na fixação da pena-base, o juiz deve levar em conta as consequências do crime, e é evidente que o caso concreto tem consequências mais gravosas quando, além da privação da liberdade, sobrevém a redução patrimonial pelo pagamento do resgate.

A extorsão mediante sequestro é crime **permanente**, cuja consumação se

prolonga no tempo, pois, enquanto a vítima permanece em poder dos sequestradores, sua liberdade está, a todo momento, tolhida. Disso decorre a possibilidade de prisão em flagrante enquanto ela permanecer em poder dos sequestradores (art. 303 do CPP).

2.2.3.1.8. Tentativa

É possível, desde que os agentes já tenham feito a abordagem visando sequestrar a vítima, mas não tenham conseguido levá-la por circunstâncias alheias à sua vontade. É o que ocorre quando a vítima, ao ser abordada, consegue fugir acelerando seu veículo, ou quando seus seguranças reagem e impedem que ela seja levada.

A conduta de estudar os passos da vítima para escolher o melhor momento para a captura constitui mero ato preparatório. O início de execução só ocorre com a efetiva abordagem.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 382

11/4/2011 17:24:40

2.2.3.1.9. Competência

Como o crime se consuma no momento em que a vítima é sequestrada, a competência para a sua apuração é a do local onde de se deu a captura, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal.

Acontece que é razoavelmente comum que a vítima seja sequestrada em uma cidade e mantida em cativeiro em outra. Como o delito em estudo é permanente, pode-se dizer que o crime se consumou na primeira cidade — já sendo possível a aplicação da pena integral do delito —, mas continuou se consumando na segunda. Em tais casos, a ação penal pode ser proposta em quaisquer dessas localidades, deven do ser utilizado o critério da prevenção para que seja fixada a competência em uma delas. É que o art. 71 do Código de Processo Penal dispõe que "*tratando-se de infração permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á por prevenção*". Assim, se a vítima

foi sequestrada na cidade A, mas foi mantida em cativeiro na cidade B, sendo o resgate pago na cidade C, a ação penal poderá ser proposta nas localidades A e B, fixando-se uma delas por prevenção. Na cidade C, ocorreu mero exaurimento do crime, não podendo a ação nela tramitar.

2.2.3.1.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime complexo

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime formal e

Crime doloso

quanto à

concurso eventual

e comissivo quanto permanente quanto

quanto ao

objetividade

quanto ao sujeito

aos meios de

ao momento

elemento

jurídica

ativo

execução

consumativo

subjetivo

2.2.3.1.11. Ação penal

É pública incondicionada.

2.2.3.2. Figuras qualificadas

Art. 159, § 1º — Se o sequestro dura mais de vinte e quatro horas, se o sequestrado é menor de dezoito ou maior de sessenta anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena — reclusão de doze a vinte anos.

Para o reconhecimento da qualificadora, **basta uma** dessas hipóteses.

As vinte e quatro horas são contadas do momento da captura até o da libertação.

A hipótese de vítima menor de 18 anos voltou a ter incidência plena após o advento da Lei n. 12.015/2009 ter tornado inviável o aumento referente à vítima não maior de 14 anos, ao revogar expressamente o art. 224 do Código Penal que dava complemento ao art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos e previa referido acréscimo.

Em suma, atualmente será aplicada a qualificadora deste § 1º qualquer que seja a idade da vítima inferior a 18 anos.

A hipótese de vítima maior de 60 anos foi inserida no Código Penal pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Se a vítima tiver 59 anos ao ser sequestrada, mas 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 383

11/4/2011 17:24:40

ainda estiver em cativeiro após completar e superar os 60, a qualificadora da idade também terá incidência, sem prejuízo daquele referente à duração superior

a 24 horas. É plenamente viável o reconhecimento de duas qualificadoras desse parágrafo, devendo o juiz levar em conta tal aspecto na fixação da pena.

Por fim, o conceito de quadrilha ou bando encontra-se no art. 288 do Código Penal — associação de quatro ou mais pessoas para a prática reiterada de crimes.

Como a redação aqui é idêntica à do tipo penal do crime de quadrilha, possuindo, portanto, os mesmos requisitos, entendemos que não podem ser cumulados o crime qualificado em estudo e o delito de quadrilha, pois isso caracterizaria *bis in idem*.

2.2.3.3. Qualificadoras decorrentes da lesão grave ou morte

Art. 159, § 2º — Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

Art. 159, § 3º — Se resulta morte:

Pena — reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

A expressão "se do fato resulta" lesão grave ou morte fez com que a doutrina entendesse que essas qualificadoras só têm incidência quando o resultado agravador for provocado **na própria pessoa sequestrada**. Desse modo, se os sequestradores cortarem a orelha da vítima para enviar aos familiares e aumentar a pressão para o pagamento do resgate, existe a qualificadora (a deformidade permanente é uma modalidade de lesão grave), tal como ocorre quando os bandidos matam a vítima por falta de pagamento do resgate, ou porque ela os conhecia e iria entregá-los à polícia se fosse solta, ou até por mera maldade ou outro motivo qualquer.

Não haverá, porém, a qualificadora quando os sequestradores matarem um segurança para conseguir sequestrar o patrão, hipótese que caracterizará crimes de ho micídio qualificado e extorsão mediante sequestro, em concurso material. É claro que, caso os agentes, posteriormente, matem o patrão, responderão também pelo art. 159, § 3º.

As qualificadoras se aplicam, quer tenha havido **dolo**, quer tenha havido **culpa** em relação ao resultado agravador, já que o texto legal não faz distinção. Caso tenha havido dolo, o juiz deverá levar esse aspecto em conta na fixação da pena-base, mas o crime é o mesmo. Na expressiva maioria dos casos concretos em que

houve incidência dessa qualificadora, a morte da vítima foi provocada dolosamente pelos sequestradores. É porém possível que a morte decorra de imprudência da parte deles, como aconteceu no caso em que deixaram a vítima trancada em local tão fortemente vedado, para que seus pedidos de socorro não fossem ouvidos, que ela acabou morrendo em razão da falta de oxigênio no recinto.

Se a morte ou lesão grave forem causadas por caso fortuito, não se aplicam as qualificadoras. Ex.: relâmpago atinge a casa de madeira em que a vítima está em cativeiro e esta se incendeia. Igualmente se forem decorrentes de culpa de terceiro.

Ex.: vítima que depois de libertada é atropelada por um caminhão na contramão.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 384

11/4/2011 17:24:40

• Reconhecimento de qualificadoras de gravidades distintas

O crime de extorsão mediante sequestro possui três parágrafos contendo qualificadoras com penas diferentes. Com isso, é possível que, em um único crime, mostrem-se presentes qualificadoras de gravidade distintas, como, por exemplo, quando um sequestro dura mais de 24 horas e depois a vítima é morta. Em tal caso, considerando que somente uma pena pode ser aplicada aos réus, deverá incidir a mais grave, qual seja, a do § 3º. O fato de o sequestro ter durado mais de 24 horas deverá ser considerado como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal na fixação da penabase.

2.2.3.4. Delação eficaz

Art. 159, § 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.

O dispositivo em estudo foi introduzido no Código Penal pela Lei n. 8.072/90 e,

posteriormente, sua redação foi alterada pela Lei n. 9.269/96.

Trata-se de causa de diminuição de pena que, para ser aplicada, exige que o crime seja cometido por pelo menos duas pessoas e que qualquer delas arrependase e delate as demais para a autoridade, fazendo com que a vítima venha a ser libertada.

Como a lei usa a palavra **"concorrente"** , a delação pode partir tanto de coautor quanto de partícipe do crime.

Para a obtenção do benefício, o agente deve, por iniciativa própria ou quando questionado pela autoridade, prestar informações que efetivamente facilitem a localização e a libertação do sequestrado. Se as informações prestadas não levarem à libertação da vítima, a pena não sofrerá qualquer diminuição. Daí o nome do instituto ser delação **eficaz**, também conhecido, todavia, como delação **premiada**.

Uma vez libertada a vítima, o quantum da redução levará em conta o grau do auxílio do delator. **Quanto maior a colaboração prestada, maior a redução.**

Esse instituto, criado pela primeira vez pela Lei dos Crimes Hediondos, não vem tendo o alcance que se pretendia, pois, geralmente, os envolvidos em extorsão mediante sequestro são muito perigosos, de modo que os comparsas têm receio de efetuar delação e sofrer graves represálias.

2.2.4. 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 um a três anos, e multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 385

11/4/2011 17:24:40

2.2.4.1. Objetividade jurídica

O patrimônio e, indiretamente, a administração da justiça, que pode ser afetada em caso de apresentação do documento fraudulento às autoridades.

Importante mencionar a explicação contida na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 57, para justificar a tipificação do crime de extorsão indireta: "*Destina-se o novo dispositivo a coibir os torpes e opressivos expedientes a que recorrem por vezes os agentes de 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 res-gatada a dívida no vencimento, ficará o mutuário sob a pressão da ameaça de um processo por apropriação indébita ou falsidade*".

2.2.4.2. Tipo objetivo

O crime de extorsão indireta pressupõe a coexistência de três requisitos: **a) Exigência ou recebimento de documento que possa dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou terceiro.** Na conduta "exigir", o agente impõe a entrega do documento como condição da entrega do dinheiro ou do aperfeiçoamento de um contrato qualquer (compra e venda, locação etc.). Na modalidade "receber", a iniciativa é da vítima, que procura o agente, faz a proposta e a entrega do documento para garantir a concretização do negócio que pretende.

b) Intenção de garantir ameaçadoramente o pagamento da dívida. Neste crime, a vítima, para obter o crédito, simula um "corpo de delito" de uma infração penal qualquer (falsifica cheque, assina duplicata simulada, falsifica assinatura, elabora documento em que confessa um crime qualquer etc.) e entrega o documento ao agente, que, na posse deste, tem uma maior garantia de seu crédito, uma vez que, em caso de inadimplência, poderá dar publicidade ao documento e, assim, causar o início de um procedimento criminal. A vítima, nesse contexto, vê-se fortemente impelida a não deixar passar o vencimento da dívida sem o seu pagamento, em razão do risco de ser processada criminalmente.

Firmou-se, na jurisprudência, entendimento de que não há extorsão indireta quando o devedor entrega ao credor, como garantia da dívida, cheque prédatado

sem fundos, uma vez que este não pode dar origem a processo-crime, já que o delito de emissão de cheque sem fundos (art. 171, § 2º, VI, do CP) é incompatível com a figura do cheque pré-datado. Há, entretanto, extorsão indireta quando o credor exige a emissão de um cheque sem fundos como garantia da dívida, mas determina ao emitente que não lhe preencha a data de emissão, hipótese em que o portador do cheque pode preenchêlo posteriormente, retirandolhe o caráter de prédatado.

Ressalve-se, ainda, que não há extorsão indireta na hipótese em que um funcionário de empresa desvia dinheiro e, ao ser descoberto, assina uma confissão se comprometendo a recompor os valores furtados. O fato é que em tal caso, ele confessou um crime que realmente existiu e que foi por ele cometido.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 386

11/4/2011 17:24:40

c) Abuso da situação de necessidade financeira da vítima. Cuidase de expressa exigência do tipo penal. Sem a ciência dessa condição financeira desfavorável, não se configura o delito. A dificuldade financeira pode decorrer de má gestão dos negócios, de dívidas anteriores, de vício em jogo ou em drogas, de desgraça familiar ou própria etc.

2.2.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Na maioria das vezes, entretanto, o autor desse crime é um **agiota**.

Exige-se que o agente saiba da dificuldade financeira pela qual está passando a vítima.

2.2.4.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa em dificuldade financeira.

2.2.4.5. Consumação e tentativa

Na hipótese em que o próprio agente **exige** o documento fraudulento como garantia da dívida, o crime se consuma no instante em que a exigência chega ao conhecimento da vítima. Trata-se de crime **formal**, pois se consuma ainda que a vítima não elabore o documento. A sua efetiva elaboração e entrega ao agente constitui **mero exaurimento** do crime nesta modalidade. A tentativa é possível quando se trata de exigência feita por escrito que se extravia.

Na figura **"receber"** , o crime é **material**, isto é, só se aperfeiçoa com a tradição do documento ao credor. A tentativa é possível quando as partes, por exemplo, concordam verbalmente em concretizar um negócio que será garantido pela entrega de um documento fraudulento, mas, antes da tradição, familiares da vítima a impedem de elaborar e entregar o documento ao agente.

Saliente-se que, para a configuração do crime de extorsão indireta, basta a exigência ou a entrega de documento que, teoricamente, possa dar causa ao início de um procedimento criminal. Em outras palavras, não se exige que o agente, em caso de inadimplência, efetivamente apresente o documento às autoridades. Caso, entretanto, o faça e seja iniciada investigação contra a vítima (que em verdade é inocente porque o documento é simulado), o agente responderá pela extorsão indireta e por denunciação caluniosa, em concurso material, na medida em que os bens jurídicos afetados são diversos, não havendo absorção de um pelo outro.

2.2.4.6. Ação penal

É pública incondicionada. Tendo em vista que a pena mínima é de um ano, mostrase cabível a suspensão condicional do processo, desde que o réu preencha os de mais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 387

11/4/2011 17:24:40

2.2.5. Questões

1. (Ministério Público/SP — 81º concurso) Se o agente mantém a vítima em

seu poder, sob ameaça de arma de fogo, durante e como meio de execução de roubo, restringindo aí sua liberdade, ele comete:

a) concurso de roubo consumado e de sequestro consumado.

b) concurso de roubo tentado e de sequestro consumado.

c) um crime de roubo com três causas especiais de aumento de pena.

d) um crime de roubo com duas causas especiais de aumento de pena.

e) um crime de roubo com apenas uma causa de aumento de pena.

Resposta: "d". A restrição da liberdade e o emprego de arma de fogo são as duas causas de aumento do crime de roubo elencadas no enunciado.

2. (Ministério Público/RS — 40º concurso) O agente que, invadindo um açougue de arma em punho, mata o proprietário e fere gravemente a sua mulher (do açougueiro), ambos vitima-dos a tiros, sendo que a mulher levou um balaço na cabeça, e depois foge com o dinheiro do caixa do açougue, deve responder:

a) por um só latrocínio, já que se trata de patrimônio único (do casal), sobre o qual incide a causa especial de aumento de pena do emprego de arma (CP, art. 157, § 2º, I).

b) por dois crimes, latrocínio (CP, art. 157, § 3º, segunda parte) e por roubo qualificado pela lesão grave (CP, art. 157, § 3º, primeira parte), em concurso material.

c) por latrocínio e tentativa de latrocínio, em concurso formal, majorandose a pena em face do emprego de arma.

d) por um só latrocínio, servindo a pluralidade de vítimas como circunstância judicial na dosimetria da pena.

e) por um latrocínio e por uma tentativa de homicídio qualificado pela conexão teleológica, em continuidade delitiva.

Resposta: "d". Conforme já foi estudado, se, para subtrair patrimônio único (do

açougue, no caso), o agente mata duas pessoas, há um só crime de latrocínio, devendo a pluralidade de vítimas ser levada em conta na fixação da penabase. Da mesma forma, quando ocorrer uma morte e uma lesão grave em consequência do assalto.

3. (Ministério Público/SP — 78º concurso) O crime de roubo pode ser classificado quanto ao momento consumativo, quanto à forma de ação, quanto ao número de agentes e quanto ao resultado como:

a) instantâneo, comissivo, plurissubjetivo e formal.

b) permanente, comissivo, unissubjetivo e material.

c) instantâneo, omissivo, plurissubjetivo e formal.

d) instantâneo, comissivo, unissubjetivo e material.

e) permanente, omissivo, plurissubjetivo e material.

Resposta: "d".

4. (Ministério Público/SP — 79º concurso) João, objetivando subtrair o relógio de Manoel, aponta-lhe um revólver. Manoel, assustado com o gesto ameaçador, permite que João lhe subtraia o relógio sendo, logo em seguida, em decorrência da grave ameaça, acometido de intenso choque nervoso, que o obriga a permanecer internado em um hospital por quarenta dias. João com sua conduta, deverá ser responsabilizado por:

a) roubo qualificado pelo resultado lesão de natureza grave.

b) roubo agravado em concurso formal com delito de lesão corporal de natureza grave.

c) roubo agravado em concurso material com o delito de lesão corporal de natureza grave.

d) furto qualificado em concurso formal com o delito de lesão corporal de natureza grave.

e) furto qualificado em concurso material com o delito de lesão corporal de

natureza grave.

Resposta: “c”. Devese, contudo, salientar que a lesão corporal pela qual o agente responde é culposa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 388

11/4/2011 17:24:40

5. (Magistratura/SP — 174º concurso) O agente despoja um motorista de seu carro e bens pessoais. Em seguida, sempre sob ameaça de arma, coloca a vítima no interior do porta-malas do veículo, no qual se afasta, deixando-a, horas depois, em estrada de outro município. O

agente deve responder por:

a) concurso material entre roubo e sequestro.

b) sequestro, que absorve o roubo, por ser este *ante factum* impunível.

c) roubo, que absorve o sequestro, por ser este *post factum* impunível.

d) roubo qualificado (art. 157, § 2º, V, do Código Penal).

Resposta: “a”. O crime de sequestro tem autonomia porque houve privação de liberdade por várias horas, e não mera restrição de liberdade por poucos minutos que caracterizaria a causa de aumento do roubo.

6. (Ministério Público — 79º concurso) O crime de extorsão mediante sequestro, em sua modalidade simples, está consumado quando:

a) ocorre a obtenção da vantagem patrimonial pretendida pelos agentes.

b) a vítima é libertada ou morta após o pagamento do preço do resgate.

c) foi realizado o primeiro contato dos agentes, exigindo a vantagem patrimonial indevida.

d) houver decorrido o prazo de vinte e quatro horas do sequestro.

e) a vítima é sequestrada.

Resposta: “e”. A redação do art. 159 do Código Penal deixa claro que o delito consumase com o sequestro, independentemente de os agentes terem conseguido pedir ou receber o valor do resgate.

7. (Ministério Público/SP — 83º concurso) Mévio, mediante arrombamento de uma janela, ingressa na residência de Remo e subtrai algumas joias. Logo depois, ao se retirar com o produto do crime, é surpreendido por Remo, que o aborda. Mévio, então, para não ser preso, mediante socos e pontapés agride Remo, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, e foge. Entretanto, ao chegar na rua, Mévio é preso por vigilantes noturnos, que para ali se dirigiram alertados pelo barulho e que conseguem recuperar o acervo rapinado. Mévio responderá por:

a) furto simples em concurso com lesões corporais.

b) roubo próprio consumado, pois houve a inversão de posse do bem subtraído.

c) tentativa de roubo próprio, já que não teve a posse tranquila do produto do crime.

d) roubo impróprio consumado, pois este crime, em regra, não admite a tentativa.

e) furto qualificado pelo rompimento de obstáculo em concurso com lesões corporais.

Resposta: “d”. O crime é o de roubo impróprio porque foi empregada violência logo após a subtração. A justificativa para se considerar o crime consumado é o fato de que referido delito se consuma no momento do emprego da violência ou grave ameaça, ainda que o agente não consiga garantir sua impunidade ou a detenção da coisa.

8. (Magistratura/SP — 169º concurso) O agente sequestra um menor, com a intenção de extorquir os pais dele, mas solta-o ante o insucesso de obter o preço do resgate. Assinale a so-lução correta:

a) Crime de sequestro ou cárcere privado.

b) Arrependimento eficaz.

c) Desistência voluntária.

d) Crime consumado de extorsão mediante sequestro.

Resposta: "d". A intenção de extorquir é suficiente para a configuração do crime de extorsão mediante sequestro, que se considera consumado porque a vítima foi efetivamente privada de sua liberdade e, após a consumação do crime, não mais é possível o arrependimento eficaz ou a desistência voluntária.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 389

11/4/2011 17:24:40

9. (Ministério Público/SP — 85º concurso) Em relação ao crime de roubo e suas modalidades, descritas no art. 157 do Código Penal, assinale a alternativa correta: a) o emprego de arma imprópria, como uma tesoura, não qualifica o crime.

b) a prática do crime em concurso com adolescente inimputável não implica reconhecimento da qualificadora do concurso de agentes.

c) se, após a subtração, durante a fuga, atingida por disparo involuntário de um dos agentes, uma das vítimas vem a falecer, apenas o autor do disparo responderá por latrocínio.

d) subtraído o bem sem que a vítima se aperceba, a ameaça proferida em seguida para assegurar a subtração caracteriza o crime.

e) somente se consuma a infração quando o agente se locupleta com a subtração do bem.

Resposta: "d". Todas as demais assertivas contêm afirmações erradas.

10. (Acadepol/SP — 2006) Não constitui causa de aumento de pena no crime de roubo: a) o motivo torpe;

b) o concurso de duas ou mais pessoas;

c) o emprego de arma;

d) a restrição da liberdade da vítima;

e) a subtração de veículo que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Resposta: "a". O motivo torpe não consta do art. 157, § 2º, do Código Penal, enquanto todas as demais alternativas sim.

11. (MP/GO — 2008) O crime de extorsão mediante sequestro definido no art. 159 do Código Penal (sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate) caracteriza-se como:

a) material, instantâneo de efeitos permanentes e multitudinário.

b) formal, permanente e complexo.

c) de mera conduta, complexo e plurissubsistente.

d) material, permanente e comissivo próprio.

Resposta: "b". O crime é formal porque se consuma com o sequestro. É permanente porque sua consumação se prolonga no tempo enquanto a vítima estiver com os sequestradores. É

complexo porque diz respeito a mais de um bem jurídico: à liberdade e ao patrimônio.

12. (Delegado de Polícia/SP — 2003) Quem exige, como garantia de dívida, abusando da si -

tua ção de alguém, documento que possa dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou terceiro, pratica:

a) constrangimento ilegal;

b) extorsão;

c) abuso de incapaz;

d) extorsão indireta.

Resposta: "d". O enunciado enquadrase na descrição típica do crime de extorsão indireta do art. 160 do Código Penal.

13. (Magistratura/SP — 182º concurso) A e B, agindo de comum acordo, apontaram revólveres para C exigindo a entrega de seus bens. Quando B encostou sua arma no corpo de C, este reagiu entrando em luta corporal com A e B, recusando a entrega da "res furtiva". Nesse entrevero, a arma portada por B disparou e o projétil atingiu C, que veio a falecer, seguindo-se a fuga de A e B, todavia, sem levar coisa alguma de C. Esse fato configura a) roubo tentado e lesão corporal seguida de morte.

b) roubo tentado e homicídio consumado.

c) latrocínio.

d) homicídio consumado.

Resposta: "c". É o que diz a Súmula n. 610 do Supremo Tribunal Federal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 390

11/4/2011 17:24:40

III

DA USURPAÇÃO

2.3. DA USURPAÇÃO

Este Capítulo abrange os crimes de alteração de limites, usurpação de águas, es bulho possessório e supressão ou alteração de marca em animais.

2.3.1. Alteração de limites

Art. 161, ***caput*** **—** Suprimir ou deslocar tapume, marco ou qualquer outro sinal in dicativo de linha divisória para apropriarse, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena — detenção, de um a seis meses, e multa.

2.3.1.1. Objetividade jurídica

Visa a lei resguardar a posse e a propriedade dos bens imóveis.

2.3.1.2. Tipo objetivo

Esse tipo penal possui duas condutas típicas alternativas:

a) supressão, ou seja, a total retirada do marco divisório; **b) deslocamento** do marco divisório, afastando-o do local correto, de modo a aumentar a área do agente.

2.3.1.3. Elemento subjetivo

É necessário que o agente tenha intenção de apropriar-se, no todo ou em pa rte, da propriedade alheia, por meio da supressão ou deslocamento do marco divisório.

Caso demonstre, por exemplo, que retirou uma cerca apenas para reformá-la, não haverá o delito.

2.3.1.4. Sujeito ativo

É amplamente dominante o entendimento de que se trata de crime **próprio**, somente podendo ser alterado pelo vizinho do imóvel, quer na zona urbana, quer na rural.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 391

11/4/2011 17:24:40

2.3.1.5. Sujeito passivo

O vizinho, dono ou possuidor do imóvel.

2.3.1.6. Consumação

No exato instante em que o agente suprime ou desloca o marco divisório, ainda que a vítima posteriormente perceba o ocorrido e retome a parte de que foi tolhida.

Trata-se de **formal**.

2.3.1.7. Tentativa

É possível quando o agente é flagrado iniciando a supressão ou deslocamento e é impedido de prosseguir. Se já o fez por completo, conforme já mencionado, o crime está consumado, ainda que a vítima retome posteriormente a parte a que faz jus.

2.3.1.8. Ação penal

Nos termos do art. 161, § 3º, do Código Penal, a ação penal é privada, exceto se para a prática do crime tiver havido emprego de violência ou se a propriedade usurpada for pública.

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal.

2.3.2. Usurpação de águas

Art. 161, § 1º — Na mesma pena incorre quem:

I — desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias.

2.3.2.1. Objetividade jurídica

Visa a lei resguardar as águas públicas ou particulares que passem por determinado local, evitando que o dono do terreno sofra prejuízo caso alguém queira desviar o seu curso ou represá-las, sem autorização para tanto.

2.3.2.2. Tipo objetivo

Águas alheias são aquelas que não pertencem ao agente.

Exigese que sejam águas correntes, cujo curso seja desviado ou represado pelo agente, alterando, portanto, seu fluxo pela propriedade. Quando se trata de água já represada pelo dono (para criação de peixes, para banho etc.), a sua retirada constitui ato de subtração, configurando delito de furto.

2.3.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Pode ser cometido por vizinho ou não. No caso de águas comuns que atravessam condomínios, até o condô02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 392

11/4/2011 17:24:41

mino pode ser autor do crime, desde que, com o desvio, seja prejudicado o uso de algum coproprietário.

2.3.2.4. Sujeito passivo

A pessoa que pode sofrer dano em decorrência do desvio ou represamento (proprietário, possuidor, arrendatário etc.).

2.3.2.5. Consumação

O crime se consuma no instante em que o agente efetua o desvio ou represamento, ainda que não obtenha a vantagem em proveito próprio ou alheio a que o texto legal se refere. Cuida-se, portanto, de crime **formal**, conclusão que é inevitável em decorrência da própria redação do dispositivo.

2.3.2.6. Tentativa

É possível.

2.3.2.7. Ação penal

Nos termos do art. 161, § 3º, do Código Penal, a ação penal é privada, exceto se

para a prática do crime tiver havido emprego de violência ou se a propriedade usurpada for pública.

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal.

2.3.3. Esbulho possessório

Art. 161, § 1º — Na mesma pena incorre quem:

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.

2.3.3.1. Objetividade jurídica

Tutela-se também aqui a posse e a propriedade dos bens imóveis e, ainda, a incolumidade física e a liberdade individual nas hipóteses em que o crime venha a ser cometido com emprego de violência ou grave ameaça.

2.3.3.2. Tipo objetivo

A presente infração penal pressupõe a invasão de propriedade imóvel alheia, edificada ou não, desde que o fato se dê mediante emprego de violência a pessoa ou grave ameaça, ou, ainda, mediante concurso de duas ou mais pessoas. Quanto a esta última hipótese, diverge a doutrina em torno do significado da expressão "concurso 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 393

11/4/2011 17:24:41

de mais de duas pessoas". Heleno Cláudio Fragoso,159 Celso Delmanto160 e Damásio de Jesus161 defendem a necessidade do envolvimento de pelo menos quatro pessoas (autor do crime em concurso com mais de duas), ao passo que Nélson Hungria162

sustenta que a expressão contida no texto legal se contenta com o envolvimento

de apenas três. Parece-nos claro que o texto legal se refere aos envolvidos em sua totalidade, ou seja, exige que haja concurso de mais de duas pessoas para a prática da infração, o que totaliza **três**.

É possível que o agente invada a propriedade alheia sozinho ou em concurso com apenas mais uma pessoa e sem emprego de violência ou grave ameaça. Nesse caso, o fato é atípico. Não obstante, o art. 1.210, § 1º, do Código Civil, permite que o dono retome a posse, desde que o faça imediatamente, por meio do chamado desforço imediato. Se, nesse instante, logo após a invasão pacífica, o invasor empregar violência para se manter na posse quando o legítimo proprietário tentava retomála pelo desforço imediato, haverá a configuração do delito.

2.3.3.3. Elemento subjetivo

O crime só existe se a invasão se dá com o fim específico de esbulho possessório (elemento subjetivo do tipo), ou seja, desde que o agente queira excluir a posse da vítima para passar a exercêla ele próprio.

2.3.3.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto o dono. Trata-se de crime **comum**. O dono que invade imóvel alugado não incorre no tipo penal em análise, que exige expressamente que o bem seja alheio. Dependendo da hipótese, poderá incorrer em crime de violação de domicílio (art. 150) ou retirada de coisa própria do poder de terceiro (art. 346 do CP).

2.3.3.5. Sujeito passivo

O dono ou possuidor do imóvel invadido.

2.3.3.6. Consumação

No momento da invasão.

2.3.3.7. Tentativa

É possível quando a invasão não se aperfeiçoa por conta da oposição apresentada pelo dono, possuidor ou por terceiro.

159 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 328.

160 Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 323.

161 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 390.

162 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 93.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 394

11/4/2011 17:24:41

2.3.3.8. Distinção

Se o imóvel invadido ou ocupado é terreno ou unidade residencial, construída ou em construção, pelo Sistema Financeiro de Habitação, existe crime específico previsto no art. 9º da Lei n. 5.741/71, que tem pena maior — detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Por sua vez, comete o crime do art. 20, da Lei n. 4.947/66, quem invade, a fim de ocupá-las, terras da União, Estados ou Municípios, ainda que destinados à reforma agrária. A pena, nesse caso, é de detenção, de seis meses a três anos.

2.3.3.9. Concurso

Se o agente comete o esbulho com emprego de violência, responde também pelas lesões corporais causadas, ainda que leves, nos termos do art. 161, § 2º, do Código Penal. O texto legal deixa claro que as penas serão somadas.

Os doutrinadores costumam dizer que esse dispositivo também se aplica aos crimes de alteração de limites e usurpação de águas quando cometidos com emprego de violência. Ressaltese, contudo, que, como esses dois crimes não contêm a violência dentre suas elementares, sequer é necessária regra expressa para a hipótese de provocação de lesão, sendo óbvio que esta não ficaria absorvida.

2.3.3.10. Ação penal

Nos termos do art. 161, § 3º, do Código Penal, a ação penal é privada, exceto se para a prática do crime tiver havido emprego de violência ou se a propriedade usurpada for pública.

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal.

2.3.4. Supressão ou alteração de marca em animais

Art. 162. Suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebalho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade:

Pena — detenção, de seis meses a três anos, e multa.

2.3.4.1. Objetividade jurídica

Tutela-se aqui a propriedade e a posse dos animais semoventes.

Premissa do crime em análise é que não tenha havido prévio furto ou apropria

ção indébita dos animais, pois, nesses casos, o agente só será punido pela conduta anterior, sendo a supressão ou alteração da marca um *post factum* impunível. A própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 58, salienta que "*não se confunde esta modalidade de usurpação com o abigeto, isto é, o furto de animais: o agente limita-se a empregar um meio fraudulento (supressão ou* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 395

11/4/2011 17:24:41

alteração de marca ou sinal) para irrogar-se a propriedade dos animais. Se esse meio fraudulento é usado para dissimular o anterior furto de animais, já não se tratará de usurpação: o crime continuará com seu nomen juris, isto é, furto".

2.3.4.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em apagar ou modificar o sinal indicativo de propriedade em gado ou rebanho alheios. Quando a lei se refere a **gado**, está protegendo a propriedade de animais de **grande** porte, como bois ou cavalos, e quando se refere a **rebanho**, o faz em relação a animais de porte **menor**, como porcos, ovelhas, cabras etc.

A infração penal apenas existe quando a conduta se dá **indevidamente** (elemento normativo do tipo), sendo óbvio que, quem compra legalmente o animal, pode remarcálo sem incorrer no ilícito penal.

Por ausência de previsão legal, marcar animal alheio desmarcado não constitui crime. Trata-se aqui de evidente falha da legislação.

Marcas são feitas por ferro em brasa ou elementos químicos no couro do animal. Em geral, são letras ou figuras. **Sinais**, em geral, são brincos colocados nas ore lhas ou no focinho do animal com formato característico.

2.3.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive quem possui animal que pertence a terceiro.

2.3.4.4. Sujeito passivo

O dono do animal.

2.3.4.5. Consumação

Ocorre com a simples supressão ou alteração da marca ou sinal, ainda que se dê apenas em relação a um animal.

2.3.4.6. Tentativa

É possível, quando o agente não consegue concretizar a remarcação iniciada, pela repentina chegada de alguém ao local, ou até mesmo quando concretiza a remarcação, porém, a faz de tal forma que continua sendo possível identificar a marca do verdadeiro dono.

2.3.4.7. Ação penal

Pública incondicionada. Como a pena mínima não supera um ano, admite a suspensão condicional do processo, desde que o acusado preencha os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 396

11/4/2011 17:24:41

IV

DO DANO

2.4. DO DANO

Neste Capítulo estão previstos os crimes de dano propriamente ditos e o de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia.

2.4.1. Dano simples

Art. 163, *caput* — Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa.

2.4.1.1. Objetividade jurídica

O dispositivo tutela a propriedade e a posse das coisas móveis e imóveis.

2.4.1.2. Tipo objetivo

O tipo penal do crime de dano elenca três condutas típicas:

a) Destruir: é a mais grave das condutas em relação ao objeto material, pois este deixa de existir em sua individualidade, é extinto, eliminado. Exs.: derrubar uma casa, transformando-a em um amontoado de escombros; queimar livros; matar um animal pertencente a outra pessoa etc.

b) Inutilizar: nesta modalidade o bem continua existindo, porém, sem poder ser utilizado para finalidade a que se destina. Exs.: quebrar os ponteiros de um relógio, as hélices de um ventilador ou o motor de um carro etc. É evi dente que esses bens podem ser consertados, mas, no momento do crime, foram inutilizados pelo agente. É o que basta.

c) Deteriorar: o bem continua existindo e apto para suas funções, contudo, com algum estrago parcial. Exs.: quebrar os vidros de um carro ou de uma ca sa, amassar ou riscar a lataria de um veículo etc.

A conduta de pichar, grafitar ou, por qualquer outro meio, conspurcar edificação ou monumento **urbano**, constitui crime contra o meio ambiente, descrito no art. 65, *caput*, da Lei n. 9.605/98, cuja pena é de detenção de três meses a um ano, e multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 397

11/4/2011 17:24:41

Se o local pichado for imóvel rural, o que é muito raro, haverá crime de dano (deterioração de coisa alheia). Por fim, se a pichação recair sobre monumento ou coisa tombada, em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, teremos crime ambiental qualificado, previsto no art. 65, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98, cuja pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.

A doutrina salienta que, por falta de previsão legal, a conduta de dar sumiço, fazer desaparecer coisa alheia, sem danificá-la, não constitui crime de dano. Exs.: soltar um animal que tem dono, jogar um anel em um lago etc. É evidente, porém, que caracteriza ilícito civil.

O **consentimento** da vítima para a prática do dano exclui o delito, na medida em que se trata de bem disponível, desde que a vítima seja pessoa capaz (maior de idade e no gozo das faculdades mentais).

• Objeto material

Pode ser coisa móvel ou imóvel, desde que tenha dono. A *res nullius* (coisa que nunca teve dono) e a *res derelicta* (coisa abandonada) não podem ser objeto de crime da dano, pois não podem ser tidas como coisa alheia. Quem as danifica não comete ilícito penal. Já a coisa perdida (*res desperdicta*) tem dono, e quem dolosamente a danifica ao encontrá-la comete crime de dano.

2.4.1.3. Elemento subjetivo

É o dolo, direto ou eventual. **Não** existe previsão legal de crime de dano **culposo**, que constitui apenas ilícito civil.

Existe forte divergência em torno da necessidade de uma especial finalidade por parte de quem dolosamente danifica coisa alheia consubstanciada na intenção específica de causar prejuízo à vítima (*animus nocendi*): **a)** Nélson Hungria163 sustenta que é necessário o *animus nocendi* e explica dizendo que não há crime na conduta de uma pessoa que, para pregar uma pe ça, corta os fios da campainha da casa de um amigo.

b) Damásio de Jesus164 e Magalhães Noronha165 defendem que não se mostra exigível tal fim específico, simplesmente porque o tipo penal não o menciona.

Para tais autores, basta que o agente tenha ciência de que sua conduta causará prejuízo e, mesmo assim, a realize.

Entendemos correta a última posição, já que o tipo penal, efetivamente, não exige qualquer intenção específica por parte do agente. Ademais, no exemplo de Nélson Hungria, a conduta não é considerada crime em razão do princípio da insignificância 163 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 108.

164 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 396 e 400.

165 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 309.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 398

11/4/2011 17:24:41

— cortar um fio elétrico — cuja reposição custa apenas alguns centavos. Difícil seria sustentar e concordar com a atipicidade da conduta de pessoa que, para pregar uma peça, colocasse fogo no automóvel de um amigo. Essa discussão tem contornos mais concretos quando se estuda o dano qualificado, na hipótese em

que preso danifica a cela para fugir, pois em relação a esse tema existem inúmeros julgados, inclusive de tribunais superiores.

No crime de dano, ao contrário do que ocorre com os crimes contra o patrimônio em geral, não se exige intenção de locupletamento ilícito por parte do agente, basta que ele danifique a coisa alheia, causando, com isso, prejuízo à vítima. Assim, se em razão de um desentendimento, um vizinho quebra a janela do outro, ou, se por inveja, o agente risca um carro novo estacionado na rua, configura-se o delito.

Para que exista o crime, ademais, é necessário que o dano seja um fim em si mesmo e não meio para a prática de outro crime, pois, nesse caso, ficará absorvido.

É o que ocorre, por exemplo, quando alguém danifica a porta de uma casa para nela adentrar e subtrair pertences, hipótese em que o agente responde apenas por crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.

2.4.1.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto o dono do bem danificado. Trata-se de crime **comum**.

Em se tratando de dano cometido por condômino, haverá crime apenas se o bem for infungível, ou, se for fungível o valor do dano deverá exceder o montante da quotaparte do agente. Assim, se duas pessoas compraram juntas um quadro valioso (bem infungível) e uma delas danifica intencionalmente metade da obra, está configurado o crime. Por outro lado, se elas compraram em conjunto 5.000 quilos de café (bem fungível) e uma delas danifica metade, não há crime por não ter havido prejuízo financeiro ao outro, que mantém seu direito sobre o restante do café não atingido.

Quem destrói ou danifica coisa própria que se encontra em poder de terceiro em razão de contrato (aluguel, por exemplo) ou determinação judicial (busca e apreensão, por exemplo) comete o crime do art. 346 do Código Penal — espécie de exercício arbitrário das próprias razões.

2.4.1.5. Sujeito passivo

O proprietário do bem danificado e, eventualmente, o possuidor que sofra prejuí-

zo econômico em consequência do dano.

2.4.1.6. Consumação

No momento em que o bem é danificado no todo ou em parte. Se o agente queria destruir um objeto alheio, mas conseguiu apenas deteriorálo, existe o crime consumado, porque o ato de deteriorar já é suficiente para tipificar a infração, conforme já estudado.

Por se tratar de delito que deixa vestígio, exigese perícia para comprovar a materialidade.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 399

11/4/2011 17:24:41

2.4.1.7. Tentativa

É possível. Ex.: agente coloca uma bomba caseira para destruir o vaso sanitário de uma escola e esta não detona por falha na produção do explosivo.

2.4.1.8. Princípio da insignificância

Tem-se admitido o reconhecimento de tal princípio, que leva à atipicidade da conduta, quando o valor do bem danificado é irrisório, ínfimo, pois, em tal caso, não se justifica a movimentação da máquina judiciária com os custos a ela inerentes.

2.4.1.9. Reparação do prejuízo

O crime de dano simples apura-se mediante ação privada e enquadra-se no conceito de infração de menor potencial ofensivo. Assim, caso haja composição civil quanto aos prejuízos, homologada pelo juiz na audiência preliminar do Juizado Especial Criminal, haverá renúncia ao direito de queixa, o que gera automaticamente a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95.

2.4.1.10. Distinção

Existem outros crimes no Código Penal que também se configuram com a provocação de dano: a) quem danifica sepultura, incorre em crime de violação de sepultura (art. 210 do CP); b) quem danifica documento público ou particular, em benefício próprio ou alheio ou em prejuízo de terceiro, comete o crime de supressão de documento (art. 305 do CP).

2.4.1.11.CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime simples e

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime material e

Crime doloso

de dano quanto

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo quanto

quanto ao

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo quanto

ao momento

elemento

jurídica

ativo

aos meios de

consumativo

subjetivo

execução

2.4.1.12. Dano qualificado

Nos quatro incisos do parágrafo único do art. 163 do Código Penal, estão elencadas cinco qualificadoras do crime de dano. Em tais hipóteses, a pena é de seis meses a três anos de detenção, e multa, não configurando, portanto, infração de menor potencial ofensivo. A competência, assim, não é do Juizado Especial Criminal, e a reparação do prejuízo não extingue a punibilidade. Considerando, porém, que a pena mínima é de seis meses, possível a suspensão condicional do processo, desde que o réu preencha os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 400

11/4/2011 17:24:41

2.4.1.12.1. Emprego de violência ou grave ameaça

Art. 163, parágrafo único — Se o crime é cometido:

I — com violência à pessoa ou grave ameaça.

(...)

Pena — detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

A qualificadora em análise só tem aplicação quando a violência contra pessoa ou

a grave ameaça forem empregadas como meio para o agente conseguir danificar o bem alheio. Por isso, se o sujeito já praticou o dano e, posteriormente, ao ser questionado pela vítima, vem a agredi-la e causar-lhe lesões, responde por dano simples em concurso material com lesões corporais. Nesse sentido: "A *violência à pessoa que qualifica o crime de dano é aquela empregada pelo agente como meio para assegurar a execução do delito e praticada antes ou durante tal execução. Se já consumado o dano sem violência à pessoa, seguindo-se esta àquele, configura-se o crime de dano simples em concurso com o de lesão corporal*" (Tacrim-SP — Rel.

Arnaldo Malheiros — *Jutacrim* 44/127).

Veja-se, ainda, que o próprio texto legal ressalva que, se a violência for meio pa ra o dano, restará configurado o crime qualificado e, caso a vítima sofra lesão, ainda que leve, o agente responderá também por esse crime. Nesse caso, as penas serão somadas porque a lei manda aplicar a pena do dano qualificado, *além* da pena correspondente à violência.

A violência a que o texto legal se refere como qualificadora do dano é aquela empregada contra pessoa, posto que emprego de violência contra a coisa está implícita em todo crime de dano. Para o reconhecimento da qualificadora, é indiferente que a violência ou grave ameaça tenham sido empregadas contra o próprio dono do bem danificado ou contra terceiro. Ex.: João quer danificar o veículo de Paulo que se encontra em um estacionamento particular. O manobrista procurar impedir o crime, mas é agredido por João que, em seguida, concretiza o delito.

2.4.1.12.2. Emprego de substância explosiva ou inflamável

Art. 163, parágrafo único — Se o crime é cometido:

II — com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave.

A figura em análise é expressamente subsidiária, ficando absorvida sempre que o fato constituir crime mais grave, como homicídio qualificado pelo emprego de fogo ou explosivo (art. 121, § 2º, II, do CP), incêndio (art. 250 do CP) ou explosão (art. 251). Assim, se o agente, a fim de matar a vítima, coloca uma bomba em seu carro, provocando a destruição do veículo e a morte dela, responde apenas pelo homicídio qualificado. O crime de dano desaparece em sua

integralidade e não apenas 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 401

11/4/2011 17:24:41

a qualificadora. A regra aplica-se ainda que o veículo pertença a terceiro, já que a lei não faz distinção.

Se alguém atira gasolina em um carro e nele ateia fogo, comete crime de dano qualificado. Se põe fogo em um posto de gasolina, causando enormes chamas, pratica o crime de incêndio. A diferença é que o fogo de grandes proporções, em local habitado, coloca em risco grande número de pessoas, o que não acontece quando o agente coloca fogo em um carro que está em local afastado. O crime de incêndio é delito de perigo comum, enquanto o dano é apenas crime contra o patrimônio.

2.4.1.12.3. Dano em patrimônio público e outros entes

Art. 163, parágrafo único — Se o crime é cometido:

III — contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista.

Apesar de o dispositivo em análise não mencionar expressamente o Distrito Federal, é evidente que este também está abrangido pelo dano qualificado. Não se trata de analogia *in malan partem*, e sim de respeito à Constituição Federal, que prevê tratamento isonômico entre os Estados e o Distrito Federal.

A finalidade do dispositivo é conferir especial proteção aos bens públicos — e de outros entes que prestam serviços públicos ou cujas ações são majoritariamente públicas —, que estão mais expostos à ação de vândalos, pois, conforme se pode confe rir com facilidade, são inúmeros os casos de danos em telefones públicos, em luzes de postes, em placas de estradas, em ônibus, metrôs ou trens, em estádios municipais ou estaduais, em bancos de praças, em janelas de órgãos públicos ou escolas públicas etc.

Apesar de a lei só estender expressamente a figura qualificada a danos provocados em concessionárias de serviços públicos e sociedades de economia mista, considera-se também qualificado o crime quando atinge autarquias, na medida em que integram o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. A maioria dos autores, por sua vez, entende que apenas a autarquia estaria abrangida, não sendo qualificado o crime se atingido patrimônio de empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. É o entendimento de Rogério Greco166 e Cezar Roberto Bitencourt.167

Se o bem é particular em sua integralidade e está apenas locado à União, Estado ou Município, não incide a qualificadora, já que o texto legal exige que seja atingido o **patrimônio** de um desses entes públicos.

A subtração de telefone público caracteriza crime de furto, e não dano.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência a existência de dano qualificado na hipótese de preso que danifica a cela ou outra parte da penitenciária ou cadeia pública 166 Rogério Greco, *Código Penal comentado*, p. 427.

167 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 204.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 402

11/4/2011 17:24:42

a fim de fugir. Conforme estudado anteriormente, para os que defendem que só há crime de dano quando o agente tem a específica intenção de causar prejuízo à vítima (*animus nocendi*), o preso não comete crime algum, pois sua intenção não é causar prejuízo, e sim voltar à liberdade. Por outro lado, para os que argumentam que o tipo penal não exige qualquer fim específico, bastando que o agente tenha ciência de que causará o prejuízo, o preso comete delito de dano qualificado. Esta última é a interpretação que entendemos correta.

O Supremo Tribunal assim já decidiu: "*Crime de dano. Preso que danifica cela para fugir. Exigência apenas do dolo genérico. CP, art. 163, parágrafo único, III.*

I — Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a cela do estabelecimento prisional em que está recolhido" (STF — HC 73.189/MS — Rel.

Ministro Carlos Velloso — 2ª Turma — *DJ* 29.03.1996, p. 9.346).

Existem, entretanto, inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, entendendo que não há crime: "*1. Para a configuração do crime de dano, imprescindível o animus nocendi, ou seja, o dolo específico de causar prejuízo ao dono da coisa. 2. In casu, conforme se depreende da denúncia, os pacientes destruíram parte da cela em que se encontravam presos, com o intuito deliberado de alcançar a liberdade. Seu objetivo primordial não era destruir o patrimônio para prejudicar o Estado*" (STJ — HC 48.284/MS — Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa

— 6ª Turma — *DJ* 13.03.2006, p. 383); "*Penal. Recurso Especial. Dano. Fuga de preso. I — 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 pessoa (art. 352 do CP). II — A evasão, com ou sem danos materiais, ganha relevância, basicamente, em sede de execução da pena*" (STJ — Resp. 867.353/PR — Rel. Ministro Félix Fischer — 5ª Turma — *DJ* 27.08.2007, p. 286). Ainda nesse sentido, podemos apontar os seguintes julgados do STJ: HC 90.840/MS; HC 25.658/SP; HC 24.108/DF; HC 20.518/SP; Resp. 661.904/RS; Resp. 234.853/MG; Resp. 493.148/SP).

2.4.1.12.4. Motivo egoístico ou prejuízo considerável à vítima

Art. 163, parágrafo único, IV — Se o crime é cometido:

IV — por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima.

Existem, em verdade, duas qualificadoras nesse inciso.

A primeira refere-se ao motivo egoístico, isto é, ao dano praticado por quem, com ele, visa conseguir algum benefício de ordem econômica ou moral.

A segunda tem como fundamento o fato de o agente ter causado um prejuízo patrimonial elevado ao sujeito passivo. O juiz, portanto, deve confrontar o montante do prejuízo com o patrimônio da vítima e só reconhecer a

qualificadora quando veri ficar que o prejuízo é efetivamente expressivo e que o agente queria mesmo provocálo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 403

11/4/2011 17:24:42

2.4.1.13. Ação penal

Art. 167. Nos casos do art. 163, do inc. IV do seu parágrafo e do art. 164, somente se procede mediante queixa.

Esse dispositivo contém duas regras:

a) Em se tratando de dano **simples**, de dano **qualificado pelo motivo e goístico ou pelo prejuízo considerável à vítima** (inc. IV), a ação penal é **privada**.

b) Em se tratando de dano qualificado pelo **emprego de violência contra pes -**

soa ou grave ameaça, substância explosiva ou inflamável ou contra bens públicos, concessionárias de serviços públicos ou sociedades de econo mia mista, a ação é **pública incondicionada**.

Ação penal

Privada

Pública

incondicionada

Dano

qualificado pelo

Todas as

Dano simples

motivo egoístico

demais formas

ou pelo prejuízo

de dano

considerável

qualificado

• Desclassificação

Considerando que o tipo simples do crime de dano é de ação privada e que algumas figuras qualificadas são de ação pública incondicionada, caso o réu tenha sido denunciado por uma dessas formas qualificadas e o juiz, na sentença, entenda que houve o dano, mas que não está demonstrada a qualificadora, não poderá condenar o réu pela figura simples. Em tal caso, após declarar a inexistência da qualificadora, deverá decretar a nulidade da ação penal, desde o seu princípio, por ilegitimidade de parte, já que a ação foi proposta pelo Ministério Público, quando o correto teria sido a vítima intentar queixa-crime (arts. 395, II, e 564, II, do CPP). A vítima, então, poderá propor novamente a ação se ainda não decorrido o prazo decadencial de seis meses. A 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 404

propósito: "*Operada a desclassificação de dano qualificado (art. 163, pará grafo úni-co, I, do CP) para o de dano simples (art. 163, caput) o processo torna-se nulo ab initio porque a ação penal, que era pública, passa a ser privada e, assim, o MP perde sua titularidade*" (Tacrim-SP — Rel. Rubens Gonçalves — *Jutacrim* 91/344).

2.4.2. 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 quinze dias a seis meses, e multa.

2.4.2.1. Objetividade jurídica

A finalidade do dispositivo é proteger a propriedade e a posse de imóveis rurais e urbanos de danos que possam ser causados por animais.

2.4.2.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são introduzir ou deixar animais em propriedade alheia. A primeira delas é comissiva, exigindo que o agente coloque o animal na propriedade de outrem. A segunda é omissiva, em que o sujeito não retira o animal que, por si só, entrou em terras alheias, quando estava ciente disso e poderia ter efetuado a retirada.

O imóvel em questão pode ser urbano ou rural.

A configuração do delito exige, ainda que não haja consentimento da vítima (elemento **normativo**), requisito este que sequer precisaria constar do texto legal por ser óbvia a inexistência de crime se presente o consentimento, já que o patrimônio é bem disponível.

A doutrina, de forma quase unânime, sustenta que, embora a lei mencione a palavra "animais", no plural, entende-se que ela foi usada como gênero,

bastando a introdução de um único animal na propriedade alheia para a configuração do delito, desde que esse animal solitário tenha causado alguma espécie de dano no local, já que a ocorrência de prejuízo é elementar do crime em estudo. Celso Delmanto168 discorda da opinião geral, alegando que um único animal não é capaz de causar danos expressivos.

A melhor solução, entretanto, é deixar a análise para o caso concreto. Com efeito, como o tipo penal exige a provocação de prejuízo em decorrência da conduta do animal, haverá crime, quer a introdução seja de um animal quer seja de vários, exceto se o prejuízo causado por aquele ou aqueles for irrisório (muito pequeno), hipótese em que o fato será considerado atípico em razão do princípio da insignificância.

2.4.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, proprietário ou não do animal. Evidente, contudo, que o dono do imóvel não pode ser sujeito ativo. É possível que o imóvel esteja arrendado 168 Celso Delmanto, *Código Penal comentado,* p. 328.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 405

11/4/2011 17:24:42

e o dono faça entrar animais em sua propriedade, provocando danos nas culturas plantadas pelo possuidor. Não será possível o enquadramento no art. 164, cujo tipo penal expressamente exige a introdução em **propriedade alheia**. É perfeitamente viável, nesse caso, o enquadramento como crime de dano (art. 163), já que a plantação destruí da ou inutilizada, nesse exemplo, constitui coisa alheia em relação ao dono do imóvel.

2.4.2.4. Sujeito passivo

O proprietário ou possuidor do imóvel.

2.4.2.5. Elemento subjetivo

É o dolo de introduzir ou deixar animal em propriedade alheia. De acordo com Heleno Cláudio Fragoso,169 "*não deve haver o propósito de causar dano (pois, neste caso, o crime seria o do art. 163)*". Damásio de Jesus,170 no mesmo sentido, argumenta que "*é necessário que o dolo do sujeito, na hipótese que estamos cuidando, não abranja o prejuízo. Se isso ocorre, há desclassificação do fato para o crime de dano comum*". Embora Damásio mencione a palavra desclassificação, o crime de da-no possui pena maior.

Pois bem, com base em tudo o que foi dito, pode-se concluir que o crime em estudo tem a estrutura similar a de um delito preterdoloso (expressão normalmente usada para crimes qualificados pelo resultado). Com efeito, exige-se dolo em relação à conduta — introduzir ou deixar animais em propriedade alheia — e culpa em rela

ção ao prejuízo disso decorrente (resultado).

O crime não admite modalidade culposa. Se o ingresso do animal ocorrer por falta de cuidado do dono, haverá ilícito civil.

Por fim, existe consenso no sentido de que há crime de furto quando o agente introduz o animal em propriedade alheia para que ali se alimente das pastagens ou plantações. Haverá o crime do art. 164, entretanto, se os animais pisarem na planta

ção e a estragarem, se derrubarem cercas etc.

2.4.2.6. Consumação

De acordo com o texto legal, a consumação só ocorre no instante em que o animal provoca dano na propriedade alheia. Trata-se, assim, de crime **material**, em que não basta a conduta de introduzir ou deixar o animal em imóvel alheio, exigindo-se que, em decorrência disso, sobrevenha prejuízo à vítima.

2.4.2.7. Tentativa

Como a lei exige a superveniência do resultado como elementar do crime, entende-se que a tentativa não é possível, na medida em que o agente, conforme já estudado, 169 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, v. I, p. 3.460.

170 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 404.

não tem intenção específica de provocar tal prejuízo. Assim, se ocorre o resultado, o crime está consumado. Se não ocorre, o fato é atípico, ainda que os animais tenham efetivamente ingressado no imóvel alheio.

2.4.2.8. Reparação do prejuízo

Considerando que se trata de crime de ação privada e enquadra-se no conceito de infração de menor potencial ofensivo, caso haja composição civil quanto aos prejuízos, homologada pelo juiz na audiência preliminar do Juizado Especial Criminal, haverá renúncia ao direito de queixa, o que gera automaticamente a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95.

2.4.2.9. Ação penal

Nos termos do art. 167 do Código Penal, a ação penal é privada.

2.4.3. 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 seis meses a dois anos, e multa.

Esse crime foi revogado pelo art. 62, I, da Lei n. 9.605/98, que pune com reclusão, de um a três anos, e multa, a pessoa que destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido por lei, **ato administrativo** ou decisão judicial.

2.4.4. Alteração de local especialmente protegido

Art. 166. Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Revogado pelo art. 63 da Lei n. 9.605/98, que assim dispõe: "*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*". A pena é de reclusão, de um a três anos, e multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 407

11/4/2011 17:24:42

V

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

2.5. DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Neste Capítulo estão previstos os crimes de apropriação indébita, apropriação indébita previdenciária, apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, apropriação de tesouro e apropriação de coisa achada.

2.5.1. Apropriação indébita

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção: Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

2.5.1.1. Objetividade jurídica

O dispositivo tutela o patrimônio e eventualmente a posse. Conforme se nota pelo tipo penal, o possuidor ou detentor atual é o autor do crime. É possível, entretanto, que o bem, antes de ser entregue ao agente, estivesse na legítima posse de outra pessoa, hipótese em que esta também será vítima. Ex.: em um mútuo pignoratício em que o credor está na posse de um relógio de ouro do devedor e, por precaução, o entrega a um amigo para que o guarde em um cofre, porém, este último se apodera do bem. Em tal caso, tanto o devedor (dono do relógio) como o credor que perdeu a garantia (possuidor) foram atingidos pelo delito.

2.5.1.2. Tipo objetivo

A apropriação indébita é um crime normalmente marcado pela quebra de confiança (embora não seja requisito do delito), uma vez que a vítima espontaneamente entrega um bem ao agente e autoriza que ele deixe o local em seu poder, e este, depois de estar na posse ou detenção, inverte seu ânimo em relação ao objeto, passando a se comportar como dono. Em outras palavras, a vítima entrega uma posse ou detenção transitórias ao agente, e ele não mais restitui o bem.

O Código Civil distingue possuidor e detentor. De acordo com o art. 1.196, possuidor é quem tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Já o art. 1.198 considera detentor aquele que, achando-se em relação 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 408

11/4/2011 17:24:42

de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Apesar de na lei civil esses institutos terem consequências distintas, no âmbito penal, a respeito do crime de apropriação indébita, a diferenciação não se mostra tão relevante, já que esse crime se mostra presente em qualquer das duas hipóteses.

Podemos elencar quatro requisitos para a configuração do crime de apropriação indébita: a) que a própria vítima entregue o bem ao agente de forma livre, espontânea e consciente; b) que a posse ou detenção recebidas sejam desvigiadas; c) que o agente esteja de boa-fé no momento da tradição; d) que o agente inverta o ânimo em relação ao objeto que já está em seu poder.

Entrega do bem pela vítima

Existem vários delitos no Código Penal em que a própria vítima entrega o bem ao agente, tal como ocorre no estelionato, na apropriação de coisa havida por erro, na extorsão e, eventualmente, até no roubo. Em todos esses crimes, o tipo penal esclarece as circunstâncias em que deve ocorrer a entrega (mediante fraude no estelionato, em razão de erro espontâneo na apropriação de coisa havida por

erro, em decorrência de violência ou grave ameaça na extorsão e no roubo). Assim, como no tipo penal da apropriação indébita não há esclarecimento expresso em torno da forma como se deve dar a entrega do bem ao agente, foi preciso analisar os demais tipos penais em que isso ocorre e, por exclusão, concluir que, na apropriação indébita, a entrega deve se dar de **forma livre**, **espontânea** e **consciente**.

A entrega é **livre** e **espontânea** porque a vítima não pode ter sido coagida, pois, se o fosse, o crime seria o de roubo ou extorsão. Deve ser **consciente** porque a vítima não pode estar em erro, pois, se estiver, o crime será o de estelionato ou de apropria

ção de coisa havida por erro.

Em suma, na apropriação indébita a vítima entrega o bem porque quer, à pessoa certa e no montante correto. Não há medo de sua parte e nenhum tipo de engano.

Por isso é que se diz que na apropriação indébita o agente recebe uma posse ou detenção lícita. Ao entrar na posse ou detenção ele não está cometendo nenhum crime, o que só ocorrerá posteriormente quando resolver tornar sua a coisa alheia.

Posse ou detenção desvigiadas

É também por exclusão que se conclui que na apropriação indébita a posse ou detenção necessariamente são desvigiadas, posto que, como já estudado, se forem vigiadas e o agente tiver que tirar o bem do local sem autorização, o crime será o de furto.

É importante ressaltar que, para se considerar desvigiada a posse, basta que a vítima entregue o bem ao agente e autorize que ele deixe o local em seu poder. É o que ocorre quando um amigo empresta o carro para o outro fazer uma viagem.

Embora a vítima saiba perfeitamente a quem emprestou o veículo, a posse é considerada desvigiada simplesmente porque quem emprestou o automóvel autorizou o 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 409

11/4/2011 17:24:42

outro a deixar o local em seu poder. Caso não haja restituição e se prove o dolo do agente, haverá crime de apropriação indébita.

Boa-fé do agente ao receber o bem

A doutrina é unânime em asseverar que, se o agente já recebe o bem de má-fé, isto é, com intenção de dele se locupletar, o crime é o de **estelionato**, que é mais grave. Por isso, ainda por exclusão, se conclui que, na apropriação indébita, o agente recebe o bem de boa-fé, ou seja, com intenção de devolvê-lo à vítima ou dar-lhe a correta destinação de acordo com a orientação recebida (entregá-lo a terceiro, efe tuar pagamento etc.).

O **silêncio**, conforme será melhor estudado adiante, é uma das formas de execu

ção de estelionato. Assim, se a vítima resolve entregar a posse de um objeto ao agente e ele já sabe que não irá devolvêlo, entendese que ele manteve a vítima em erro com o silêncio e, por isso, responde por estelionato.

É por isso que se diz que a principal diferença entre esses crimes é que na **apropriação indébita o dolo é posterior** ao recebimento do bem, enquanto no estelionato esse dolo é necessariamente anterior, na medida em que o agente teve que empregar fraude para induzir ou manter a vítima em erro para que a entrega se concretizasse.

Se, em um caso concreto, houver dúvida em torno da boa ou má-fé do agente no momento do recebimento do bem, deverá ele ser condenado por apropriação indébita. Primeiro, porque a boa-fé é presumida, ao passo que a má-fé deve ser provada e, no exemplo em análise, não existe tal prova. Segundo, porque a apropriação indébita tem pena um pouco menor — *in dubio pro reo*.

Inversão de ânimo

Este, em verdade, é o momento em que se configura o ilícito penal, pois desaparece a boa-fé por parte do agente e surge a má-fé, o dolo de se tornar dono daquilo de que é mero possuidor ou detentor.

A inversão de ânimo pode se manifestar de duas formas:

1) Pela prática **de ato de disposição** que somente poderia ser efetuado pelo proprietário (venda, locação, doação etc.). Essa modalidade é chamada de **“apropria-**

ção propriamente dita” .

Diferencia-se do crime de disposição de coisa alheia como própria (art. 171, § 2º, do CP), em que o agente “vende, permuta, dá em locação ou garantia coisa alheia como própria”, porque: a) na apropriação indébita a coisa necessariamente é móvel, enquanto no outro crime ela pode ser móvel ou imóvel; b) quando o objeto material for bem móvel, estará configurada a apropriação indébita se o agente tinha a prévia posse ou detenção do bem, e o delito de disposição de coisa alheia como própria se não as tinha. Assim, configura-se este último crime se a vítima vê um cavalo amarrado em uma árvore e supõe que o animal pertence a uma pessoa que está perto e a ela se dirige e faz uma proposta de compra. O agente, que não estava em poder do cavalo, percebe a possibilidade de se locupletar ilicitamente e vende o animal, que é desamarrado e entregue ao comprador.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 410

11/4/2011 17:24:42

2) Pela **recusa** na devolução do bem à vítima ou de entrega ao destinatário a quem o bem fora direcionado. Essa figura de apropriação indébita é conhecida co-mo **“negativa de restituição”** . Nessa forma de crime, o agente às vezes declara expressamente que não irá devolver o bem; contudo, isso não é necessário, pois é comum que o possuidor ou detentor desapareça e não seja mais localizado, hipótese em que o dolo de se apropriar do bem resta claro por seu comportamento e pelo tempo decorrido.

Existem, portanto, duas modalidades do crime em estudo: apropriação propriamente dita e negativa de restituição. Tal distinção tem por fundamento, basicamente, o fato de o agente ter se desfeito do bem no momento do crime ou ter permanecido com ele.

Modalidades de

apropriação indébita

Negativa de restituição

Apropriação propriamente dita

2.5.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa que tenha a posse ou detenção lícita de uma coisa alheia. Entendemos, como a maioria da doutrina, que se trata de crime comum, pois o requisito de ter a posse ou detenção não é uma qualidade ou peculiaridade do sujeito e sim uma relação jurídica transitória entre ele e a coisa. Rogério Greco,171

contudo, entende tratarse de crime próprio.

Como não existe figura similiar à do furto de coisa comum (art. 156), o condômino, coherdeiro ou sócio que tenha a posse integral do bem pode cometer apropriação indébita, caso se trate de bem infungível, ou, se fungível, caso se apodere de montante superior ao de sua quotaparte.

2.5.1.4. Sujeito passivo

Quem sofre o prejuízo. Normalmente é o proprietário, mas também podem sê-lo o possuidor, o usufrutuário etc.

Ressaltese que, atualmente, quem apropriarse de bens, proventos, pensão ou outro rendimento de pessoa idosa, incorre no crime especial previsto no art. 102 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

171 Rogério Greco, *Curso de direito penal*, Parte especial, v. III, p. 203.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 411

11/4/2011 17:24:42

2.5.1.5. Consumação e tentativa

Embora costume-se dizer, genericamente, que a apropriação indébita se consuma no momento da inversão do ânimo, esse instante é extremamente inexato por se tratar de aspecto puramente subjetivo. É possível que uma pessoa que esteja na posse de um bem alheio conclua que não irá devolvêlo e, alguns segundos depois, mude de ideia, sem que ninguém tenha ficado sabendo disso. Não há como falar em crime seguido de arrependimento posterior nesse caso. Assim, na prática pode-se dizer que o delito se consuma no momento em que o agente, de alguma maneira, exterioriza, dá sinais inequívocos de que passou a se comportar como dono. Na apropriação propriamente dita, isso ocorre com a prática do ato de disposição. Como se trata de uma ação, a tentativa é possível quando, por exemplo, a venda não se concretiza. Na negativa de restituição, a consumação se dá quando o agente deixa claro, de forma verbal, pelo prazo ou por seu comportamento, que não irá devolver o bem. Por se tratar de modalidade omissiva, é incompatível com a figura da tentativa.

2.5.1.6. Elemento subjetivo

É o dolo de tornarse dono daquilo de que é mero possuidor ou detentor.

A tipificação da apropriação indébita pressupõe *animus rem sibi habendi* — intenção de não restituir a coisa alheia ao dono. Por isso, a mera **apropriação de uso não constitui crime**. Fala-se em apropriação indébita de uso quando alguém tem a posse ou detenção da coisa alheia, mas não está autorizada a dela fazer uso, porém, o faz, mas imediatamente a restitui em sua integralidade. O fato é considerado **atípi-co** pela ausência do dolo característico do crime de apropriação indébita. É o que ocorre quando o dono de uma oficina mecânica usa o carro de um cliente que estava em seu poder para consertos, mas, quando o proprietário vai buscar o automóvel no dia seguinte, entrega-o em perfeito estado e com a mesma quantia de combustível.

Existe, nesse caso, mero ilícito civil.

O esquecimento na devolução da coisa alheia não constitui crime por falta de dolo.

2.5.1.7. Objeto material

Apenas as coisas móveis podem ser objeto do crime. A apropriação de imóvel

não caracteriza o delito em estudo, mas, dependendo da forma como perpetrada, po-de constituir esbulho possessório (art. 161, § 1º, II, do CP).

Também não pode ser objeto do crime a mão de obra contratada e não paga, posto que não constitui uma "coisa", um objeto.

2.5.1.8. Questões relevantes

• Transporte de cofre trancado

Se alguém recebe um cofre trancado com a incumbência de transportá-lo e, no trajeto, arrombao para se apoderar dos valores nele contidos, comete crime de furto 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 412

11/4/2011 17:24:43

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

413

qualificado em razão do rompimento de obstáculo. Não se pode falar em apropriação indébita, pois, nos dizeres de Nélson Hungria,172 a posse do continente (cofre) entregue cerrado (trancado, fechado) não implica posse ou detenção do conteúdo (valores existentes em seu interior). Assim, se o agente não tinha posse ou detenção dos valores, não se pode cogitar de crime de apropriação indébita.

• Arrependimento posterior

Ocorre quando o agente, após ter cometido o crime, normalmente ao ser descoberto, restitui o bem ou repara o prejuízo da vítima. Nesses casos, o art. 16 do Código Penal prevê como consequência a redução da pena de um a dois terços.

• Prestação de contas

A prestação de contas e eventual interpelação judicial não condicionam a existência do crime, exceto em determinados casos concretos, como, por exemplo, na gestão de negócios, na compensação de créditos etc.

Nesse sentido: "*Habeas corpus — A jurisprudência desta Corte (a título exemplificativo, no RHC 53.713 e no RHC 68.132) é no sentido de que, em se tratando de apropriação indébita, não é necessária a prévia prestação de contas, a não ser em casos excepcionais, o que não ocorre na hipótese. Também é pacífico que, depois de consumado o crime, o pagamento não é causa da extinção da punibilidade por falta de previsão legal*" (STF — HC 74.965/RS — 1ª Turma — Rel. Ministro Moreira Alves — *DJU* 01.08.1997).

• Direito de retenção

Não há crime quando o agente tem direito de retenção do objeto, como em certas hipóteses dos contratos de depósito e mandato (arts. 644 e 681 do Código Civil), pois, nesses casos, a pessoa está no exercício regular de um direito, que exclui a ilicitude do fato.

• Apropriação de coisa alheia fungível

Em regra é perfeitamente possível a apropriação de coisa fungível. Ex.: dinheiro. Contudo, como o bem fungível pode ser reposto imediatamente por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, a verificação do crime pressupõe prova da intenção de não efetuar tal reposição imediata. Assim, se o patrão entrega duas notas de cinquenta reais ao empregado para que ele efetue um pagamento no banco e este resolve se locupletar dos valores e retornar ao trabalho mentindo que foi roubado, existe o crime. Por outro lado, se, no trajeto do trabalho até o banco, o empregado vê uma camisa de seu time do coração e gasta o dinheiro que estava em seu poder, não se pode concluir, de plano, que tenha cometido o crime, posto que ele pode ir até o banco, onde também tem conta-corrente, sacar o dinheiro e efetuar o pagamento que 172 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 132.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 413

11/4/2011 17:24:43

o patrão havia determinado. No último exemplo, portanto, é preciso verificar o desdobramento fático.

Por outro lado, nos casos em que a posse da coisa fungível decorre de contrato de **mútuo** ou de **depósito**, não pode haver apropriação indébita, porque os arts. 587

e 645 do Código Civil estabelecem que nesses contratos ocorre a imediata transferência da propriedade no instante da tradição (entrega). Dessa forma, o sujeito já recebe o bem na condição de dono, situação incompatível com a do delito de apropriação indébita, que exige o recebimento de coisa "alheia" e a posterior inversão de ânimo sobre ela.

2.5.1.9. Causas de aumento de pena

Art. 168, § 1º — A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: I — em depósito necessário.

O conceito de depósito necessário é encontrado no art. 647 do Código Civil, que assim dispõe: "*É depósito necessário: I — o que se faz em desempenho de obrigação legal; II — o que se efetuar por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque*".

A primeira modalidade é chamada de depósito necessário **legal**. Existe, contudo, consenso na doutrina no sentido de que, em tal caso, o agente sempre recebe o bem no desempenho de função pública e, caso dela se aproprie, comete crime de peculato (art. 312, *caput*). Assim, a figura agravada do crime de apropriação indébita decorrente de depósito necessário estaria restrita ao chamado depósito **miserável**, em que uma pessoa recebe a posse ou a detenção de coisas alheias para evitar que elas pereçam porque o dono não tem onde guardá-las em razão de um incêndio ou inundação etc. Em tal caso, a apropriação dos bens se reveste de especial gravidade em face da condição da vítima.

Existe, ainda, a figura do depósito necessário **por equiparação**, descrito no art.

649 do Código Civil, que se refere às bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem. É evidente que só haverá apropriação indébita se houver posse ou detenção por parte do sujeito ativo, ou seja, nas situações em que as bagagens estejam sob a responsabilidade dos funcionários do hotel, pois, quando já estão no quarto e alguém entra e subtrai os valores, que não estão em sua posse ou detenção, o crime é o de furto.

Para alguns autores, como Júlio Fabbrini Mirabete,173 no caso da equiparação

do art. 649, por se tratar de hipótese de depósito necessário, em que o agente não é funcionário público, configura-se apropriação indébita agravada neste inc. I. Damásio de Jesus174 e Nélson Hungria,175 por outro lado, entendem que se trata de equiparação 173 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 288.

174 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 421.

175 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 148.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 414

11/4/2011 17:24:43

para fins civis, mas que, em verdade, não se trata de depósito efetivamente necessário, razão pela qual o correto seria considerar o crime de apropriação indébita agravado na figura do inc. III, porque o funcionário do hotel recebeu o bem em razão de seu **emprego**.

Art. 168, § 1º — A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

II — na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial.

Tutor é a pessoa nomeada judicialmente a quem compete cuidar de menor de idade e administrar seus bens, caso seus pais tenham falecido, sido declarados ausentes ou destituídos do pátrio poder (se não colocado em família substituta).

Curador é a pessoa nomeada judicialmente para administrar os bens de pessoas com deficiência mental, enfermas, dependentes de álcool ou drogas, pródigas ou que não podem, por qualquer causa, exprimir sua vontade.

A figura do **liquidatário** foi abolida de nossa legislação pela Lei de Falências.

A figura do **síndico**, por sua vez, foi substituída na atual Lei de Falências (Lei n.

11.101/2005), pela do **administrador judicial**, a quem incumbe, dentre inúmeras outras funções, administrar os bens da massa falida. Acontece que, caso ele se aproprie de um desses bens, cometerá, atualmente, crime previsto no art. 173 da Lei Falimentar.

Inventariante é a pessoa a quem compete a administração da herança, desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, nos termos do art. 1.991

do Código Civil.

Testamenteiro é quem tem a incumbência de cumprir as disposições de última vontade contidas em testamento.

Depositário judicial, nos termos do art. 148 do Código de Processo Civil, é a pessoa nomeada pelo juiz para a guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados por ordem do juízo. Caso seja particular, responderá por apropriação indébita com a pena aumentada. Caso, porém, seja funcionário público, responderá por peculato.

Art. 168, § 1º — A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

III — em razão de ofício, emprego ou profissão.

Emprego é a prestação de serviço com subordinação e dependência, que podem ou não existir no ofício ou profissão. O caixa de estabelecimento bancário ou farmácia, o vendedor de loja, o *office boy* são todos empregados da empresa ou do escritório em que trabalham. Tendo o agente recebido a posse ou detenção em razão do 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 415

11/4/2011 17:24:43

emprego, a majorante deverá ser reconhecida, quer o dono do bem seja o próprio empregador, quer seja cliente ou fornecedor deste.

Ofício é a ocupação manual ou mecânica que supõe certo grau de habilidade e que é útil e necessária à sociedade (jardineiro, pintor, pedreiro, mecânico, costureiro, relojoeiro etc.).

A **profissão** caracteriza-se pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual (arquiteto, agrônomo, veterinário, médico etc.). Comete o crime em análise o advogado que, tendo procura

ção da parte vencedora da ação civil, levanta os valores depositados em juízo e não os entrega ao cliente. É comum, nesses casos, que o advogado passe a mentir para quem contratou seus serviços, dizendo que a justiça é demorada, escondendo dele, portanto, que a ação já foi julgada.

2.5.1.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime simples e

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime material e

Crime doloso

de dano quanto

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo quanto

quanto ao

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo quanto

ao momento

elemento

jurídica

ativo

aos meios de

consumativo

subjetivo

execução

2.5.1.11. Suspensão condicional do processo

Na modalidade simples de apropriação indébita, em que a pena mínima é de um ano, o benefício é cabível, desde que o réu preencha os requisitos da Lei n. 9.099/95.

Em se tratando, contudo, de hipótese em que esteja presente qualquer das causas de aumento do § 1º, a suspensão não se mostra cabível porque a pena mínima é de um ano e quatro meses (um ano acrescido de um terço).

2.5.1.12. Ação penal

É pública incondicionada.

2.5.2. Apropriação indébita previdenciária

A Lei n. 9.983/2000 criou figuras qualificadas do crime de apropriação indébita, punindo com reclusão, de dois a cinco anos, e multa, quem "*deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional*".

É a chamada apropriação indébita previdenciária, prevista no art. 168-A do Código Penal. O dispositivo visa tutelar o patrimônio de todos os cidadãos assegurados pelo sistema da seguridade social.

O objeto material do crime é a contribuição social que já foi descontada do contribuinte, mas não foi repassada ao sistema previdenciário dentro do prazo.

Trata-se de crime doloso. O **atraso** eventual não configura o delito.

O sujeito ativo é a pessoa responsável por recolher a contribuição e repassá-la ao sistema previdenciário.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 416

11/4/2011 17:24:43

Sujeito passivo é o Estado, representado pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social).

O crime se consuma com o decurso do prazo para o recolhimento, desde que doloso, conforme já mencionado. Diverge a doutrina em torno da classificação do delito quanto ao momento consumativo. Cezar Roberto Bitencourt176 sustenta que se trata de crime material. Celso Delmanto177 alega tratar-se de delito formal, enquanto Rogério Greco178 defende tratar-se de crime de mera conduta. Entendemos tratar-se de crime material, pois há efetivo prejuízo à previdência pela falta do repasse.

Em relação aos crimes de natureza fiscal ou equiparados, os tribunais superiores firmaram entendimento de que a ação penal só pode ser ajuizada após o esgotamento da via administrativa, ou seja, somente após o **lançamento definitivo** é que a denúncia pode ser oferecida. Acrescente-se, ainda, que, antes disso o lapso prescricional não tem início.

• Figuras equiparadas

Estabelece o art. 168-A, em seu § 1º, três figuras equiparadas, dispondo que

"*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" .

A figura do inc. I difere da do *caput* porque se refere ao contribuinte empresário que deixa de repassar o que arrecadou do contribuinte. O sujeito ativo dos crimes desse § 1º é o empresário individual ou o administrador da empresa.

• Extinção da punibilidade

Existem algumas hipóteses expressamente previstas em lei que geram a extin

ção da punibilidade do agente:

a) se ele, 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** (art. 168-A, § 2º).

A ação fiscal se inicia com a notificação pessoal do contribuinte a respeito de sua instauração;

176 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 257.

177 Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 386.

178 Rogério Creco, *Curso de direito penal*, v. 3, p. 219.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 417

11/4/2011 17:24:43

b) se a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos, inclusive acessórios (art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.864/2003), em

qualquer momento da persecução penal. Saliente-se, outrossim, que o art. 9º

desta Lei, e seu § 1º, estabelecem a suspensão da pretensão punitiva estatal e da prescrição, se a empresa obtiver o parcelamento dos valores devidos.

• Perdão judicial e privilégio

Estabelece, por fim, o § 3º, que o juiz pode deixar de aplicar a pena (perdão judicial) ou aplicar somente a de multa (figura privilegiada) 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 de-

núncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II — o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou in -

ferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, co -

mo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Veja-se o seguinte julgado: "*O art. 168-A, em seu § 3º, inc. II, do Código Penal, evidencia que é inaplicável o princípio da insignificância para o crime em questão, uma vez que expressamente prevê a possibilidade do Perdão Judicial para os valores das contribuições devidas, inclusive acessórios, quando o valor devido seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Atualmente, a Portaria n. 4.943, do Ministério da Previdência e Assistência Social, dispõe, em seu art. 4º (redação dada pela Portaria n. 296/MPS de 08 de agosto de 2007), que a Dívida Ativa do INSS de valor até R$ 10.000,00 (dez mil reais) considerada no CNPJ não será ajuizada, exceto se existirem outras dívidas em face do mesmo devedor, hipótese em que serão agrupadas para o fim de ajuizamento*" (TRF 3ª Região —

2ª Turma — AP. 1999.08.99.093000 — Rel. Cotrim Guimarães — *DJU* 09.06.1990).

2.5.3. Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza

Art. 169, *caput* — Apropriarse alguém de coisa alheia vinda a seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa.

2.5.3.1. Objetividade jurídica

O dispositivo tutela a propriedade.

2.5.3.2. Tipo objetivo

No art. 169, *caput*, do Código Penal, existem duas figuras criminais distintas, que devem ser estudadas em separado: 1) apropriação de coisa havida por erro; b) apropriação de coisa havida por caso fortuito ou força da natureza.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 418

11/4/2011 17:24:43

2.5.3.2.1. Apropriação de coisa havida por erro

Tal como ocorre na apropriação indébita, nesse crime também é a vítima quem, espontaneamente, entrega o bem ao agente. A diferença entre os dois delitos reside no fato de que, na apropriação indébita, a vítima entrega o bem sem estar em erro, enquanto no delito em estudo é necessário que a vítima, por algum motivo, esteja em situação de erro, ou seja, com uma incorreta percepção da realidade, que, no caso concreto, é a causa determinante da entrega.

O erro da vítima pode se referir:

a) À **pessoa** destinatária do bem, ou seja, o objeto deveria ser entregue a uma pessoa, e a vítima, por engano, entrega a outra. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém compra um presente em certa loja e pede para que este seja entregue no endereço do aniversariante, mas o funcionário da loja se engana e faz a entrega em endereço errado, para outra pessoa. Inúmeros casos já aconteceram em que, por motivo de erro de digitação da própria vítima ou do caixa do banco, acabou ocorrendo depósito de dinheiro na contacorrente de pessoa diversa da que se pretendia, e o titular dessa conta, ao perceber a existência de valores que não lhe pertenciam, efetuou imediatamente o saque,

cometendo, assim, o delito em estudo.

b) À **coisa** entregue. É o que ocorre quando uma pessoa compra um bem de menor valor e, por erro, os funcionários da loja colocam no embrulho objeto muito mais valioso e o agente, ao abrir o pacote em casa, resolve não devolver.

c) À **existência da obrigação** ou parte dela. Ocorre quando a pessoa se engana, achando que deve entregar um bem ou valor a terceiro, quando isso não é necessário. É o que ocorre, por exemplo, quando o marido já pagou os valores que devia, por ter comprado fiado em uma padaria durante um mês, e o funcionário que recebeu o dinheiro deu a entrada no caixa, mas não comentou com o patrão. Posteriormente, a esposa, sem saber que a dívida já estava quitada, vai até o estabelecimento e efetua novamente pagamento, agora ao dono. Este, depois de receber o dinheiro, quando vai dar entrada no caixa, percebe a anotação feita pelo funcionário de que a dívida já havia sido paga, porém, resolve ficar com o dinheiro.

É **extremamente importante** salientar que o crime de apropriação de coisa havida por erro tem como requisito fundamental que o agente receba o bem de boa-fé, ou seja, que só perceba o equívoco da vítima quando já está na posse ou detenção do bem e que, apenas nesse instante, resolva apoderarse dele, não o restituindo a quem de direito. Essa conclusão é inevitável, na medida em que, se o agente, antes de receber o bem (ainda que poucos segundos antes da tradição), percebe que está havendo um engano e que a vítima está prestes a lhe entregar algo por erro, mas, maliciosamente, mantém-se em silêncio para que a entrega se concretize, o crime é o de estelionato. Com efeito, a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 61, ressalva que "*o próprio silêncio, quando malicioso ou intencional, acerca do preexistente erro da vítima, constitui meio fraudulento característico do estelionato*". No último exemplo, portanto, o agente manteve a vítima em er ro por meio de uma fraude, qual seja, o silêncio, e, por isso, responde por estelionato.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 419

11/4/2011 17:24:43

Notese que seu dolo era antecedente, pois percebeu o erro da vítima antes de receber o bem, o que confirma a ocorrência do crime do art. 171. Na apropriação de coisa havida por erro, o agente recebe o bem de boa-fé e só descobre o erro depois disso. Seu dolo é **posterior**.

Também na apropriação indébita, o dolo é posterior, porém, nesse crime, a vítima não está em erro quando efetua a entrega.

Em razão do que foi exposto, podem ser elencados os seguintes requisitos no crime de apropriação havida por erro: a) que a vítima esteja em erro não provocado pelo agente; b) que a vítima espontaneamente entregue o bem ao agente; c) que ele, ao receber o bem, esteja de boa-fé (não perceba o erro da vítima), pois, caso contrário, o crime seria o de estelionato; d) que, já estando na posse do bem, perceba que o recebeu por erro e resolva dele se apoderar.

Requisitos

da apropriação

de coisa havida

por erro

Que a vítima

Que, já estando

Que a vítima

Que o agente

esteja em

na posse do

entregue o bem

não perceba o

situação de erro

bem, o agente

ao agente

erro ao receber

não provocado

o bem

perceba o erro e

não o devolva

Não existe o crime quando o agente pensa ter recebido uma doação ou prêmio, pois, em tais casos, não há dolo de locupletamento ilícito.

Também não há crime se o agente, ao perceber o erro, não tem como devolver o bem ou valores ao proprietário, por não saber de quem se trata e não possuir meios para identificá-lo. No tipo penal em análise, ao contrário do que ocorre com o delito de apropriação de coisa achada, não existe obrigação de procurar as autoridades públicas para a elas efetuar a devolução, até porque quem incidiu em erro é que tem condições de procurar a pessoa a quem entregou o objeto. Se esta, então, recusar a devolução, haverá crime.

2.5.3.2.1.1. Sujeito ativo, passivo, consumação e tentativa

Aplicam-se as regras estudadas em relação ao crime de apropriação indébita.

2.5.3.2.2. Apropriação de coisa havida por caso fortuito ou força da natureza

Estas figuras estão descritas na 2ª parte do art. 169, *caput*, do Código Penal, sendo certo que caso fortuito e força da natureza são expressões que possuem praticamente o 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 420

11/4/2011 17:24:43

mesmo significado, pressupondo um acontecimento acidental e inevitável. No **caso fortuito**, existe alguma participação **humana** no evento. Ex.: bois que ingressam em propriedade alheia porque alguém esqueceu a porteira aberta. Na hipótese de **força da natureza, não existe esta participação humana** inicial que con tribua para o evento. Ex.: vendaval que leva objetos para a casa do vizinho ou aumento do volume de águas de um rio que levam um barco até propriedade alheia. Em ambos os casos, o delito se concretizará se o agente, ao perceber o que ocorreu, negar-se a restituir os bens. O crime só se configura se ele sabe que o objeto é alheio e que veio às suas terras em razão de caso fortuito ou força da natureza.

2.5.4. Apropriação de tesouro

Art. 169, parágrafo único — Na mesma pena incorre:

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.

O art. 1.264 do Código Civil estabelece que o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória, uma vez localizado **casualmente**, será dividido por igual entre o proprietário do prédio onde o fato ocorreu e quem o encontrou. A localização casual pode se dar, por exemplo, quando o jardineiro está plantando uma árvore e encontra uma caixa com joias enterrada, ou quando um pedreiro está fazendo uma reforma na parede e encontra moedas de ouro escondidas em um fundo falso etc.

Por sua vez, o art. 1.265 do mesmo Código diz que "*o tesouro pertencerá por inteiro ao proprietário do prédio, se for achado por ele, ou em pesquisa que ordenou, ou por terceiro não autorizado*".

Dessa forma, não é difícil concluir que, nas hipóteses do art. 1.265, quem se apodera do tesouro comete crime de furto. O delito de apropriação de tesouro somente se aplica àquele que casualmente o encontrou em propriedade alheia e, tendo de dividilo pela metade com o dono do imóvel, acaba apropriandose, no todo ou em parte, da quota do proprietário, garantida pelo art. 1.264 da lei civil. É o que diz expressamente o tipo penal.

2.5.5. Apropriação de coisa achada

Art. 169, parágrafo único — Na mesma pena incorre:

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 do prazo de 15 dias.

O objeto material desse crime é a **coisa perdida**, assim entendida aquela que se extraviou de seu proprietário ou possuidor em local **público** (ruas, avenidas, praças) ou **aberto ao público** (ônibus, metrôs, supermercados, casas de espetáculos etc.), 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 421

11/4/2011 17:24:44

pois apenas nesses casos o objeto encontra-se fora da esfera de vigilância do dono.

Por isso, se o dono pensa que perdeu o bem mas ele está dentro de sua residência, sendo encontrado por outra pessoa que, sorrateiramente, levao embora, ocorre crime de furto pois, em teoria, não estava perdido, e o agente teve que o tirar da esfera de vigilância do dono.

Por outro lado, estará configurada a apropriação de coisa achada, quer o encontro da coisa perdida tenha sido casual, quer tenha o agente presenciado a perda em situação em que a vítima já se afastava do local. Ex.: carteira que caiu do bolso do garupa de uma moto sem que este percebesse. Não se pode falar em crime de furto no último caso porque, já tendo a vítima se afastado do local e estando o bem em local público, não há ato de subtração por parte de quem viu a carteira cair, devendo responder por apropriação de coisa achada. Diversa seria a solução se o agente tivesse visto a carteira cair do bolso de uma pessoa que ainda estava sentada na mesa de um bar na calçada e esticasse a perna para puxar a carteira e dela se apoderasse. Em tal exemplo, apesar de a carteira estar no chão, ela ainda encontrava-se na esfera de vigilância do dono, pois este, no momento de pagar a conta, certamente a procuraria no chão ao não encontrá-la no bolso de sua calça.

O objeto **esquecido em local público ou aberto ao público é considerado coisa perdida**, mas, se o esquecimento ocorreu em local privado (no balcão de uma loja, por exemplo), o apoderamento constitui furto.

É evidente, por outro lado, que comete furto quem provoca a perda do bem para depois dele se apoderar. Dependendo da forma como cometido o crime, poderá até mesmo ser aplicada a qualificadora do emprego de fraude.

Quem encontra coisa **abandonada** não comete crime algum, já que esta não possui dono, pois o antigo proprietário dela se desinteressou e jogou fora. Não se trata, portanto, de coisa alheia. Quem encontrar a coisa abandonada e com ela ficar passará a ser seu legítimo proprietário, nos termos do art. 1.263 do Código Civil.

Ademais, se em razão da má conservação da coisa perdida, quem a encontrou a supôs abandonada, não responde pelo crime por ter havido erro de tipo.

A conduta típica consiste em "apropriarse" do bem e, como no crime de apropriação indébita, pressupõe a finalidade de ter a coisa para si com fim de assenhoreamento definitivo (*animus rem sibi habendi*).

A lei confere prazo de **15 dias** para a devolução do bem encontrado, diretamente ao dono — caso o conheça ou haja identificação e endereço no objeto encontrado

— ou às autoridades. **Antes do decurso deste prazo**, se o agente for encontrado na posse do bem, **não poderá ser responsabilizado**, pois a tipificação do crime pressupõe que tenham decorrido os 15 dias. Trata-se de **crime a prazo**. É claro, porém, que, se antes disso, o agente praticou ato de disposição incompatível com a possibilidade de devolução, a consumação se dará de forma antecipada. Ex.: agente que encontra um relógio perdido e imediatamente procura um relojoeiro e o vende.

Como não existe figura culposa, se ficar demonstrada a intenção do agente de restituir e que, por justa causa ou por esquecimento, acabou deixando passar o prazo de 15 dias sem a devolução, o fato será considerado atípico.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 422

11/4/2011 17:24:44

A legislação civil também trata da devolução de coisas achadas. O art. 1.233 do Código Civil estabelece que, quem encontra coisa alheia perdida, deve devolvêla ao legítimo dono ou possuidor, e seu parágrafo único acrescenta que, se não forem conhecidos, o bem deverá ser entregue à autoridade competente, que, nos termos do art. 1.170 do Código de Processo Civil, é a autoridade policial ou o juiz. Se o bem for entregue à autoridade policial, esta deverá encaminhá-lo ao juiz. Em seguida, serão expedidos editais se o dono for desconhecido, e, após o prazo de 60 dias sem que este tenha comparecido, o bem será vendido em hasta pública. Caso o dono compareça, deverá provar a propriedade do bem.

Apesar de a lei civil especificar as autoridades a quem os bens devem ser entregues, é evidente que não há crime por parte de quem os encontra e, em seguida, os entrega no setor de achados e perdidos do *shopping center* ou do metrô onde se deu o encontro. Em tais casos, o agente **não se apropriou** da coisa achada. Caso a pessoa que recebeu o bem dele se apodere, responderá por crime de apropriação indébita, já que não foi ela quem encontrou o objeto.

A apropriação de coisa achada é crime **omissivo próprio** e, por isso, **não admite tentativa**.

2.5.5.1. Ação penal

Todos os crimes previstos no art. 169 do Código Penal apuram-se mediante ação pública incondicionada e são de competência do Juizado Especial Criminal, pois em todos eles a pena máxima é de um ano.

2.5.6. Apropriação privilegiada

Art. 170. Nos crimes previstos neste Capítulo, aplicase o disposto no art. 155,

§ 2º.

Verifica-se, pois, que as mesmas regras previstas para a aplicação do privilégio no crime de furto incidem sobre o delito de apropriação indébita, até mesmo para as formas agravadas do § 1º. Dessa forma, se o réu for primário e a coisa apropriada for de pequeno valor (não superior a um salário mínimo), o juiz poderá substituir a pena de reclusão por detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar apenas a pena de multa.

Conforme se vê no art. 170, o privilégio é aplicável a todos os crimes do

Capítulo em estudo, abrangendo, portanto, aqueles descritos no art. 169 — apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força na natureza etc. Em relação a estes, entretanto, a aplicação do privilégio só pode ter por consequência a redução da pena de um a dois terços, porque eles já são apenados com detenção, e a multa já é prevista em abstrato como pena alternativa. Com efeito, a pena para as figuras do art. 169 é de detenção, de um mês a um ano, ou multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 423

11/4/2011 17:24:44

Quanto à apropriação previdenciária, que possui pena maior, entendemos que o privilégio não é aplicável, em razão de regras próprias previstas no art. 168-A, § 3º, II, do Código Penal.

2.5.7. Questões

1. (Delegado de Polícia/SP — 2001) O dolo é subsequente à posse de coisa móvel nos crimes de:

a) apropriação indébita.

b) furto.

c) roubo.

d) estelionato.

Resposta: "a". Nos demais crimes o dolo é antecedente.

2. (Magistratura Federal/3ª Região — 11º concurso) Com relação ao crime consistente em deixar de recolher contribuição previdenciária, ou importância descontada do pagamento feito aos segurados, a terceiros ou arrecadadas do público (art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal), pode-se afirmar corretamente que:

a) é extinta a punibilidade se o agente, notificado pela fiscalização da Previdência Social, efetua o pagamento do débito antes do oferecimento da denúncia.

b) é extinta a punibilidade se o agente, voluntariamente, paga o devido à Previdência Social antes do início de qualquer fiscalização.

c) é extinta a punibilidade se o agente, confessando o débito à Previdência Social, paga o devido ou obtém parcelamento antes do oferecimento da denúncia.

d) é extinta a punibilidade se o agente, primário e de bons antecedentes, promove o efetivo pagamento do débito antes da sentença.

Resposta: "b". O art. 168A, § 2º, do Código Penal, é expresso no sentido de que a extinção da punibilidade pressupõe que o fato determinante ocorra antes do início da ação fiscal.

3. (MP-PI — 2007) Lépido, exercendo o *munus publico* de inventariante, tomou para si um computador dos bens deixados pelo *de cujus*, e do qual tinha posse em razão da referida condição. Lépido cometeu, em tese, o crime de:

a) roubo.

b) desvio de bem.

c) apropriação indébita.

d) peculato.

e) furto qualificado.

Resposta: "c". O crime é o de apropriação indébita. O art. 168, § 1º, II, do Código Penal, aliás, dispõe que, sendo o sujeito ativo inventariante, sua pena será aumentada em um terço.

4. Filho de um idoso que completou oitenta anos, e, sem qualquer formalidade, apropria-se mensalmente dos proventos da sua aposentadoria, aplicando o dinheiro em uma caderneta de poupança pessoal:

a) comete crime de furto de coisa comum.

b) comete crime de apropriação indébita, tipificado no Código Penal.

c) comete crime de apropriação indébita, continuada, tipificado no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

d) comete crime de furto continuado, tipificado no Estatuto do Idoso (Lei n.10.741/2003).

e) não comete crime nenhum, pois investiu os valores.

Resposta: "c". A conduta enquadrase em crime especial previsto no art. 102 do Estatuto do Idoso. O filho, ademais, não goza de qualquer imunidade porque a vítima tem mais de 60 anos (art. 183, III, do Código Penal).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 424

11/4/2011 17:24:44

VI

DO ESTELIONATO E

OUTRAS FRAUDES

2.6. DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Nesse Capítulo, além do estelionato comum (art. 171, *caput*) e de suas subespécies (art. 171, § 2º), estão ainda previstos os crimes de duplicata simulada (art. 172), abuso de incapazes (art. 173), induzimento à especulação (art. 174), fraude no comércio (art. 175), outras fraudes (art. 176), fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações (art. 177), emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant* e fraude à execução.

2.6.1. Estelionato

Art. 171, *caput* — Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa.

2.6.1.1. Objetividade jurídica

O dispositivo tutela o patrimônio.

2.6.1.2. Tipo objetivo

O estelionato é um crime marcado pelo emprego de fraude, uma vez que o agente, valendose de alguma artimanha, consegue enganar a vítima e convencêla a entregarlhe algum bem e, na sequência, locupletase ilicitamente com tal objeto.

Ao iniciar a execução do estelionato, deve o agente, inicialmente, empregar artifício, ardil ou qualquer outra fraude.

O **artifício** se mostra presente quando, para enganar a vítima, o agente lança mão de algum artefato, faz uso de algum objeto para ajudá-lo no engodo. No conto do bilhete premiado, por exemplo, o agente engana a vítima com um bilhete falso.

No conto da guitarra, o agente ludibria a vítima fazendo truque com uma falsa máquina de fazer dinheiro e a vende para esta. O artifício também pode consistir em disfarces, efeitos especiais etc.

Ardil é a conversa enganosa, ou seja, o agente engana a vítima com mentiras verbais. Exs.: sabendo que uma televisão deve ser retirada em certo local por pessoa 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 425

11/4/2011 17:24:44

chamada Eurípedes, o agente comparece alguns minutos antes, mente chamarse Eurípedes, pega a televisão e vai-se com ela embora; pessoa entra em contato telefônico e se apresenta como representante de empresa que cuida de crianças abandonadas ou de pessoas idosas e pede doação em determinada conta-corrente, quando, em verdade, tratase de um golpe (esta é uma das modalidades do conto do vigário).

Por fim, a expressão qualquer **outro meio fraudulento** é uma fórmula genérica,

inserida no tipo penal para abranger qualquer outra artimanha capaz de enganar a vítima, como, por exemplo, o silêncio. A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 61, ressalva que "*o próprio silêncio, quando malicioso ou intencional, acerca do preexistente erro da vítima, constitui meio fraudulento característico do estelionato*". Assim, se a vítima espontaneamente incide em erro e, por isso, está prestes a entregar um bem ou valor ao agente, e este, antes de recebêlo, percebe o engano e se cala, para que a entrega se concretize e ele obtenha vantagem, responde por estelionato. Em tal caso, o agente manteve a vítima em erro por meio de fraude (o silêncio). Nota-se, pois, que a fraude caracterizadora do estelionato pode consistir em uma omissão.

De acordo com o tipo penal do estelionato, é necessário que o agente, ao empregar o artifício, ardil ou outra fraude, tenha por finalidade **induzir** ou **manter** a vítima em erro. Na primeira hipótese, é o agente quem toma a iniciativa de procurar a vítima e ludibriá-la. Na segunda, ela espontaneamente incorre em erro em relação a determinada situação, e o agente, ao perceber tal engano, a mantém nesse estado.

Conforme já mencionado anteriormente no estudo do crime de furto mediante fraude, quando se procurou estabelecer a distinção para com o estelionato, o art. 171, *caput*, exige que **alguém** seja induzido ou mantido em erro e que por isso entregue um bem, próprio ou alheio, ao agente. Esta pessoa ludibriada, portanto, pode ser a mesma que sofre o prejuízo ou terceiro. É necessário, contudo, que o agente engane um **ser humano**, não havendo estelionato, e sim furto, por parte de quem, com um cartão clonado, engana um programa de computador e consegue sacar, sem autori zação, dinheiro da conta da vítima. Nesse caso, não existe **alguém** que tenha sido enganado. Ademais, houve subtração de valores.

O tipo penal do estelionato exige, ainda, que a vantagem obtida pelo agente seja **ilícita**. Caso seja lícita a vantagem obtida por meio da fraude, o crime será o de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345).

Por se tratar de crime contra o patrimônio, a vantagem ilícita visada pelo estelionatário deve ser, necessariamente, de cunho patrimonial.

2.6.1.3. Consumação

A forma como o art. 171 está redigido não permite outra conclusão senão a de

que o estelionato é crime **material**, que só se consuma quando o agente efetivamente obtém a vantagem ilícita almejada. Saliente-se que o estelionato pressupõe **duplo resultado**: o prejuízo da vítima e a vantagem do agente. Esses resultados, normal02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 426

11/4/2011 17:24:44

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

427

mente, são concomitantes, porém, é possível (embora raro) que a vítima sofra o prejuízo e o agente não obtenha a vantagem pretendida; em tal caso, o crime considera-se tentado. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém publica um anúncio fraudulento de venda de veículo em um jornal e convence a vítima a efetuar um depósito em determinada conta bancária, a fim de concretizar o negócio. A vítima faz o depósito, mas, por erro, digita o número errado e a pessoa em cuja conta o dinheiro caiu, ao notar os valores, imediatamente, saca o dinheiro. Em tal hipótese, a pessoa que publicou o anúncio e não recebeu o dinheiro responde por tentativa de estelionato, e aquela em cuja conta-corrente o dinheiro foi depositado por erro incide no crime de apropriação de coisa havida por erro.

2.6.1.4. Tentativa

A tentativa mostra-se possível em várias fases do crime, desde que o agente já tenha dado início à execução do delito e não tenha conseguido obter a vantagem visada: **a)** O agente emprega a fraude e não consegue enganar a vítima. Nesse caso, é necessário que o meio fraudulento não seja totalmente ineficaz, conforme se verá abaixo.

b) O agente emprega a fraude, engana a vítima, mas ela acaba não entregando os bens ou valores a ele. Ex.: no momento em que a vítima ludibriada iria efetuar a entrega, outra pessoa intervém e a alerta sobre o golpe, impedindo que a entrega se concretize.

c) O agente emprega a fraude, engana a vítima, ela entrega os valores, mas es tes não chegam a ele, que, portanto, não obtém a vantagem visada. Essa hi pótese foi explicada no item anterior. É o que ocorre se a vítima é ludibriada e convencida a remeter algum bem ao agente, pelo correio ou por transportadora, e

o bem desaparece no trajeto.

2.6.1.5. Crime impossível

Quando o agente emprega a fraude, mas não consegue enganar a vítima, é sempre necessário avaliar se a fraude empregada poderia tê-la enganado. Se concluirmos que sim, mas que a vítima não foi enganada por algum especial cuidado que tenha tido no caso concreto, o agente responderá por tentativa. Se, entretanto, restar claro que a fraude era totalmente inidônea, o fato será considerado atípico por ter havido **crime impossível por absoluta ineficácia do meio**.

A ineficácia da fraude, todavia, deve ser analisada de acordo com a **vítima** escolhida pelo agente no **caso concreto**, pois é comum que estelionatários abordem pessoas muito humildes e consigam ludibriá-las com farsas que não enganariam a maioria das pessoas. Nenhum brasileiro, por exemplo, seria enganado se o agente desse, de troco, algumas notas de cruzeiros ou cruzados (unidades monetárias antigas). Tal conduta, todavia, pode enganar um estrangeiro que tenha acabado de chegar ao País, e é óbvio que os golpistas, intencionalmente, procuram abordar tais pessoas em rodoviárias ou aeroportos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 427

11/4/2011 17:24:44

Ressalte-se, ainda, que, se a vítima for enganada e o estelionato se consumar, sequer é necessário analisar a eficácia da fraude, já que a conclusão é evidente.

2.6.1.6. Sujeito ativo

É tanto aquele que emprega a fraude como aquele que dolosamente recebe a vantagem ilícita. Ex.: João e Pedro, previamente combinados, colocam o crime em prática e, assim, João emprega fraude e convence Lúcia a entregar um objeto para Pedro que, após recebêlo, desaparece com o bem. Em tal caso, Pedro tomou parte na própria execução do delito e, portanto, é coautor do crime de estelionato.

Lembrando, porém, que para a existência do crime é necessário que o agente vise “proveito próprio ou alheio”, indaga-se como deve ser a responsabilização do terceiro, destinatário da vantagem ilícita, que, ao contrário do exemplo acima, não toma parte na execução do estelionato, recebendo o bem das mãos do golpista após a consumação de tal crime.

A resposta depende da forma como tal pessoa se envolveu nos fatos. Se ela, de alguma maneira, estimulou anteriormente a prática do crime, será partícipe do estelionato. Se, entretanto, não o estimulou, mas, no momento em que recebeu o bem, já estava ciente de sua procedência criminosa, responde por receptação dolosa (art. 180, *caput*, do CP). Por fim, se não estimulou a prática do crime e tampouco sabia da procedência ilícita do bem, sua conduta é atípica.

2.6.1.7. Sujeito passivo

Os que sofrem o prejuízo patrimonial e todos os que foram enganados pela fraude perpetrada (ainda que não sejam economicamente prejudicados). É plenamente possível, portanto, que o agente engane uma pessoa e esta entregue bem pertencente a outra, hipótese em que ambas são vítimas de um único estelionato. Essa situação, aliás, é muito comum em golpes dados em lojas ou similares, quando o prejuízo é do estabelecimento comercial e a pessoa ludibriada é um funcionário. Pessoas jurídicas também podem ser sujeito passivo do crime em tela na condição de prejudicadas economicamente pelo golpe.

• Distinção do estelionato com outros crimes em relação ao sujeito passivo: 1) Estelionato e crimes contra a economia popular. Quando o agente emprega fraude visando à obtenção de vantagem ilícita poderá incorrer em um desses crimes, dependendo do sujeito passivo. O tipo penal do estelionato exige a obtenção de vantagem em prejuízo “alheio”, sendo necessária, portanto, a identificação de **pessoa** ou **pessoas determinadas** que tenham sofrido a lesão patrimonial. No estelionato, portanto, é necessária a identificação da vítima. Nos crimes contra a economia popular, ao contrário, o golpe visa a pessoas indeterminadas, tal como ocorre quando alguém adultera o taxímetro, a bomba de gasolina do posto, as balanças de mercearias ou açougues etc. Em tais casos, configura-se o crime do art. 2º, XI, da Lei n.

1.521/51, bastando, para tanto, que fiscais constatem a adulteração, independentemente da identificação de vítimas específicas no caso concreto.

Aqueles que obtêm ou tentam obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante mecanismos conhecidos como correntes ou pirâmides respondem por crime específico previsto no art. 2º, IX, da Lei n.

1.521/51. Em razão da redação desse dispositivo, todos os que ingressarem no "jogo" responderão pelo delito, até mesmo os que sofrerem prejuízo, posto que mesmo eles visavam obter vantagem futura. Não há crime, entretanto, quando se trata de corrente que não envolve valores, por exemplo, corrente de orações.

2) Estelionato e abuso de incapazes. Se a vítima não tem discernimento, por ser menor de idade, alienada ou débil mental, o crime é o de abuso de incapaz, previsto no art. 173 do Código Penal, que tem pena maior e é formal — consuma-se ainda que a vítima não sofra prejuízo.

2.6.1.8. Quadro comparativo

Importante a comparação entre três crimes em que a própria vítima entrega o bem ao agente:

APROPRIAÇÃO DE COISA

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

ESTELIONATO

HAVIDA POR ERRO

• 1) A vítima entrega o bem sem

• 1) A vítima entrega o bem em

• 1) A vítima entrega o bem em

estar em erro;

razão de erro não provocado

decorrência de erro provo

• 2) Não há emprego de fraude;

pelo agente;

cado ou espontâneo;

• 3) O agente recebe bem de

• 2) Não há emprego de fraude;

• 2) Há emprego de fraude para

boafé. O dolo é posterior.

• 3) O agente recebe o bem de

induzir ou manter a vítima

boafé. O dolo é posterior.

em erro;

• 3) O agente já recebe o bem de

máfé. O dolo é antecedente.

2.6.1.9. Distinções

• Estelionato e jogo de azar

Quem banca jogo de azar incorre na contravenção do art. 50 da Lei das Contravenções Penais, cujo nome é exatamente “jogo de azar”. Ocorre que, para que haja efetivamente jogo de azar, é necessário que o apostador possa vencer, dependendo, total ou parcialmente, da sorte. Assim, se o responsável pelo jogo tiver empregado alguma fraude para inviabilizar a possibilidade de vitória do

apostador, o crime será o de estelionato.

• Estelionato e curandeirismo

Se o agente cobra apenas por consultas, o crime é o de curandeirismo, mas se promete curas impossíveis e cobra quantias consideráveis pelo tratamento, o crime é o de estelionato. É necessária análise no caso concreto.

• Estelionato, tráfico de influência e exploração de prestígio No **tráfico de influência** (art. 332 do CP), a fraude consiste em o agente dizer à vítima que tem influência sobre certo funcionário público e solicitar-lhe dinheiro a 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 429

11/4/2011 17:24:44

pretexto de influenciar referido funcionário no desempenho de suas funções, no sentido de ajudar de alguma forma a vítima. Trata-se de crime especial em relação ao estelionato porque, além do golpe, o agente denigre a imagem da Administração Pública. No crime de **exploração de prestígio** (art. 356), a conduta é semelhante, mas o agente especifica que sua influência será exercida sobre juiz, jurado, órgão do Ministério Público, perito, tradutor, intérprete ou testemunha.

• Estelionato e furto de energia

A doutrina costuma distinguir a conduta da seguinte forma: quando o agente capta, clandestinamente, a energia da rede pública ou do vizinho, o crime é o de furto. Se ele, entretanto, já é cliente (usuário) da empresa fornecedora e adultera o relógio de luz, o crime é o de estelionato.

2.6.1.10. Estelionato e falsificação de documento

A falsificação de documento, público ou particular, está tipificada como crime nos arts. 297 a 299 do Código Penal. É muito comum, todavia, que a falsificação do documento tenha por finalidade enganar a vítima para viabilizar um golpe, tal como se dá com a falsificação de cheque alheio. Existem casos em que os

golpistas falsificam em gráficas as próprias folhas do cheque. Outros alteram para maior o valor de cheques que receberam já preenchidos e assinados pelo titular da conta e, em seguida, depositam ou sacam o valor do cheque ou dele fazem uso em compras, causando prejuízo ao emitente. É também comum o agente subtrair a folha em branco e, passando-se pelo titular da conta, falsificar sua assinatura no momento da aquisição de produtos. Para esses casos, surgiram quatro correntes na doutrina e na jurisprudência, embora o tema esteja atualmente pacificado por uma súmula do Superior Tribunal de Justiça:

1) O agente deve ser punido pelos dois crimes, em concurso material, uma vez que atingem bens jurídicos distintos (o patrimônio e a fé pública), o que impede que um absorva o outro.

2) Os crimes são autônomos, mas deve ser aplicada a regra do concurso formal. Essa corrente é semelhante à primeira no que diz respeito a um delito não absorver o outro. Altera-se apenas a interpretação quanto à forma do concurso de crimes.

3) A falsificação do documento, por ter pena maior (dois a seis anos de reclusão), absorve o estelionato.

4) O agente responde apenas por estelionato. O crime de falsificação de documento fica absorvido por ser crime-meio (princípio da consunção). Esse é o entendimento atualmente adotado em razão da Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça: "*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*".

De acordo com a súmula, quando o agente falsifica um cheque alheio e engana o vendedor de uma loja, fazendo-se passar pelo correntista, só responde pelo
estelio02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 430

11/4/2011 17:24:44

nato porque, em tal caso, o cheque foi entregue ao vendedor, e o golpista não pode mais usá-lo (a falsificação se exauriu no estelionato). Por outro lado, se o agente tivesse também falsificado um documento de identidade para apresentá-lo

ao vendedor no momento da compra com o cheque falso, ele responderia por dois crimes: estelionato e falsificação do documento de identidade. É que este documento permanece com o agente após a prática do estelionato, subsistindo, portanto, a potencialidade lesiva que a súmula menciona.

Por se tratar do mesmo raciocínio, entende-se que a subtração da folha de cheque, por ser crime-meio, fica absorvida pelo estelionato, o mesmo ocorrendo quanto à eventual receptação da cártula em branco.

2.6.1.11. Torpeza bilateral

Ocorre quando a vítima também age de má-fé no caso concreto, ou seja, quando ela também visa obter uma vantagem econômica ilícita, não necessariamente em prejuízo da outra parte. É o caso, por exemplo, de quem é ludibriado pelo agente e compra dele uma máquina pensando que ela faz dinheiro falso. É evidente que não há crime por parte da pessoa enganada que sofreu o prejuízo. Existe, contudo, forte divergência em termos doutrinários e jurisprudenciais em torno da configuração de estelionato por parte daquele que obteve a vantagem econômica valendo-se da má-fé concomitante da outra parte.

Nélson Hungria defendia com veemência a inexistência de crime em tal hipótese. Segundo ele, não há estelionato porque a lei não pode amparar a má-fé da vítima.

Além disso, o agente não pode responder pelo ilícito penal, já que a própria pessoa prejudicada não poderia requerer a reparação do dano na esfera civil por não poder pleitear em juízo alegando sua própria torpeza. Muito interessante a defesa do ponto de vista de Nélson Hungria,179 cujo trecho transcrevemos: "*Tomemos, para ilustra-*

ção da tese, o caso da fraude em negócio ilícito ou imoral, ou da chamada torpeza bilateral. Os exemplos desta poderiam ser indefinidamente alinhados, mas fixemos os seguintes: um indivíduo inculcando-se assassino profissional, ardilosamente ob-tém de outro certa quantia para matar um seu inimigo, sem que jamais tivesse o propósito de executar o crime; um falso vendedor de produtos farmacêuticos impin-ge, por bom preço, a uma faiseuse d'anges, como de eficiência de abortiva, substâncias inócuas; a cafetina recebe dinheiro do velho libertino, prometendo-lhe levar à alcova um virgem, quando na realidade o que lhe vem a proporcionar é uma jovem meretriz; o simulado falsário capta o

dinheiro de outrem, a pretexto de futura entrega de cédulas falsas ou em troca de máquina para fabricá-las, vindo a verificar-se que aquelas não existem ou esta não passa de um truque (conto da guitarra); o vi-garista consegue trocar por um bom dinheiro o paco que o otário julga conter uma fortuna, de que se vai locupletar à custa da ingenuidade daquele; o cliente da prostituta não lhe paga o pretium carnis, tendo ocultado não dispor de dinheiro para 179 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. VII, p. 193/193.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 431

11/4/2011 17:24:45

fazê-lo. É uma vexata quaestio a indagação sobre se, em tais casos et similia, é ou não reconhecível o estelionato ou a fraude patrimonial. Estamos em que se deve responder, categoricamente, pela negativa. Não só argumentos de ordem prática ou de política criminal, senão de rigorosa lógica jurídica justificam, na espécie, a indiferença do direito penal. O patrimônio individual cuja lesão fraudulenta constitui o estelionato é o juridicamente protegido, e somente goza da proteção do direito o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social.

Desde que ele é aplicado a um fim ilícito ou imoral, a lei, que é a expressão do direito como mínimo ético indispensável ao convívio social, retira-lhe o arrimo, pois, de outro modo, estaria faltando sua própria finalidade".

Prevaleceu, entretanto, o entendimento no sentido de que existe o crime, com os seguintes argumentos: a) o fato é típico, pois presentes todos os requisitos do art. 171

do Código Penal. O agente, dolosamente, empregou fraude, enganou a vítima e obteve vantagem econômica, não se mostrando presente qualquer excludente de ilicitude; b) o tipo penal não exige boa-fé por parte da vítima; c) a reparação do dano na esfera civil é matéria que interessa apenas à vítima, mas a punição do golpista visa proteger toda a coletividade.

Dentre outros, defendem esse entendimento Heleno Cláudio Fragoso,180

Magalhães Noronha181 e Fernando Capez.182 No mesmo sentido, podemos apontar diversos julgados: "*Fraude bilateral. Embora reprovável a conduta da vítima que participa da trama de outrem visando a vantagem ilícita, a sua boa-fé não é elemento do tipo previsto no art. 171 do CP. Sanciona-se a conduta de quem arquiteta a fraude porque o Direito Penal tem em vista, primordialmente, a ofensa derivada do delito*" (STF — RHC — Rel. Min. Carlos Madeira — *RT* 622/387); "*É irrelevante a existência de fraude bilateral para a descriminalização do estelionato, pois o Código não reclama a boa-fé do sujeito passivo desse crime*" (Tacrim-SP — Ver. 125.484

— Rel. Dante Busana); "*Torpeza bilateral. Irrelevância para configuração do delito. Vítimas que acreditaram ser o acusado agente fiscal, tal como ele o afirmava.*

Suposição de que o subornavam quando por ele estavam sendo enganados. O Direito Penal tutela a propriedade garantida na Constituição não como direito subjetivo individual, mas considerando a ordem jurídica geral. Os fatos delituosos são punidos pela criminalidade que revelam, e não em razão das qualidades morais dos sujeitos passivos. Qualquer que seja a moralidade destes, não desaparecem a criminalidade do agente e os motivos que determinam a intervenção da lei penal" (Tacrim-SP

— Rel. Dante Busana — *RT* 585/316); "*Estelionato e fraude bilateral. Conto da guitarra. Subsiste o estelionato, mesmo que concorrente a má-fé do lesado, pois que, enquanto a vítima não tem intenção alguma de iludir o agente, este, entretanto, lan-*

çando mão do meio vedado em lei, com ele a conduz a erro" (Tacrim-SP — AC

299.629 — Rel. Viana Santos).

180 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 390/391.

181 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 394.

182 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 481.

11/4/2011 17:24:45

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

433

2.6.1.12. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime simples e

Crime comum e de

Crime de ação livre

Crime material e

Crime doloso

de dano quanto

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo quanto

quanto ao

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo quanto

ao momento

elemento

jurídica

ativo

aos meios de

consumativo

subjetivo

execução

2.6.1.13. Ação penal

É pública incondicionada. Como a pena mínima é de um ano, admite-se a suspensão condicional do processo, desde que presentes os demais requisitos do art. 89

da Lei n. 9.099/95.

2.6.1.14. Forma privilegiada

Art. 171, § 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.

Essa forma de privilégio aplica-se ao estelionato comum, descrito no *caput* do art. 171 e também às figuras assemelhadas descritas em seu § 2º.

Para que seja reconhecido o benefício, o agente deve ser primário e o prejuízo da vítima de pequeno valor. Em outras palavras, é necessário que o juiz reconheça, na sentença, que o réu não é reincidente e que o prejuízo por ele causado à vítima não ultrapassou o montante de um salário mínimo na data dos fatos. Deve-se levar em conta o prejuízo causado no momento da consumação do crime, de modo que eventual reparação posterior do dano não autoriza a concessão do benefício, tornando possível, contudo, a aplicação do instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP), desde que a reparação ocorra antes do recebimento da denúncia.

Na tentativa de estelionato, o que se leva em conta é o montante do prejuízo que o agente causaria se consumasse a infração.

As consequências do privilégio também são as mesmas do furto: a) substituição da pena de reclusão por detenção; b) redução da pena privativa de liberdade de um a dois terços; c) aplicação somente da pena de multa.

O estelionato privilegiado difere do furto privilegiado, na medida em que, neste, se leva em conta o valor do bem subtraído, e não o prejuízo causado à vítima.

2.6.2. Figuras assemelhadas

O § 2º do art. 171 do Código Penal descreve uma série de subtipos de estelionato que possuem a mesma pena da figura fundamental do *caput*. A principal distinção é que a figura fundamental, por ser genérica, é subsidiária em relação às demais.

Com efeito, nos seis subtipos contidos nos incisos do § 2º, a lei expressamente descreve em que consiste o meio fraudulento empregado pelo agente, de modo que a figura comum do art. 171, *caput*, do Código Penal, só poderá ser aplicada nas hipóteses remanescentes, não abrangidas pelas figuras específicas.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 433

11/4/2011 17:24:45

2.6.2.1. Disposição de coisa alheia como própria

Art. 171, § 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

I — vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria.

No crime em análise, o agente se passa por dono de certo bem (móvel ou imóvel) e o negocia com terceiro de boa-fé sem possuir autorização do dono, causando, assim, prejuízo ao adquirente.

O delito se consuma no instante em que o agente recebe o preço. No caso de locação, a consumação se dá com o recebimento do valor do aluguel.

A tentativa é plenamente possível.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

Sujeito passivo é quem adquire, aluga ou recebe o bem em garantia sem saber que não pertence ao agente. Se este, no caso concreto, entregar o bem que vendeu ou alugou sem que seja o seu proprietário, será também sujeito passivo o dono da coisa.

Suponhase que o caseiro de um imóvel de veraneio ou de campo, sabendo que os donos passarão um tempo sem ir ao local, apresentese como dono e venda o imóvel a terceiro, entregandolhe as chaves e desaparecendo em seguida. Os compradores usam a casa durante um tempo até que os verdadeiros proprietários aparecem no local e descobrem o ocorrido, e ingressem com ação para reaver a posse. Tanto o comprador como o dono foram vítimas do crime.

Trata-se de crime de **ação vinculada**, pois o tipo penal enumera os modos de execução de forma taxativa (venda, permuta, locação, dação em pagamento ou em garantia), não admitindo ampliação por analogia. Por essa razão, a elaboração de **compromisso de compra e venda** por parte de quem não é dono **não constitui o crime** em análise, e sim o estelionato comum, caso haja obtenção de vantagem ilícita — o que não gera grande diferença, já que a pena em abstrato é a mesma. A propósito: "*Na esfera penal, vender difere de prometer vender, dois institutos civis com características próprias e efeitos diversos. Não havendo crime sem lei anterior que o defina, não pode o intérprete equiparar a promessa de venda de coisa alheia como própria, não prevista expressamente em lei, à venda, prevista em lei, de coisa alheia como própria*" (TJGB — Rel. Ney Cidade Palmeiro — *RT* 417/377); "*O vocábulo*

'vender' significa transmitir domínio, que não se confunde com o simples compromisso de compra e venda, onde existe típica obrigação de fazer, não podendo ser este meio uma das formas configuradoras do delito previsto no art. 171, § 2º, I, do CP de 1940" (TJSP — Rel. Marino Falcão — *RT* 614/286).

Conforme já estudamos ao abordar o crime de furto, em termos jurisprudenciais, firmou-se entendimento de que a venda a terceiro de boa-fé de objeto furtado pelo próprio ladrão constitui *post factum* impunível porque ele estaria apenas transformando em dinheiro o bem subtraído (fazendo lucro em relação ao bem furtado). A propósito: "*A disposição de coisa produto de crime, ou parte dela, como própria, não constitui crime autônomo. Não passa de exaurimento do delito perpetrado pelo agente. É*

fato posterior não punível" (Tacrim-SP — Rel. Fernandes Rama — *RT*

556/345).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 434

11/4/2011 17:24:45

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

435

Em termos doutrinários o tema é controvertido. Heleno Cláudio Fragoso183 a respeito do tema diz que "*os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior são por este consumidos. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato*". Com entendi mento contrário, Francisco de Assis Toledo184 sustenta que "*se o agente vende a coisa para terceiro de boa-fé, comete estelionato em concurso material, com o antecedente furto, por empreender nova lesão autônoma contra vítima diferente, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira*".

Apesar de concordamos com os argumentos da última corrente, é forçoso lembrar que, na prática, a primeira é que vem sendo adotada pelos tribunais.

Veja-se, ainda, que, quando o ladrão dá ciência ao comprador de que o bem é furtado, não se cogita do crime de disposição de coisa alheia como própria porque o comprador foi informado de que o bem não é do furtador. Em tal caso, o adquirente responde por crime de receptação dolosa.

2.6.2.2. Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

Art. 171, § 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

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.

As condutas típicas são as mesmas do parágrafo anterior — vender, permutar, dar em pagamento ou em garantia — tendo sido excluída apenas a hipótese de

loca

ção. No crime em análise, todavia, o objeto pertence ao agente, contudo, está gravado de cláusula de inalienabilidade ou de ônus, ou cuidase de coisa litigiosa ou de imóvel que o agente prometeu vender parceladamente a outrem. Apenas na última figura o objeto material necessariamente deve ser coisa imóvel, por expressa determinação legal. Nas demais, pode ser móvel ou imóvel.

É preciso salientar que não haverá crime se o agente realizar o negócio após cientificar a outra parte acerca das circunstâncias que envolvem o bem, uma vez que o texto legal estabelece como elementar do crime o **silêncio em torno delas**.

Coisa **inalienável** é aquela que não pode ser vendida em razão de determinação legal, convenção (doação com cláusula de inalienabilidade, por exemplo) ou disposição testamentária.

Coisa **gravada de ônus** é aquela sobre a qual pesa um direito real em decorrência de cláusula contratual ou disposição legal (art. 1.225) do Código Civil. É o caso, por exemplo, da hipoteca ou anticrese.

183 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal.* Parte geral , p. 360.

184 Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal,* p. 54.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 435

11/4/2011 17:24:45

Bem **litigioso** é aquele objeto de discussão judicial (usucapião contestado, reinvidicação etc.).

Existe, por fim, crime na alienação ou oneração de imóvel que o agente prometeu vender a terceiro mediante pagamento de prestações. Note-se que, aqui, a con -

duta consiste em vender, permutar ou dar em pagamento ou garantia imóvel

sobre o qual pesa compromisso de compra e venda válido com terceira pessoa. O imóvel **ainda pertence ao agente**, mas sobre ele pesa compromisso de compra e venda.

Já vimos no tópico anterior que quem assina compromisso de vender coisa **alheia** como se fosse própria comete estelionato comum, por não haver tal conduta típica dentre as modalidades criminosas do § 2º.

O crime se consuma no momento em que é realizada a conduta típica e a tentativa é possível.

2.6.2.3. Defraudação do penhor

Art. 171, § 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

III — defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do bem empenhado.

O penhor é um direito real em que a coisa **móvel** dada em garantia fica sujeita ao cumprimento da obrigação. Uma pessoa, por exemplo, empresta dinheiro a outra, e o devedor entrega joias ao credor como garantia da dívida. O devedor continua sendo dono dos bens, mas eles ficam na posse do credor, de modo que, não havendo pagamento da dívida, as joias serão usadas para tal fim — serão vendidas pelo credor, por exemplo. Note-se que, tal como mencionado, a regra é que, com a constituição do penhor, o bem móvel passe às mãos do credor. É, aliás, o que dispõe o art. 1.431 do Código Civil: "*constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação*". Ocorre que, no parágrafo único do mesmo art. 1.431, o legislador estabeleceu algumas hipóteses em que o bem empenhado pode ficar nas mãos do devedor (cláusula *constituti*): "*no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor que as deve guardar e conservar*". É exatamente nessas hipóteses que pode surgir o crime de defraudação do penhor, isto é, quando o devedor está em poder do bem empenhado e o vende, permuta, doa, ou de alguma outra maneira o inviabiliza como garantia de dívida — destruindo-o, ocultando-o, inutilizando-o, consumindo-o etc.

Sujeito ativo é somente o devedor que tem a posse do bem empenhado. Trata-se de crime **próprio**.

Sujeito passivo é o credor que, com a defraudação, fica sem a garantia de sua dívida.

A consumação ocorre no momento da defraudação, ainda que, posteriormente, o agente seja forçado ao pagamento mediante ação judicial.

A tentativa é possível.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 436

11/4/2011 17:24:45

2.6.2.4. Fraude na entrega de coisa

Art. 171, § 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

IV — defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém.

A presente infração penal pressupõe uma situação jurídica envolvendo duas pessoas, em que uma tem o **dever** de entregar objeto, móvel ou imóvel a outra; porém, de alguma forma o modifica fraudulentamente, de modo que possa prejudicar a outra parte. Essa alteração pode recair sobre a substância (natureza da coisa a ser entregue, por exemplo, entregar objeto de vidro no lugar de cristal ou latão dourado no lugar de ouro), sobre a qualidade (entregar mercadoria da mesma espécie, mas de pior qualidade, objeto usado como se fosse novo) ou sobre a quantidade (dimensão ou peso menores etc.).

Apesar da forma como está redigido o dispositivo, entende-se que, para fim de consumação, exige-se a efetiva entrega do bem à vítima. Assim, o ato de defraudar o bem antes da efetiva entrega é considerado ato preparatório, pois o agente pode ainda se arrepender e efetuar a entrega dentro dos parâmetros combinados. Por isso, a tentativa é possível quando o agente tenta, mas não consegue entregar o bem. Ex.: a vítima percebe a fraude a se recusa a receber o objeto.

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que, por alguma razão, esteja obrigada a entregar alguma coisa a outrem. Sujeito passivo é qualquer pessoa que tenha o direito de receber a coisa da outra parte.

2.6.2.5. Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

Art. 171, § 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

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.

Premissa deste crime é a prévia existência de um contrato de seguro em vigor, sem o qual haveria crime impossível.

Existem três condutas típicas elencadas no texto legal:

a) Destruir ou **ocultar**, no todo ou em parte, coisa própria. Pode ser coisa móvel (veículo, por exemplo) ou imóvel. Comete o crime, por exemplo, quem, por não querer mais um veículo ou precisar de dinheiro, nele ateia fogo ou o esconde. Tem-se, ainda, reconhecido o crime em análise quando alguém leva seu veículo a outro Estado ou País e lá o vende e, em seguida, alega ter sido furtado para solicitar o valor do seguro.

b) Lesionar o próprio corpo ou **saúde**. Nessa modalidade, o agente se autolesiona, mas faz parecer à seguradora que foi vítima de agressão ou de acidente.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 437

11/4/2011 17:24:45

Como o texto legal se refere à autolesão, entende-se que configura estelionato comum solicitar a outra pessoa que o agrida para que, em razão da lesão, solicite o seguro (em tal caso não ocorreu autolesão).

Além disso, concordamos com Damásio quando sustenta que também existe o crime quando o agente se autolesiona, mas o beneficiário é terceiro (filho, esposa), posto que, em tal caso, o golpe contra a seguradora não se altera. É necessário, entretanto, que o agente sobreviva. Se alguém comete suicídio para que os familiares recebam o seguro de vida, não pode ser punido em razão da extinção da punibilidade.

A seguradora, entretanto, não pagará o seguro se descobrir que houve suicídio.

c) Agravar as consequências da lesão ou **doença**. Ex.: provocar infecção em um ferimento para que ocorra gangrena na perna e a necessidade de amputação.

O crime de fraude contra seguradora é **formal**, isto é, consumase no momento em que o agente realiza a conduta típica (destruir, ocultar, autolesionar etc.), ainda que o agente não consiga receber o que pretendia por ter a seguradora descoberto o golpe. Como o tipo penal exige que o agente queira receber o valor do seguro, a prova da sua má-fé normalmente se faz pelo documento em que ele solicita a indeniza

ção ou o pagamento do seguro, com alegações falsas (de que sofreu uma queda, por exemplo, em caso de autolesão). O efetivo recebimento do valor do seguro, contudo, é mero **exaurimento** do delito.

Se o agente esconde seu veículo em um sítio em Campos do Jordão e solicita a indenização na cidade de São Paulo, o crime deve ser apurado na primeira cidade, local onde foi praticada a conduta típica. A situação é similar à da extorsão mediante sequestro em que o crime se consuma com a captura da vítima, e não com o pedido de resgate.

A tentativa é possível, como, por exemplo, no caso de quem tenta empurrar seu veículo morro abaixo e é impedido por terceiros. Deve, porém, haver prova de que o fazia a fim de aplicar golpe na seguradora.

Sujeito ativo do delito é o **segurado**. Trata-se de crime próprio. Sujeito passivo é a seguradora. O bem jurídico tutelado é o patrimônio da empresa seguradora, sendo a coisa ou o corpo do agente mero instrumento do delito.

2.6.2.6. Fraude no pagamento por meio de cheque

Art. 171, § 2º — Na mesma pena incorre quem:

VI — emite cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

2.6.2.6.1. Tipo objetivo

Esse dispositivo prevê duas condutas típicas autônomas:

1) Emitir cheque sem fundos. Em tal hipótese, no momento em que o agente preenche o cheque e o entrega a terceiro, já não existe a quantia respectiva em 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 438

11/4/2011 17:24:45

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

439

sua conta bancária. É a hipótese mais comum, em que a vítima, acreditando na boa-fé do agente, entrega-lhe uma mercadoria em troca de uma cártula que, em seguida, não é honrada pelo banco por insuficiência de fundos, ficando, assim, com o prejuízo.

2) Frustrar o pagamento do cheque. Nessa modalidade, existe o dinheiro respectivo na conta bancária no momento da emissão da cártula, porém, o emi tente, antes de a vítima conseguir descontar o valor na agência, saca a quan tia que ali havia ou emite ordem de sustação.

Para a configuração desses crimes, é necessário que o sujeito tenha agido de **má-fé**, isto é, com dolo de obter vantagem ilícita pela emissão do cheque ou pela frustração de seu pagamento. Por essa razão, não responde pelo crime em tela quem consegue provar que imaginava ter o dinheiro disponível na conta, mas se esqueceu de que havia contas em débito automático que diminuíram o seu saldo naquela data.

Nesse sentido existe a Súmula n. 246 do Supremo Tribunal Federal: "*comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos*".

Apesar de a súmula só fazer menção à uma das figuras típicas, por ser ela a mais comum, é evidente que a regra também vale para aquele que susta um cheque

para evitar um prejuízo, e não para obter uma vantagem ilícita. Assim, se alguém emite um cheque para pagar um móvel ou eletrodoméstico que comprou, mas o bem não lhe é entregue, não há crime na sustação da cártula. O delito reside na **ilegítima** frustração do pagamento.

Para a configuração do crime de fraude no pagamento por meio de cheque, é necessário que a emissão do título tenha sido a causa determinante do convencimento da vítima e, portanto, a razão direta de seu prejuízo e do locupletamento do agente. Por tal motivo, entende-se que não se configura tal delito quando o **cheque é emitido para pagamento de dívida anterior já vencida e não paga**, posto que, em tal caso, o prejuízo da vítima é anterior à emissão do cheque. Veja-se o exemplo de pessoa que, por imprudência, causa um acidente de veículos provocando apenas danos materiais no carro da outra parte e, imediatamente, emite um cheque para pagar pelos estragos causados, mas o cheque volta sem fundos. Não há crime porque o prejuízo era anterior, ou seja, foi a colisão entre os veículos que gerou o dano econômico. Em outras palavras, o causador do acidente poderia simplesmente ter dito que não iria pagar por nada, hipótese em que o dono do carro abalroado teria que ingressar com ação cível para provar sua culpa e, só após a procedência da ação de conhecimento, receberia o que lhe era devido. Assim, o cheque sem fundos melhorou a situação jurídica do credor, pois, embora não tenha recebido o valor respectivo pela recusa de pagamento decorrente da insuficiência de fundos, não precisará ingressar com ação de conhecimento, pois, sendo o cheque um título executivo extrajudicial, poderá ser executado imediatamente. A propósito: "*Se a emissão de cheque servia para pagamento de alugueres e despesas de condomínio em atraso, e pois, para pagamento de dívida que preexistia à sua emissão, o título não melhorou e muito menos piorou a situação do credor, que ficou a mesma. Não foi o credor induzido a desfalcar o seu patrimônio, por, na boa-fé, aceitar o cheque. O seu patrimônio já* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 439

11/4/2011 17:24:45

estava desfalcado pela dívida já existente que deve ser cobrada pelos meios regulares. O prejuízo, evidentemente, tem que ser resultado do recebimento do

cheque pela vítima" (Tacrim-SP — Rel. Gonzaga Franceschini — *Jutacrim* 91/403).

Não há crime na emissão de cheque sem fundos para substituição de outro título de crédito anteriormente emitido e não honrado. Trata-se também de hipótese de prejuízo anterior. Veja-se: "*Emissão e entrega de cheque sem lastro em substituição a nota promissória vencida não traz para o agente proveito patrimonial e nem piora a situação do credor, podendo tão só caracterizar eventual ilícito civil*" (Tacrim-SP

— Rel. Gonzaga Franceschini — *Jutacrim* 90/387); "*Sendo material o delito do art. 171, § 2º, VI, do CP, indispensável a superveniência de prejuízo. Não se configura, portanto, o crime quando o cheque sem fundos é dado em pagamento de dívida representada por outro título de crédito, como, por exemplo, duplicata vencida*" (TAPR — Rel. Martins Ricci — *RT* 629/366).

É claro, por outro lado, que existe o crime quando o cheque é emitido para pagamento de alguma compra porque, em tal caso, a vítima entrega a mercadoria em contrapartida ao cheque recebido.

Salientese, ainda, que é necessário que a emissão do cheque tenha causado algum prejuízo, uma diminuição patrimonial para a vítima, o que não ocorre, de acordo com a jurisprudência, quando a cártula é emitida para pagamento do jogo ilícito ou de programa com prostituta. Nesse sentido: "*As dívidas de jogo ou aposta não obrigam a pagamento. Sendo ato estranho ao Direito Civil, ipso facto, não está sujeito à sanção penal o cheque como meio de pagamento de tal dívida. Se a lei civil, em determinado caso, nega proteção ao patrimônio, não poderá ter cabimento aí a sanção penal*" (Tacrim-SP — Rel. Ricardo Couto — *RT* 413/272).

Quando se trata de cheque especial, em que o banco garante o pagamento até determinado valor, somente haverá crime se este for ultrapassado. Se o banco pagar o cheque porque o seu valor estava dentro do limite de garantia, e o cliente não repuser posteriormente os valores, não haverá crime, tratandose de mero ilícito civil pelo descumprimento de cláusula contratual.

O cheque tem natureza jurídica de **ordem de pagamento à vista**. É, contudo, extremamente comum que as pessoas o utilizem como se fosse uma nota promissória, no caso do cheque prédatado (que a doutrina costuma chamar de

pósdatado porque contém data posterior à da emissão). Entende-se que, nesse caso, não se pode falar no crime de fraude no pagamento por meio de **cheque** porque o agente não lançou mão do título como cheque. Assim, se o destinatário do título aguardar a data aprazada, e o cheque não for pago por falta de fundos, duas situações podem ocorrer: a) se ficar provado que o agente emitiu o cheque de má-fé, com intenção, desde o início, de obter vantagem ilícita, responde por **estelionato comum**; b) se não for feita tal prova, o fato será considerado atípico. A propósito: "*A vítima aceitando o cheque pré-datado para descontá-lo no banco sacado 17 dias depois de sua emissão, concorreu para que o cheque fosse desfigurado de ordem de pagamento à vista para promessa de pagamento a prazo, e, assim, o fato perdeu a tipicidade do crime previsto no art. 171, § 2º, VI, do CP*" (STF — Rel. Min. Soarez Muñoz — *RT*

592/445).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 440

11/4/2011 17:24:45

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

441

2.6.2.6.2. Distinção

Não se confunde o crime de fraude no pagamento por meio de cheque, que só pode ser cometido nas duas modalidades anteriormente estudadas pelo **titular da conta**, com inúmeros outros golpes que podem ser praticados com cheque alheio ou com o próprio talonário, mas em situações diversas das previstas no § 2º, VI, do art.

171, e que **configuram o estelionato comum** do *caput*, tal como nos casos abaixo: **a)** Falsificação de cheque alheio.

b) Abertura de conta-corrente com documentos falsos e consequente obten

ção de cheques verdadeiros do banco. Em tal caso, o banco normalmente não paga os cheques alegando falta de fundos, até que descobre o verdadeiro golpe — uso de documentos falsos para a abertura da conta. Após a descoberta da farsa, resta claro que o crime é o de estelionato comum, sendo irrelevante o

carimbo de cheque sem fundos colocado pelo banco no verso da cártula.

c) Sustação do cheque antes de sua emissão. Nesse caso, a fraude é anterior à própria emissão.

d) Emissão de cheques que ainda estavam em poder do agente, mas referentes à conta-corrente que já fora encerrada: "*Configura-se o estelionato clássico, previsto no caput do art. 171 do CP, o pagamento através de cheque sem fundos, de conta encerrada, porquanto se trata de meio ardiloso preconcebido, com vistas a ludibriar a boa-fé do credor, não se confundindo com o delito previsto no § 2º, VI, do supracitado dispositivo legal*" (TAMG — Rel. Carlos Biasutti — *RT* 678/358).

Existe divergência na hipótese em que alguém recebe um cheque nominal e, ao tentar sacá-lo junto banco, é informado da inexistência de fundos e, para não ficar com o prejuízo, resolve fazer compras com a mesma cártula, endossando-a. Dizem alguns que o endosso equivale a uma nova emissão porque recoloca o título em circulação, caracterizando, assim, o crime do art. 171, § 2º, VI, do Código Penal. Outros sustentam que endosso e emissão são institutos distintos, de forma que o endossante deve responder por estelionato comum.

2.6.2.6.3. Sujeito ativo

É o titular da contacorrente do cheque emitido.

2.6.2.6.4. Sujeito passivo

É a pessoa que sofre o prejuízo em decorrência da recusa de pagamento por parte do banco sacado.

2.6.2.6.5. Consumação

É pacífico atualmente o entendimento de que o crime em análise não se consuma no instante em que o cheque entra em circulação, mas apenas no momento em que o banco sacado efetivamente recusa o pagamento. Assim, não há crime quando 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 441

11/4/2011 17:24:46

alguém emite um cheque sem fundos, mas imediatamente cobre o valor respectivo em sua conta bancária, antes da recusa de pagamento pelo banco. Bastará para a consumação, contudo, **uma única recusa**.

A respeito desse tema existem duas súmulas que, embora tratem da fixação do foro competente, esclarecem o momento consumativo, já que a competência se fixa pelo local da consumação do delito:

1) Súmula n. 244 do Superior Tribunal de Justiça: "*compete ao foro local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos*".

2) Súmula n. 521 do Supremo Tribunal Federal: "*o foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade de emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado*".

Assim, se a conta-corrente do emitente for da cidade de Bauru, será esta a comarca competente, qualquer que tenha sido o local da compra feita com o cheque sem fundos.

Quando, todavia, a compra é feita mediante falsificação de cheque alheio, a solu

ção é diferente, porque o crime cometido é o de estelionato comum, que se consuma no momento e no local da obtenção da vantagem ilícita. Assim, se o agente faz uma compra na cidade de Niterói e ali recebe as mercadorias compradas, mas efetua o pagamento falsificando cheque de pessoa cuja conta fica na cidade de Campinas, o foro competente é o de Niterói. Nesse sentido existe, inclusive, a Súmula n. 48 do Superior Tribunal de Justiça: "*compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque*".

2.6.2.6.6. Tentativa

É possível em ambas as modalidades do crime:

a) se o agente, de má-fé, emite um cheque sem fundos, e um parente ou amigo deposita o valor no banco antes da apresentação da cártula, sem que o sujeito

tenha feito qualquer pedido nesse sentido;

b) após a emissão dolosa de um cheque, o agente solicita ao gerente a sua sustação e este se esquece de concretizá-la, vindo o cheque a ser pago.

2.6.2.6.7. Ressarcimento do valor do cheque

Como no crime em análise o nome do criminoso encontrase estampado no cheque, é comum que ele seja intimado a depor no Distrito Policial e, em tal ocasião, se disponha a ressarcir a vítima. O Supremo Tribunal Federal, ciente de que o interesse da vítima é receber o valor do cheque, e não o de punir o seu emitente, aprovou, por política criminal, a Súmula n. 554, segundo a qual o pagamento do valor do cheque, antes do recebimento da denúncia, retira a justa causa para a ação penal. Essa súmula, entretanto, não se aplica a outras modalidades de estelionato, em relação às quais 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 442

11/4/2011 17:24:46

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

443

o ressarcimento antes do início da ação tem apenas o condão de reduzir a pena em face do arrependimento posterior (art. 16 do CP).

Já o pagamento do valor do cheque após o início da ação, mas antes da sentença, implica reconhecimento de atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do Código Penal.

2.6.3. Causas de aumento de pena

Art. 171, § 3º — A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Além da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, são entidades de direito público as autarquias e as entidades paraestatais.

Tendo em vista o grande número de fraudes praticadas contra o INSS, o Superior

Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 24 assim dispondo: "*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*". De lembrar-se apenas que o dispositivo contém, tecnicamente, **causas de aumento de pena**, e não qualificadoras propriamente ditas.

É comum que, com o emprego da fraude, o próprio agente passe a auferir, mensalmente, benefícios indevidos junto à entidade autárquica. Nesse caso, evidencia-se o caráter **permanente** da infração, de modo que a prescrição somente passa a correr a partir do último recebimento. Nesse sentido: STF — HC 99.112/AM — 1ª Turma —

Rel. Min. Marco Aurélio, p. 20/04/10, informativo 583; STJ — Resp. 463.299/GO, rel. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 23.06.2003, p. 419.

Será também majorada a pena se o crime for cometido contra instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, justificando-se o aumento pelo fato de que o prejuízo reflete em todos os seus beneficiários — pessoas necessitadas.

2.6.4. Duplicata simulada

Art. 172, *caput* — Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado: Pena — detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Nas vendas a prazo, com a emissão da nota e da fatura, é possível que o vendedor emita uma duplicata, que, por tratarse de título de crédito, pode ser colocada em circulação. Assim, o vendedor pode descontar antecipadamente o valor da venda nela contido com terceira pessoa (normalmente em bancos), e esta, por ocasião do vencimento, receber do comprador. A duplicata também pode ser emitida em decorrência da prestação de serviços.

Ocorre que, se a duplicata, fatura ou nota de venda for emitida sem que corresponda a uma efetiva venda ou serviço prestado, poderá gerar prejuízo para quem a 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 443

11/4/2011 17:24:46

desconte. Isso porque, na data do vencimento, é evidente que a pessoa que consta no título como adquirente da mercadoria ou destinatário do serviço prestado irá se recusar a efetuar o pagamento, pois não há o que ser pago.

Alguns empresários passaram a ter como comportamento costumeiro emitir dupli cata simulada, descontála junto ao banco para obter capital e, na data do vencimento, pagar, eles próprios, o valor respectivo, sem que o banco e a pessoa apontada como compradora ou prestadora do serviço fiquem sabendo disso. Em tal caso, não houve prejuízo financeiro efetivo, porém, é óbvio que o empresário lançou mão de um meio fraudulento, qual seja, a elaboração de uma cártula contendo informação falsa. Por essa razão, tipificou-se como crime o simples ato de "emitir" a duplicata simulada, ainda que disso não decorra prejuízo. Trata-se, pois, de crime **formal**. Emitir, todavia, não é apenas preencher, e sim **colocar a duplicata em circulação**, pois, antes disso, o emitente pode simplesmente rasgar a duplicata simulada que confeccionou. Nesse sentido: "*O*

crime de emissão de fatura, que tem como núcleo o ato de emitir títulos que não guardam correspondência com a venda mercantil efetivamente realizada, consuma-se no momento em que os documentos são colocados em circulação, não se exigindo a efetividade do proveito econômico pela oposição do aceite do sacado" (STJ — HC 8.957/GO — Rel. Min.

Vicente Leal — 6ª Turma — *RT* 772, p. 543).

O entendimento tradicional da doutrina é o de que tal crime não admite tentativa, porque, ou o título é emitido e está consumado, ou não é, e o fato é atípico. É

possível, contudo, que o agente tente colocar a duplicata em circulação e não consiga, razão pela qual surgiu entendimento de que a tentativa é possível em tal caso. É

a opinião, por exemplo, de Cezar Roberto Bitencourt,185 com a qual concordamos.

O sujeito ativo é quem emite dolosamente o documento simulado. Sujeito passivo é quem desconta o título e o sacado apontado no título, que corre o risco de ser protestado.

A duplicata simulada, por ser crime especial, absorve o crime de falsidade ideológica.

2.6.5. Falsidade no livro de registro de duplicatas

Art. 172, parágrafo único — Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.

A exigência de referido livro para os empresários que emitem duplicatas encontra-se no art. 19 da Lei n. 5.474/68.

O tipo penal em análise é, em verdade, dispensável, pois, em sua ausência, a conduta configuraria falsidade documental, lembrando-se de que o art. 297, § 2º, do Código Penal equipara a documento público os livros mercantis. Todavia, em razão da existência do delito especial ora em estudo, apenas a falsificação de outros livros será considerada falsidade documental. Quando o falso recair especificamente no Livro de Registro de Duplicatas, estará configurado o delito deste art. 172, parágrafo único.

185 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 306.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 444

11/4/2011 17:24:46

É relevante salientar, ainda, que tal delito só tem autonomia quando o autor da falsificação do livro não emite efetivamente qualquer duplicata simulada baseada na escrituração falsa, pois, se o fizer, responderá apenas pela figura do *caput*, ficando a falsificação absorvida por se tratar de crime-meio. Ademais, se o empresário primeiro emitir a duplicata e depois falsificar o livro, a última conduta será considerada *post factum* impunível. Percebe-se, portanto, que o crime em análise afeta apenas a boa-fé nos títulos e documentos, já que dele não decorre qualquer prejuízo patrimonial e, assim, a vítima é o Estado. Daí porque se mencionou acima que a conduta deveria estar descrita entre os crimes de falsidade documental e não como figura autônoma dentre os crimes contra o patrimônio.

Sujeito ativo do crime é o autor da falsificação ou adulteração.

A figura “falsificar” significa criar a escrituração, enquanto a modalidade “adulterar” pressupõe a prévia existência de uma escrituração válida que venha a ser modificada pelo agente. Deve-se ressaltar que, para a existência do crime, é necessário que o produto da falsificação seja capaz de iludir, pois, em se tratando de falsificação grosseira, o fato é atípico.

O crime consuma-se com a falsificação ou adulteração, independentemente da obtenção de qualquer vantagem ou provocação de prejuízo a outrem. A tentativa é possível quando o agente é flagrado dando início ao processo de falsificação e se vê impossibilitado de prosseguir na execução.

2.6.6. 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 outrem:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Abusar significa aproveitar-se de alguém. No crime em tela o abuso consiste em o agente valer-se da necessidade, paixão ou inexperiência de pessoa menor de 18

anos ou portadora de doença mental e, assim, convencê-la a praticar um ato jurídico que possa produzir efeito em seu próprio prejuízo ou em prejuízo de terceiro. Diferencia-se do estelionato porque não se mostra necessária uma fraude para enganar a vítima, bastando que o agente se aproveite de sua reduzida capacidade de compreensão dos atos da vida civil. Apesar de o tipo penal exigir intenção por parte do agente de obter vantagem econômica, para si ou para outrem, cuidase de crime **formal** que se consuma com a prática do ato pela vítima, ainda que dele não advenha efetiva vantagem para o agente ou para terceiro.

A propósito: “*Configura abuso de incapaz o induzimento de débil mental à prá tica de atos que podem afetar seu patrimônio e o de terceiro, com proveito pró-*

prio para o réu ou para outrem (...). Vítima portadora de oligofrenia em grau de debilidade mental leve é incapaz para certos atos da vida civil, entre eles a

outorga de procuração e transação comerciais" (TARS — Rel. Antonio Carlos Netto 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 445

11/4/2011 17:24:46

Mangabeira — *RT* 607/270); "*Tipifica-se o crime de abuso de incapazes, previsto no art. 173 do CP, se o agente, previamente mancomunado com terceira pessoa, que figurou como 'testa de ferro', abusa, em proveito próprio, do débil estado mental de sua genitora, induzindo-a à prática de ato simulado, suscetível de efeitos jurídicos (cessão de meação), em prejuízo próprio e, eventualmente, de terceiros*" (Tacrim-SP — Rel. Heitor Prado — *RJD* 4/44); "*Incorre nas penas do art. 173 do Código Penal o agente que, a partir de um relacionamento amoroso com uma menor, faz com que esta venda joias da família para que ele, em proveito próprio, adquira outro bem, sendo irrelevante a análise acerca da vontade da impúbere*" (Tacrim-SP — Rel. Ivan Marques — *RJD* 22/45).

A tentativa é possível.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

Sujeito passivo é a pessoa menor de 18 anos ou pessoa portadora de alienação ou debilidade mental.

No art. 106 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), existe tipo penal especí -

fi co em que o agente abusa da incapacidade de pessoa idosa **sem discernimento**, em razão de idade avançada ou por doença. Tal dispositivo prevê pena de reclusão, de dois a quatro anos, para quem "*induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente*".

2.6.7. 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 um a três anos, e multa.

Trata-se de figura penal que, igualmente, pressupõe uma situação de abuso, porém aqui o sujeito passivo deve ser pessoa **inexperiente** (com pouca vivência nos negócios), **simples** (humilde, sem malícia) ou com desenvolvimento mental **deficiente** (índice de inteligência aquém do normal). A lei, portanto, visa proteger o patrimônio de pessoas rústicas, simplórias, ignorantes, que são mais facilmente ludibriadas.

Para a configuração do ilícito, é necessário que o agente, com intenção de obter lucro, aproveite-se da condição da vítima para convencê-la à prática de jogo, aposta ou especulação com títulos ou mercadorias. Exige-se, ainda, que o agente saiba ou deva saber que tal ato é ruinoso, ou seja, que ele tenha certeza disso ou que as circunstâncias tragam um prognóstico claro a esse respeito.

Cuidase de crime **formal**, que se consuma com a prática do ato pela vítima, ainda que dele não advenha qualquer vantagem para o agente ou para terceiro. A lei pune a má-fé do sujeito, e, assim, o crime existe ainda que a vítima, por alguma excepcionalidade, venha a lucrar com a operação.

A tentativa é possível.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 446

11/4/2011 17:24:46

2.6.8. Fraude no comércio

Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I — vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II — entregando uma mercadoria por outra:

Pena — detenção, de seis meses a 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 um a cinco anos, e multa.

Trata-se de delito que protege não só o patrimônio mas também a boa-fé que deve existir nas relações comerciais.

O sujeito ativo deve ser **empresário**, pois, se não o for, o crime será o de fraude na entrega de coisa (art. 171, § 2º, IV, do CP). Trata-se, portanto, de crime **próprio**.

Nos termos da lei, sujeito passivo pode ser qualquer adquirente ou consumidor, até mesmo outro empresário que adquira o objeto.

A primeira conduta típica é "vender" mercadoria falsificada ou deteriorada como se fosse verdadeira ou perfeita. Atualmente, entretanto, é difícil imaginar situa-

ção que não esteja revogada pelo art. 7º da Lei n. 8.137/90, que trata dos crimes contra as relações de consumo. O inc. III do mencionado artigo refere-se a hipóteses de mercadoria falsificada ao punir com detenção, de dois a cinco anos, ou multa quem "*misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desi-guais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo*". De outro lado, o inc. IX do mesmo artigo refere-se a situações de mercadoria deteriorada, ao prever a mesma pena para aquele que vende, tem em depósito para venda, expõe à venda ou, de qualquer forma, entrega matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias para consumo. Por sua vez, o art. 18, § 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) estabelece que se consideram impróprias para consumo as mercadorias deterioradas.

A segunda conduta típica prevista no art. 175 consiste em entregar uma mercadoria por outra, enganando o consumidor. O engodo pode referir-se à própria substância, sua qualidade ou quantidade. Ressalte-se, novamente, que, se o agente não for empresário, o crime será o de fraude na entrega de coisa.

Essas figuras típicas consumam-se no momento da entrega do objeto material ao adquirente ou consumidor. A tentativa é possível quando a vítima percebe a fraude e recusase a receber o bem.

No § 1º do art. 175 estão elencadas quatro figuras qualificadas do crime de fraude no comércio consistentes em: **a)** alterar a qualidade ou o peso de metal em obra encomendada; **b)** substituir pedra verdadeira por falsa ou outra de menor valor em obra encomendada; 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 447

11/4/2011 17:24:46

c) vender pedra falsa por verdadeira;

d) vender, como precioso, metal de outra natureza.

Por fim, no § 2º do art. 175 existe regra permitindo a aplicação do privilégio a todas as modalidades do crime de fraude no comércio, desde que o réu seja primário e pequeno o valor da coisa.

2.6.9. 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 quinze dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação, e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

Nesse dispositivo estão previstas três condutas ilícitas.

A primeira delas é **tomar refeição** em restaurante sem dispor de recursos para efetuar o pagamento. A lei refere-se genericamente a restaurante, de tal forma que abrange lanchonetes, cafés, bares e outros estabelecimentos que sirvam refeição.

Esta, aliás, engloba a ingestão de bebidas. Como o tipo penal diz “tomar refeição em restaurante”, entende-se que o delito não se configura quando o agente é servido em sua própria residência.

A segunda conduta incriminada é **alojar-se** em hotel sem dispor de recursos para efetuar o pagamento. A punição, evidentemente, estende-se a fatos que ocorram em estabelecimentos similares, como pensões ou pousadas.

A última conduta criminosa consiste em utilizar-se de **meio de transporte** (ônibus, táxi, lotação, barco, trem) sem possuir recursos para efetuar o pagamento.

O tipo penal expressamente exige que o agente realize as condutas típicas **sem dispor de recursos para efetuar o pagamento** naquele instante. Por isso, enten dese que o delito não se configura nas chamadas "penduras" ou "pinduras" realizadas pelos estudantes de direito no dia 11 de agosto, porque eles possuem os recursos para pagar, apenas se recusam a fazê-lo por julgarem-se convidados do estabelecimento em homenagem ao dia em que se comemora a inauguração dos cursos de Direito no País.

Também não há crime quando o agente se recusa a efetuar o pagamento por discordar do valor da conta apresentada.

Quem paga restaurante com cheque sem fundos incorre em crime mais grave previsto no art. 171, § 2º,VI, do Código Penal.

Os crimes consumam-se com a utilização, ainda que parcial, do serviço (alimentação, hospedagem ou transporte). A tentativa é possível. Por fim, o parágrafo único do art. 176 contém duas regras:

a) a ação penal é **pública condicionada à representação**. Não se esqueça, ademais, de que a infração é de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal;

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 448

11/4/2011 17:24:46

b) poderá ser concedido o perdão judicial se as circunstâncias do caso indicarem sua pequena gravidade (pequeno prejuízo, por exemplo).

Havendo estado famélico, o fato não será considerado crime em face do estado de necessidade.

2.6.10. Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177, *caput* — 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 um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

A modalidade criminosa prevista no *caput* do art. 177 refere-se à **fundação** da sociedade por ações.

De acordo com a brilhante lição de Júlio Fabbrini Mirabete,186 tratase de crime em que o fundador da sociedade por ações (sociedade anônima ou comandita por ações) "*induz ou mantém em erro os candidatos a sócios, o público ou presentes à assembleia, fazendo falsa afirmação sobre circunstâncias referentes à sua constitui-*

ção ou ocultando fato relevante desta. Podem girar elas sobre falsa informação a respeito de subscrições ou entradas, de recursos técnicos da companhia, de nomes de pseudoinvestidores etc. Na forma omissiva, pode o agente cometer o crime ocultando o nome dos fundadores, de problemas técnicos etc., cujo conhecimento poderia prejudicar ou impedir a subscrição de ações e a própria constituição da sociedade". A fraude pode constar de prospecto ou de comunicação feita ao público ou em assembleia da empresa.

Trata-se de crime **próprio** em que o sujeito ativo é o fundador da sociedade por ações. Sujeito passivo são as pessoas físicas ou jurídicas que subscreveram o capital.

Cuidase, contudo, de delito **formal** que se consuma no momento em que é feita a afirmação falsa ou contendo a omissão fraudulenta de informação relevante, ainda que não decorra qualquer resultado lesivo. É pacífico o entendimento de que o crime não admite a tentativa na modalidade omissiva. Em relação à figura comissiva, existe controvérsia.

O texto legal, ao cuidar da pena, deixa claro que o crime em análise, bem como

as figuras do § 1º, são subsidiárias, ou seja, cedem lugar quando o fato se enquadra como crime contra a economia popular. Assim, se a conduta atingir número elevado e indeterminado de pessoas, estará configurado o crime do art. 3º, VII a X, da Lei n. 1.521/51.

186 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 318.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 449

11/4/2011 17:24:46

Nas figuras descritas no § 1º do art. 177, a lei penal incrimina **fraudes** e **abusos** na administração da sociedade por ações, estabelecendo as mesmas penas para:

"I — o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relató-

rio, 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 pró-

prio 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." Notase, portanto, que, em tal dispositivo, o legislador pune o diretor, o gerente e, em alguns casos, o fiscal e o liquidante, que incidam em fraude em afirmação referente à situação econômica da empresa, realizem falsa cotação de ações, tomem emprestado ou usem indevidamente bens ou haveres da sociedade, comprem ou vendam ilegalmente ações, prestem caução ou penhor ilegais, distribuam lucros ou dividendos fictícios ou aprovem fraudulentamente conta ou parecer.

Todos esses crimes são **próprios**, pois só podem ser cometidos pelas pessoas expressamente mencionadas no texto legal.

Na hipótese do inc. I, sujeito passivo pode ser qualquer pessoa.

No inc. II, vítimas são os sócios ou quaisquer outras pessoas que possam sofrer prejuízo em razão da falsa cotação. Ex.: o acionista que vende a ação abaixo do pre

ço em razão da falsa cotação, ou o estranho que adquire a ação acima do preço pela mesma razão.

Nas hipóteses dos incs. III a VIII, as vítimas são a sociedade e seus acionistas.

Já no inc. IX, o dispositivo incrimina o representante de sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País que faça comunicação falsa, que se omita fraudulentamen te quanto à situação econômica da empresa, que promova falsa cotação de ações ou títulos desta ou, ainda, que preste informação falsa ao Governo. Nesse caso, além da sociedade e de seus acionistas, o Estado também pode ser sujeito passivo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 450

11/4/2011 17:24:46

Por fim, o § 2º do art. 177 prevê pena de seis meses a dois anos de detenção, e multa, ao "*acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral*". Tal infração, contudo, perdeu sua importância prática depois que o art. 118 da Lei n. 6.404/76 permitiu o acordo de acionistas, inclusive quanto ao exercício do direito de voto. É claro, entretanto, que o tipo penal não está revogado, constituindo infração penal o acordo espúrio, feito sem as formalidades legais ou em desacordo com dispositivo legal, no intuito de obter vantagem ilícita.

O crime consuma-se com a negociação do voto, independentemente da efetiva votação. A tentativa é possível.

2.6.11. Emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*

Art. 178. Emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal: Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

A matéria tratada nesse dispositivo tem seu fundamento no Decreto n. 1.102/1903, que permite a emissão do conhecimento de depósito e do *warrant* quando mercadorias são depositadas em armazéns gerais. Esses títulos, negociáveis por endosso, são entregues ao depositante, sendo que o primeiro é documento de propriedade da mercadoria e confere ao dono o poder de disposição sobre a coisa, enquanto o segundo confere ao portador direito real de garantia sobre as mercadorias. Assim, quem possui ambos tem a plena propriedade delas.

Conforme se pode verificar pela própria redação do artigo, a simples emissão não constitui crime. Delito é a circulação desses títulos em desacordo com disposi

ção legal. Trata-se, pois, de **norma penal em branco**, complementada pelo decreto há pouco mencionado. De acordo com seus ditames, a emissão é irregular quando: **a)** a empresa não está legalmente constituída (art. 1º);

b) inexiste autorização do Governo Federal para a emissão (arts. 2º e 4º); **c)** inexistem as mercadorias no documento especificadas;

d) há emissão de mais de um título para a mesma mercadoria ou gêneros especificados no título;

e) o título não perfaz as exigências reclamadas no art. 15 do decreto.

Sujeito ativo é o depositário da mercadoria. Sujeito passivo é o endossatário ou portador que recebe o título sem saber da ilegalidade.

O crime se consuma quando o título é colocado em circulação e a tentativa não é possível, pois, ou o agente o coloca em circulação, consumando o crime, ou não o faz, sendo atípica a conduta.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 451

11/4/2011 17:24:47

2.6.12. Fraude à execução

Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

Pressuposto desse crime é a existência de uma sentença a ser executada ou de uma ação executiva em andamento. O agente, então, com o fim de fraudar a execu

ção, desfaz-se de seus bens por meio de uma das condutas descritas na lei (alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou, ainda, simulando dívidas).

Sujeito ativo é o devedor. Se for empresário e for decretada sua quebra, o ato caracterizará crime falimentar (art. 168 da Lei n. 11.101/2005).

Trata-se de crime **material** que somente se consuma quando a vítima sofre

algum prejuízo patrimonial em consequência da atitude do agente. A tentativa é possível quando o sujeito pratica o ato, mas não consegue fraudar a execução por existirem outros bens que garantam o direito do credor.

A ação penal é **privada**. Se a fraude, entretanto, atingir execução promovida pela União, Estado ou Município, a ação será pública incondicionada nos termos do art. 24, § 2º, do Código de Processo Penal.

2.6.13. Questões

1. (Ministério Público/SP — 79º concurso) De acordo com a orientação sumular oriunda do Superior Tribunal de Justiça, quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, haverá:

a) falso.

b) falso em continuidade delitiva com estelionato.

c) estelionato.

d) falso em concurso formal com estelionato.

Resposta: "c". É o que diz a Súmula n. 17 do STJ.

2. (Magistratura/SP — 170º concurso) Em que dispositivo do Código Penal se enquadra, em tese, o chamado "pendura" praticado pelos estudantes de Direito, em comemoração à funda-

ção dos cursos jurídicos no país?

a) Estelionato privilegiado, devido ao pequeno valor do prejuízo causado.

b) Delito de fraude, consistente em tomar refeição em restaurante, sem dispor de recursos para pagar a despesa.

c) Crime de dano qualificado, por motivo egoístico.

d) Em nenhuma das capitulações supra, por se tratar de fato atípico.

Resposta: "d". Em nossa opinião, o fato é atípico, pois os estudantes têm o dinheiro, apenas se recusam a pagar por se sentirem convidados pelo dono do

estabelecimento em dia festivo.

3. (OAB/SP — 137º exame) Viviane esteve em uma locadora de filmes e, fazendo uso de documento falso, preencheu o cadastro e locou vários DVDs, já com a intenção de não devolvê-los.

Nessa situação hipotética, por ter causado à casa comercial prejuízo equivalente ao valor dos DVDs, Viviane praticou, segundo o CP, o delito de:

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 452

11/4/2011 17:24:47

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

453

a) uso de documento falso.

b) estelionato.

c) furto mediante fraude.

d) apropriação indébita.

Resposta: "b". Viviane empregou fraude (uso do documento falso) para induzir a funcionária em erro e receber a posse desvigiada dos DVDs, já com dolo de não os devolver. Presentes, portanto, todos os requisitos do crime de estelionato.

4. (Delegado de Polícia/SP — 2008) O estelionato é qualificado, com aumento da pena de um terço, se cometido em detrimento de:

a) entidade de direito público.

b) pessoa maior de 60 anos.

c) pessoa incapaz.

d) ascendente e descendente.

e) companhia de seguros.

Resposta: “ a”. Existe previsão expressa no art. 171, § 3º, do Código Penal, estabelecendo agravação da pena no crime de estelionato quando a vítima é entidade de direito público.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 453

11/4/2011 17:24:47

VII

DA RECEPTAÇÃO

2.7. DA RECEPTAÇÃO

A receptação, delito dos mais importantes do Título dos crimes contra o patrimônio, está toda tratada no art. 180 do Código Penal, e subdivide-se em modalidades **dolosa** e **culposa**.

2.7.1. Receptação dolosa

A receptação dolosa possui as seguintes figuras:

a) simples, que pode ser própria (*caput*, 1ª parte) ou imprópria (*caput*, 2ª parte);
b) qualificada (§ 1º);

c) agravada (§ 6º);

d) privilegiada (§ 5º, 2ª parte).

Receptação

dolosa

Simples

Qualificada

Agravada

Privilegiada

Própria

Imprópria

2.7.1.1. Receptação própria

Art. 180, *caput*, 1ª parte — Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime...: Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 454

11/4/2011 17:24:47

2.7.1.1.1. Objetividade jurídica

O patrimônio.

2.7.1.1.2. Tipo objetivo

O crime de receptação própria possui cinco núcleos separados pela conjunção alternativa **"ou"** . Assim, a realização de uma só conduta já é suficiente para configurar o crime, mas a prática de mais de uma delas em relação ao mesmo objeto material constitui crime único. Por isso, quem adquire e depois conduz um carro roubado comete um só delito. Enquadrase, portanto, no conceito de crime de **ação múltipla**, também chamado de crime de **conteúdo variado** ou com **tipo misto alternativo**.

As condutas incriminadas são:

a) Adquirir: obter a propriedade, a título oneroso (compra e venda ou permuta) ou gratuito (doação).

b) Receber: obter a posse, ainda que transitoriamente. Ex.: receber um carro para guardar na garagem de sua casa, sabendo que ele é furtado.

O fato de pegar carona em carro que sabe ser roubado ou furtado não constitui

receptação, na medida em que a conduta do caronista não se enquadra em quaisquer das figuras típicas elencadas no art. 180.

c) Transportar: levar um objeto de um local para outro. Ex.: o motorista de um caminhão que carrega carga roubada.

d) Conduzir: dirigir veículo de origem ilícita.

e) Ocultar: esconder, colocar o objeto em local onde não seja visto pelas pes soas em geral.

• Caráter acessório

A receptação é classificada como crime acessório porque sua existência pressupõe a ocorrência de um crime anterior. Ocorre, por exemplo, quando alguém compra um carro roubado, uma bicicleta furtada, um relógio objeto de estelionato etc.

A receptação é crime contra o patrimônio, mas **não tem como requisito que o crime antecedente também seja desse Título** — embora normalmente o seja. Assim, quem adquire, por exemplo, objeto produto de crime de peculato (contra a Administração Pública) comete receptação. O correto é afirmar que o crime antecedente deve ter reflexos patrimoniais, sendo desnecessário que esteja previsto no Título dos crimes contra o patrimônio.

Apesar de extenso o texto, entendemos pertinente colacionar julgado do brilhante Desembargador Dante Busana em torno do tema: "*Embora verdadeiro que o crime precedente à receptação não necessita ser patrimonial e pode, eventualmente, constituir-se num falso documental, não é menos certo que a receptação, delito contra o patrimônio, supõe sempre a lesão a este bem jurídico. 'A receptação, escreve Heleno Cláudio Fragoso — constitui uma nova violação do direito já anteriormente* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 455

11/4/2011 17:24:47

agredido, mantendo ou perpetuando uma situação antijurídica' (Lições de Direito Penal, v. 2/160, 3. ed., Bushatsky, 1977). Por importar em nova violação de direito já anteriormente agredido e ter como objetividade jurídica o patrimônio, a receptação supõe que o delito a quo seja patrimonial ou, quando menos, envolva, de algum modo, situação patrimonial, como ocorre no peculato, no contrabando, na corrupção ativa e em alguns casos de falso. Nestes casos, apesar da objetividade jurídica principal do crime antecedente ser a administração pública ou a fé pública, o bem jurídico secundário é o patrimônio (público ou particular) cuja lesão a prática do delito do art. 180

do CP mantém ou perpetua. Com a luminosa clareza que constitui sua marca, ensina Nélson Hungria: 'A receptação pode ser definida como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem' (Comentários ao Código Penal, v. VII/296, Forense, 1955). Porque é indispensável 'uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior', configura o delito de receptação o recebimento, em proveito próprio ou alheio, de letra de câmbio, promissória ou cheques que se sabe falsos, mas não o recebimento doloso de certidão falsa de assento de nascimento. Não bastasse, afastaria o crime do art. 180 do CP o fato de o sujeito ativo ter participado da consumação do delito antecedente intermediando a criação do falso.

O réu concorreu para a consumação do crime do art. 297 do CP, e, à evidência, não pode ser punido por receptação. O receptador, como cediço, não pode haver concorrido para o crime a quo" (TJSP — Rel. Dante Busana — *RJTJSP* 128/481).

É possível, ainda, várias receptações em relação ao mesmo objeto material, cometidas por pessoas distintas, ou, como costumam dizer os doutrinadores, é possível receptação de receptação. É necessário, contudo, que os sucessivos adquirentes tenham ciência da origem criminosa do bem. Assim, ainda que tenha havido uma quebra na sequência, haverá receptação, como, por exemplo, no seguinte caso: o receptador Arnaldo vende o objeto para Bento, que não sabe da origem criminosa, e este, por sua vez, vende-o para Carlos, que tem ciência da procedência espúria do objeto. É óbvio que nesse caso Arnaldo e Carlos respondem por receptação dolosa, pois o objeto não deixa de ser produto de crime apenas porque Bento não sabia de sua origem.

Como o tipo penal exige que o objeto seja produto de **crime**, o ato de receber ou ocultar objeto produto de **contravenção não configura** receptação, podendo, dependendo do caso concreto, tipificar alguma outra infração penal ou ser atípico.

Se o objeto for produto de crime e o agente souber disso, haverá receptação ainda que o crime antecedente seja de ação penal privada e o ofendido não tenha oferecido queixa-crime, ou que o delito dependa de representação não oferecida pela vítima. Em tais casos, o Ministério Público terá que provar, incidentalmente, a ocorrência do crime anterior na ação penal que apura a receptação, hipótese, entretanto, em que só o autor desse crime poderá ser condenado e nunca o autor do delito anterior.

A receptação, por sua vez, é sempre crime de ação **pública incondicionada**.

Interessante ressalvar que alguns crimes acessórios guardam relação de proporcionalidade com a pena do crime antecedente, o que não ocorre com a receptação do losa, cuja pena é sempre de reclusão, de um a quatro anos, e multa, quer o crime 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 456

11/4/2011 17:24:47

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

457

antecedente seja de maior, quer de menor gravidade. A pena em abstrato, portanto, é a mesma, quer seja o objeto produto de latrocínio, quer de apropriação de coisa achada.

• Receptação e contrabando

Quem adquire objeto ciente de que é produto de contrabando ou descaminho comete receptação, exceto se o fizer no exercício de atividade comercial ou industrial, hipótese em que estará tipificada figura específica do próprio crime de contrabando, prevista no art. 334, § 1º, *d*, do Código Penal.

• Aquisição de CDs falsificados

Constitui crime específico de **violação de direito autoral**, previsto no art. 184,

§ 2º, do Código Penal, a conduta de, **com intuito de lucro**, adquirir fonograma reproduzido com violação de direito autoral. Essa figura criminosa, contudo, pune o camelô ou outro tipo de comerciante que compra os CDs “piratas” com intuito de lucro na revenda por preço maior. A pena de tal crime é maior que a da receptação

— reclusão, de dois a quatro anos, e multa. O consumidor que adquire CD pirata comete receptação.

• Receptação e crime falimentar

Quem adquire ou recebe bem desviado que sabe pertencer à massa falida comete crime especial, previsto no art. 174 da Lei de Falências.

2.7.1.1.3. Objeto material

É o objeto produto de crime, assim entendido, aquele que é obtido em decorrência da ação delituosa, ainda que tenha passado por alguma transformação após o delito. Assim, são produtos de crime o relógio roubado, o carro furtado, a bicicleta produto de apropriação indébita, o computador obtido por meio de um peculato, como também as barras de ouro provenientes do derretimento de joias subtraídas.

O **instrumento** do crime não é obtido com a ação delituosa. Ele já estava em poder do autor do crime antecedente que dele faz uso para a prática da infração penal. A arma de fogo usada em um roubo ou a chave falsa utilizada em um furto, por exemplo, não são produtos, mas sim instrumentos de crime e, por isso, não podem ser objeto de receptação.

Quem guarda o instrumento de um crime para “dar cobertura” ao autor do delito antecedente comete favorecimento real, delito previsto no art. 348 do Código Penal.

O **preço** do crime tampouco pode ser objeto material de receptação. O exemplo mais óbvio é o veículo regularmente comprado por alguém e entregue a um assas sino como pagamento pelo homicídio entre eles combinado. O carro recebido é o preço, e não o produto do homicídio.

• Receptação de coisa imóvel

Bens imóveis **não** podem ser objeto de receptação. É o que diz o Supremo Tribunal Federal: "*Habeas Corpus — Receptação de bem imóvel — Impossibilidade* 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 457

11/4/2011 17:24:47

458 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

de tipificação desse crime no Direito Penal Brasileiro vigente — Interpretação do art. 180 do Código Penal. Recurso de Habeas Corpus provido" (STF — RHC 58329/

MG — 1ª Turma — Rel. Min. Cunha Peixoto — *DJ* 28.11.1980, p. 10.100). "*Em face da legislação penal brasileira, só as coisas móveis ou mobilizadas podem ser objeto de receptação. Interpretação do art. 180 do Código Penal. Assim, não é crime, no direito pátrio, o adquirir imóvel que esteja registrado em nome de terceiro, que não o verdadeiro proprietário, em virtude de falsificação de procuração. Recurso ordinário a que se dá provimento, para se ter a denúncia por inepta com relação ao recorrente*" (STF — RHC 57.710/SP — 2ª Turma — Rel. Min. Moreira Alves

— *DJ* 06.05.1980, p. 3.484).

Na doutrina, essa é também a opinião de Nélson Hungria,187 Magalhães Noronha,188 Damásio de Jesus189 e Fernando Capez.190 Argumentam que a palavra "recepta

ção" significa dar abrigo, esconder, o que só é possível com as coisas móveis, e que a receptação pressupõe deslocamento do bem do poder de quem o detém. Em sentido contrário, podemos apontar as opiniões de Heleno Cláudio Fragoso191 e Júlio Fabbrini Mirabete,192 que sustentam que os imóveis podem ser produto de crime (estelionato, por exemplo) e que o tipo penal do art. 180 não exige que o objeto material seja coisa móvel, ao contrário do que ocorre em delitos como furto, roubo e apropriação indébita.

2.7.1.1.4. Sujeito ativo

O autor do crime de receptação pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime

comum.

Evidente, entretanto, que o **autor**, **coautor** ou **partícipe** do crime antecedente somente respondem por tal delito e nunca pela receptação. Assim, quem "encomenda" um carro de determinada marca e cor para um ladrão e paga por ele após o cometimento do furto é partícipe deste crime por ter induzido o furtador a subtrair tal veículo, e não autor de uma receptação.

Da mesma maneira, quando duas pessoas furtam uma casa e dividem o produto do crime e, posteriormente, uma delas compra os objetos, que, na divisão, tinham ficado com o comparsa, só responde pelo furto qualificado pelo concurso de agentes.

A aquisição para esta pessoa constitui *post factum* impunível.

• **Advogados**

Podem cometer receptação caso recebam produto de crime como pagamento por serviços prestados em defesa de criminosos, desde que conheçam a procedência ilícita. Não há qualquer espécie de imunidade para os defensores.

187 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 304.

188 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 516.

189 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 457/458.

190 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 530.

191 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 163.

192 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 353/354.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 458

11/4/2011 17:24:47

2.7.1.1.5. Sujeito passivo

A receptação é um crime que não faz surgir um novo sujeito passivo. A vítima de tal delito é a mesma do crime antecedente.

Apesar de o tipo penal da receptação não exigir que a coisa seja alheia, é claro que o dono do objeto não pode cometer receptação quando adquire o bem que lhe havia sido furtado ou roubado anteriormente. É que uma pessoa não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de um crime. Excepcionalmente, entretanto, o proprietário poderá responder por receptação, como, por exemplo, na hipótese em que toma emprestado dinheiro de alguém e deixa com o credor algum bem como garantia da dívida (mútuo pignoratício). Na sequência, sem que haja ajuste com o dono, uma pessoa furta referido objeto e, posteriormente, o oferece ao proprietário, que o adquire com a intenção de locupletar-se com a conduta, pagando, evidentemente, valor muito menor e não noticiando o fato às autoridades e ao credor. Em tal caso, o dono responde por receptação, uma vez que a vítima é o credor cujo patrimônio foi lesado pela perda do direito real de garantia sobre o bem empenhado, e não o dono do bem (autor da receptação).

2.7.1.1.6. Consumação

No exato instante em que o agente adquire, recebe, oculta, conduz ou transporta o bem. Nas últimas três figuras, a receptação é considerada crime permanente, isto é, sua consumação se prolonga durante todo o tempo em que o agente estiver conduzindo, transportando ou escondendo o objeto de origem criminosa, o que, aliás, possibilita a prisão em flagrante a qualquer momento, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal.

Nas modalidades “adquirir” e “receber”, a receptação é crime instantâneo, de modo que a prisão em flagrante só é possível quando o agente está comprando ou recebendo o bem. Se alguém comprou um carro há meses, e o veículo roubado está estacionado defronte à sua residência, ele não pode ser preso em flagrante porque, em tal instante, ele não está mais comprando o automóvel. O fato de permanecer na posse do bem não faz com que o crime se considere permanente. Ressalte-se, entretanto, que, se essa pessoa que comprou o carro meses atrás for parada por *blitz* policial em momento em que estiver conduzindo o carro roubado, poderá ser presa em flagrante porque estava realizando nova conduta típica. Só poderá, entretanto, ser condenada por **uma** receptação, por se tratar de um mesmo objeto material roubado.

2.7.1.1.7. Tentativa

A receptação **própria** é crime **material**, de modo que admite a figura da tentativa. Ex.: pessoa é contratada para conduzir veículo furtado e é flagrada antes de começar a dirigi-lo; sujeito está negociando a compra de um carro roubado, mas o negócio não se concretiza etc.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 459

11/4/2011 17:24:47

460 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

2.7.1.1.8. Elemento subjetivo

O tipo penal da receptação própria exige que o agente **saiba da procedência criminosa do bem**. Significa que ele deve ter plena ciência da origem ilícita. Daí porque se diz que a receptação simples só é compatível com a figura do dolo **direto**,

na medida em que o agente **quer** efetivamente comprar ou receber algo que sabe ser de origem criminosa.

Se o sujeito apenas desconfia de tal origem, mas não tem certeza a esse respeito e, mesmo assim, adquire ou recebe o objeto, que depois se apura ser mesmo de origem espúria, responde por recepção **culposa**, uma vez que a figura da receptação dolosa é **incompatível com a modalidade de dolo eventual**. Em suma, em se tratando de receptação, quem agir com dolo eventual ou de forma culposa responde por receptação culposa (art. 180, § 3º, do CP).

A grande maioria dos doutrinadores entende que somente existe receptação quando o agente já conhece a origem ilícita do bem no momento em que realiza a conduta típica. Por isso, se alguém compra um objeto sem saber de sua procedência e, depois de já estar na posse, toma conhecimento da origem criminosa e o mantém em seu poder, não responde por receptação. Em verdade essa interpretação decorre da própria redação do art. 180, *caput*, do Código Penal, pois, se o agente, depois de tomar conhecimento da procedência, não adquiriu, recebeu, ocultou, conduziu ou transportou o bem, o fato é atípico.

Haverá, entretanto, configuração da receptação, se, depois de tomar ciência, o agente realizar nova conduta típica. Ex.: após saber que o bem é roubado, o agente, querendo com ele permanecer, o esconde. Comungam deste entendimento Fernando Capez,193 Magalhães Noronha,194 Damásio de Jesus,195 Júlio Fabbrini Mirabete196 e Heleno Cláudio Fragoso.197 Nélson Hungria,198

citando jurisprudência francesa, discorda desse entendimento dizendo que não há razão para a distinção, porém, não apresenta qualquer argumento convincente.

Nas hipóteses de crime permanente, mostra-se possível a configuração da receptação na hipótese em que o agente inicia o transporte de uma carga da cidade de São Paulo para Curitiba e, no trajeto, recebe um telefonema esclarecendo que se trata de objetos roubados e, mesmo assim, prossegue no transporte e concretiza a entrega ao destinatário na última cidade.

• Receptação e favorecimento real

A existência da receptação pressupõe que o agente queira obter alguma vantagem, para si ou para outrem. A palavra **"outrem"** refere-se a qualquer outra pessoa que não a autora do crime antecedente. Com efeito, aquele que, por exemplo, esconde um 193 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, p. 533.

194 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 493.

195 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 507.

196 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 354.

197 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. I, p. 478.

198 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 306/307.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 460

11/4/2011 17:24:47

objeto produto de furto a fim de ajudar o próprio ladrão comete crime especial chamado favorecimento real, descrito da seguinte forma no art. 349 do Código Penal:

"*prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria e receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime*".

2.7.1.1.9. Normal penal explicativa

Art. 180, § 4º — A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

Esse dispositivo possui duas partes:

a) O receptador pode ser punido ainda que não se saiba quem foi o autor do crime antecedente.

Cuida-se de situação absolutamente comum no dia a dia, em que se flagra alguém na posse de um carro roubado, mas não se sabe quem o roubou, ou quando se encontram peças de vários carros furtados em um desmanche, mas não se descobre quem os subtraiu.

Para a condenação do receptador, portanto, basta que se prove que o bem proveio de um crime anterior, ainda que não se saiba quem o praticou. A prova da existência do crime anterior normalmente é feita pela oitiva da vítima no inquérito que apura a receptação ou pela juntada do boletim de ocorrência narrando o crime anterior de autoria desconhecida.

É evidente, por sua vez, que, se forem identificados o receptador e também o autor do crime antecedente, os crimes serão apurados em uma só ação penal em decorrência da chamada conexão probatória ou instrumental (art. 76, III, do CPP), em que a prova de um crime influi na de outro. Nessa hipótese, em que o juiz deve proferir uma única sentença em relação aos dois crimes, fica a questão: *e se o juiz absolver o autor do crime antecedente, pode condenar a pessoa acusada pela receptação*?

A resposta depende do motivo pelo qual o juiz absolveu o autor do delito antecedente. Se tal motivo for incompatível com o reconhecimento da receptação, deverá também absolver a pessoa acusada por este crime. Assim, se o juiz absolver o autor do crime antecedente por ser o fato atípico, não poderá

condenar o receptador porque o objeto não é produto de crime. Igualmente, se o absolver com o argumento de que está provada a inexistência do fato. Por outro lado, o receptador poderá ser condenado, por exemplo, se o juiz tiver absolvido o autor do delito antecedente por falta de provas de que ele tenha sido o autor de tal crime, mas existir prova de que o bem é de origem criminosa.

b) O receptador pode ser punido ainda que seja isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

As causas de isenção de pena em relação ao autor do crime antecedente que não atingem a possibilidade de punição do receptador são:

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 461

11/4/2011 17:24:48

1) As excludentes de culpabilidade (menoridade, doença mental etc.). Assim, comete receptação quem adquire um carro furtado por um menor, sendo completamente irrelevante o fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente chamar essa conduta de ato infracional, uma vez que a regra ora em estudo não permite que paire qualquer dúvida em torno da configuração da receptação.

2) As escusas absolutórias. Dessa forma, embora o filho que furte o televisor do próprio pai seja isento de pena, nos termos do art. 181, II, do Código Penal, quem dele adquirir o bem, ciente da forma como foi obtido, responde por receptação.

• Extinção da punibilidade do crime antecedente

De acordo com o art. 108 do Código Penal, **“a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto... de outro não se estende a este”** . Assim, se morre o au tor do roubo, em nada se afeta a possibilidade de punição do receptador. Se for declarada a prescrição do furto antecedente, continua sendo punível a receptação se tal crime não foi atingido pelo lapso prescricional, por ter ocorrido em data posterior à subtração.

Existem, entretanto, duas exceções a essa regra do art. 108, ou seja, nas hipóteses em que a extinção da punibilidade do crime antecedente venha a ser declarada em razão de *abolitio criminis* ou de anistia, que são causas extintivas que decorrem da promulgação de uma nova lei. Em tais casos, deixará também de ser punível a receptação em face do disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que determina que a lei nova, que de qualquer modo favoreça o acusado, retroage para aplicar-se a fatos anteriores. Dessa forma, se alguém compra um objeto, que à época dos fatos era fruto do crime de apropriação de coisa havida por caso fortuito (art.

169) e, posteriormente, uma nova lei revoga esse crime, considera-se que essa lei já estava em vigor na data da aquisição e que o agente, portanto, adquiriu um objeto procedente de fato atípico.

2.7.1.2. Receptação imprópria

Art. 180, *caput*, 2ª parte — ... Influir para que terceiro de boa-fé adquira, receba ou oculte (coisa produto de crime):

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Quando alguém sabe que um objeto é de procedência ilícita e convence outra pessoa, que também conhece tal origem, a adquirir o bem, esta última comete receptação própria e o primeiro é partícipe de tal crime. Se, entretanto, o terceiro adquirente está de boa-fé, isto é, se desconhece a procedência do objeto, não pode ele ser punido, o que também inviabiliza a punição de quem o convenceu a comprar por participação em receptação própria. Por essa razão, o legislador, atento ao fato de que o agente 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 462

11/4/2011 17:24:48

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

463

sabia da origem criminosa do bem e mesmo assim o ofereceu ao terceiro de boa-fé, tipificou tal conduta como crime autônomo, chamado de receptação imprópria.

Deve-se lembrar, outrossim, que o autor do crime antecedente nunca pode responder por receptação, de modo que não comete receptação imprópria o autor de um furto que ofereça o bem a um terceiro de boa-fé. Em suma, comete receptação impró-

pria o **intermediário**, ou seja, aquele que não cometeu o crime antecedente, mas co nhece a origem ilícita do bem e procura convencer um terceiro de boa-fé a adquiri-lo, recebêlo ou ocultálo.

Como a conduta típica "influir" significa entrar em contato com alguém oferecendo-lhe o bem, a doutrina é unânime em afirmar que a receptação imprópria é cri me **formal** e se consuma no instante em que o agente **oferece** o bem, independentemente de a vítima ter realmente se convencido e o adquirido ou recebido. Por essa mesma razão, salienta-se que a **receptação imprópria não admite tentativa**. O que importa é o agente ter feito a proposta. Se a fez, o crime está consumado, caso contrário, o fato é atípico.

Se o agente envia uma carta oferecendo um objeto roubado a um terceiro de boa-fé, o crime já está consumado, ainda que a carta se extravie.

RECEPTAÇÃO PRÓPRIA

RECEPTAÇÃO IMPRÓPRIA

Crime material.

Crime formal.

Admite a tentativa.

Não admite a tentativa.

2.7.1.3. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime simples

Crime comum

Crime comissivo

Crime material

Crime instantâneo

quanto à

quanto ao sujeito

quanto aos meios

na receptação

nas três primeiras

objetividade

ativo

de execução

própria e formal na figuras e permanente

jurídica

imprópria

nas duas últimas

2.7.1.4. Causa de aumento de pena

Art. 180, § 6º — Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena do *caput* deste artigo aplicase em dobro.

O maior rigor da pena se justifica porque na receptação dolosa o agente conhece a origem do bem e, em se tratando de produto de crime que integra o patrimônio de uma das entidades referidas no texto legal, evidente a maior gravidade da conduta.

Não basta que o agente saiba que o bem é de origem ilícita. Mister também que ele tenha específico conhecimento de que o patrimônio de uma das pessoas

jurídicas elencadas no § 6º foi atingido.

Essa causa de aumento de pena, nos expressos termos legais, só é aplicável às figuras simples da receptação dolosa (própria ou imprópria), previstas no *caput* do 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 463

11/4/2011 17:24:48

art. 180. Em se tratando de figura qualificada do art. 180, § 1º, do CP, que já possui pena muito maior, não haverá exasperação se o produto do crime pertencer à União, Estado, Município etc.

Por ter tratamento idêntico ao dos Estados na Constituição Federal, a pena também será agravada se o bem integrar o patrimônio do Distrito Federal.

2.7.1.5. Receptação qualificada

Art. 180, § 1º — Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena — reclusão, de três a oito anos, e multa.

A figura qualificada constitui crime **próprio**, pois só pode ser cometida por comerciantes e industriais, no desempenho dessas atividades. A razão do agravamento da pena é o forte estímulo dessas pessoas à criminalidade. Ademais, elas encontram grande facilidade em vender o produto da receptação a terceiros de boa-fé, clientes que não têm razão para desconfiar da procedência dos bens que estão sendo oferecidos, por exemplo, por um lojista. É o caso de revendedores de peças de automóveis que adquirem carros roubados por preços ínfimos e os revendem a preços normais a seus clientes.

O legislador inseriu regra no § 2º, do art. 180, no sentido de equiparar "*à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência*". Trata-se

de norma penal **explicativa** cuja finalidade é não deixar dúvida sobre a possibilidade de aplicação da qualificadora a camelôs, pessoas que exerçam comércio em suas próprias casas ou qualquer outro comerciante que não tenha sua situação regularizada junto aos órgãos competentes.

Para a existência da qualificadora, exige-se que fique demonstrado que o agente exerce com habitualidade as atividades comerciais ou industriais, ainda que tenha cometido a receptação uma única vez. Assim, não existe a qualificadora quando alguém que não é comerciante diz que comprou um carro roubado a fim de revendê-lo; porém, ela se mostra presente quando alguém que normalmente trabalha com comércio de carros o faz, ainda que não se trate de empresário regularizado.

A figura qualificada foi inserida no Código Penal pela Lei n. 9.426/96. Nela o legislador incriminou doze condutas típicas, justamente com a finalidade de não deixar a descoberto qualquer situação fática envolvendo produtos ilícitos e comerciantes ou industriais. Deve-se salientar que a maior parte dos verbos, como montar, desmontar, remontar, conduzir e transportar, foi inserida para facilitar a punição de receptadores de automóveis e autopeças, fato facilmente constatável em face do teor das demais alterações trazidas pela Lei n. 9.426/96, que por diversas vezes se referiu a “veículos automotores”, “chassi” etc. Notase, ademais, que, embora tal lei tenha 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 464

11/4/2011 17:24:48

II Dos Crimes Contra o Patrimônio

465

expressamente denominado a figura de “receptação qualificada”, cuida-se, em verdade, de um tipo penal autônomo, pois nele existem os núcleos, o objeto material e até mesmo a descrição dos sujeitos ativos. Em razão disso, quem colaborar com o comerciante ou industrial, embora sem se revestir dessa qualidade, porém, ciente da condição do comparsa, responderá também pelo crime qualificado, em razão da regra do art. 30 do Código Penal.

Por se tratar de tipo misto alternativo, a realização de mais de uma conduta em relação ao mesmo objeto material constitui crime único. Ex.: comerciante que adquire, desmonta e vende as peças de carro roubado. Se forem, entretanto, dois

carros, responde por dois delitos.

• A expressão "coisa que deve saber ser produto de crime"

Referida expressão, constante do art. 180, § 1º, do Código Penal, de acordo com remansosa doutrina, tem a finalidade de abranger o comerciante ou industrial que atue com dolo eventual em relação ao produto do crime — hipótese não existente para outras pessoas, já que a receptação simples só é compatível com o dolo direto.

Discute-se, na prática, como deve ser a punição do comerciante ou industrial que efetivamente **sabe** da procedência criminosa do bem, uma vez que essa hipótese não foi mencionada no tipo penal da figura qualificada.

Existem duas correntes principais:

1ª) O comerciante ou industrial deve ser punido também pelo crime qualificado, pois, se a lei assim considera a conduta menos grave (dolo eventual), não há como se negar a qualificadora na situação mais grave (dolo direto). É o entendimento mais aceito na jurisprudência. Nesse sentido: "*A conduta descrita no § 1º do art. 180 do Código Penal é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no caput do dispositivo, eis que voltada para a prática deli tuosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptador de mercadoria ilícita. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto o dolo direto como o dolo eventual, alcança a conduta de quem "sabe" e de quem "deve saber" ser a coisa produto de crime. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior. Deste modo, não há que se falar em violação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (...) denego a ordem de habeas corpus*" (STF — HC 97.344 — 2ª Turma — Rel.

Min. Ellen Gracie — *DJ* 28.05.2009).

2ª) Em razão do princípio da tipicidade plena, o "deve saber" abrange apenas o dolo eventual. Dessa forma, o comerciante ou industrial que atuar com do-lo eventual responde pela figura qualificada, enquanto aquele que agir como dolo

direto responde pela figura simples do *caput*. Como isso fere o princípio 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 465

11/4/2011 17:24:48

da razoabilidade, já que o fato mais grave seria punido com pena menor, a solução seria desconsiderar a pena do § 1º para o agente que atuasse com dolo eventual e aplicarse a ele a pena do *caput*. Com esse entendimento, em outras palavras, a figura qualificada não faria a pena ficar maior, mas apenas possibilitaria a punição do comerciante que agisse com dolo eventual. É a opinião de Damásio de Jesus.199 Existe um julgado do STF nesse sentido (HC 92.525 — Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.02.2008).

É necessário dizer, ainda, que existe uma outra forma de interpretar o dispositivo, no sentido de que a expressão "deve saber" teria sido utilizada como elemento **normativo** do tipo, e não como elemento subjetivo (para indicar dolo eventual). Assim,

"deve saber" seria apenas um critério para que o juiz, no caso concreto, pudesse analisar se o comerciante ou industrial, tendo em vista a experiência nas atividades que exerce ou as circunstâncias que envolveram o fato, tinha ou não a obrigação de conhecer a origem criminosa do bem. Por exemplo, um comerciante de veículos usados não pode alegar desconhecimento acerca de uma adulteração grosseira de chassi de um automóvel por ele adquirido, devendo responder pelo crime qualificado.

2.7.1.6. Receptação privilegiada

Art. 180, § 5º, 2ª parte — ... Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

O privilégio só é aplicável à receptação dolosa (própria ou imprópria), sendo incabível na receptação culposa.

Apesar de não haver restrição expressa no texto legal, entendemos que o benefício é incabível em relação às figuras qualificadas do § 1º, na medida em

que as con sequências extremamente brandas do privilégio são incompatíveis com a gravidade da receptação qualificada, vez que permitem ao juiz a aplicação exclusiva de pena de multa.

Os requisitos do privilégio são os mesmos do furto: primariedade e pequeno valor do produto do crime. As consequências são a substituição da pena de reclusão por detenção, a redução da pena privativa de liberdade de um a dois terços, e a aplicação exclusiva da pena de multa.

2.7.2. Receptação culposa

Art. 180, § 3º — Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela despropor

ção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas.

199 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2, p. 506.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 466

11/4/2011 17:24:48

Nas relações humanas da vida em sociedade, algumas cautelas são necessárias no sentido de evitar a aquisição ou o recebimento, a qualquer título, de objetos provenientes de conduta criminosa. Esses cuidados, inerentes ao homem médio, visam justamente dificultar a proliferação de objetos dessa natureza, bem como evitar eventual estímulo à criminalidade. A observância dessas precauções é obrigação legal e a omissão constitui crime de receptação culposa se o agente acabar adquirindo ou recebendo objeto produto de crime, ainda que sem ter ciência disso.

2.7.2.1. Tipo objetivo

Nessa modalidade de receptação, estão descritas apenas as condutas “adquirir” e “receber”. Os doutrinadores costumam dizer que o verbo “ocultar” não foi inserido nesse tipo penal porque quem espontaneamente o faz sabe da procedência ilícita do bem.

Na receptação culposa, ao contrário do que se passa com os delitos culposos em geral, o tipo penal **não é aberto** porque o legislador descreve os parâmetros que indicam a existência do crime culposo: **a) A natureza do objeto.** Certos bens, por sua própria essência ou por disposição legal, pressupõem cuidados especiais que, se não forem observados, levarão ao reconhecimento do crime culposo. É o caso, por exemplo, da aquisição de um revólver sem a cautela de se pesquisar sua numeração junto aos órgãos oficiais (toda arma de fogo deve estar cadastrada), ou de se adquirir um veículo sem fazer as devidas consultas aos órgãos de trânsito ou sem se exigir a sua documentação completa etc.

b) Desproporção entre o valor de mercado e o preço pago. Para que seja possível essa comparação, exige-se avaliação dos bens por peritos, para que se possa saber qual o verdadeiro valor de mercado. Ademais, para que se conclua ter ocorrido crime culposo, é evidente que deve haver uma diferença considerável entre os valores, de tal forma que faria surgir desconfiança em qualquer pessoa de bom senso, uma vez que é sabido que os bandidos costumam vender os bens de origem ilícita por preços menores, para se desfazer rapidamente dos objetos.

c) Condição do ofertante. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém compra um objeto de pessoa desconhecida ou quando adquire um objeto valioso de pessoa que não teria condições de ter um como aquele etc.

É claro que só existirá receptação culposa se ficar demonstrado que o bem tinha procedência criminosa. Por isso, se alguém compra um carro por valor muito abaixo do preço de mercado porque o vendedor estava em dificuldade financeira, mas o carro não é de procedência ilícita, o fato é atípico. Da mesma forma, se alguém compra um relógio de ouro de um mendigo e, posteriormente, se demonstra que ele havia recebido o relógio de esmola de um milionário, também não se dá a receptação culposa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 467

11/4/2011 17:24:48

Salientese, ainda, que, como acontece em todo crime culposo, exigese que o juiz se convença de que o agente, em razão de um dos parâmetros mencionados, **deveria ter presumido a origem espúria do bem**. Em outras palavras, deve o juiz concluir que o homem médio desconfiaria da procedência ilícita e, por isso, não adquiriria ou receberia o bem.

2.7.2.2. Perdão judicial

Art. 180, § 5º, 1ª parte — Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena...

O perdão judicial só é **aplicável à receptação culposa**, nos expressos termos legais. É absolutamente incabível às figuras dolosas, para as quais existe o privilégio.

Para a concessão do perdão, são exigidos dois requisitos:

a) primariedade do agente;

b) que circunstâncias do delito indiquem sua pouca gravidade, como, por exemplo, pequeno valor do bem.

Presentes os requisitos legais, a concessão do perdão pelo juiz é obrigatória, não obstante a lei mencione que ele "pode" deixar de aplicar a pena. Cuidase, em realidade, de **direito subjetivo do acusado**.

O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade e, de acordo com a Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça, a sentença que o concede é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer outro efeito, de forma que, em tais casos, o agente conserva sua primariedade.

Perdão judicial

Primariedade

Pequena gravidade do fato

2.7.3. Ação penal

Todas as modalidades de receptação apuram-se mediante ação pública incondicionada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 468

11/4/2011 17:24:48

2.7.4. Questões

1. (OAB/PR — 2007) Sobre o crime de receptação, assinale a alternativa correta:

a) sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, incluindose o coautor do crime antecedente.

b) sujeito passivo é a pessoa que figura como vítima no crime antecedente, do qual teve origem a coisa receptada.

c) é impossível a receptação em cadeia, a receptação da receptação.

d) a receptação somente é punível se conhecido o autor do crime de que proveio a coisa receptada.

Resposta: "b". Todas as demais alternativas contêm afirmações falsas.

2. (OAB/SP — 131º exame) Veja o seguinte tipo "Adquirir, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime" corresponde ao crime de:

a) fraude no comércio.

b) dano qualificado.

c) receptação qualificada.

d) favorecimento real.

Resposta: “c”. Tratase da figura qualificada de receptação descrita no art. 180, § 1º, do Código Penal.

3. (Ministério Público/MG — 44º concurso) Em face das assertivas seguintes, pode-se afirmar que:

I. Se a apropriação indébita se refere ao uso da coisa, não há crime.

II. Ocorre a apropriação indébita de coisa furtada, se o agente não sabia de sua origem.

III. Se a coisa é produto de contravenção, não é cabível a receptação.

IV. Incabível a receptação dolosa, se o sujeito recebe a coisa com dolo eventual.

a) Somente I e II estão incorretas.

b) Somente III e IV estão incorretas.

c) Somente I e III estão corretas.

d) Somente II e IV estão corretas.

e) Todas estão corretas.

Resposta: “ e”. As quatro alternativas estão corretas.

4. (MP/SP — 87º concurso) Assinale a alternativa correta:

a) o ato de ter em depósito, no interior da própria residência, no exercício de atividade comercial, coisa que deve saber ser produto de crime de estelionato constitui crime de receptação na modalidade dolosa do art. 180, *caput*, do Código Penal.

b) o crime de receptação, nas modalidades dolosa ou culposa, pressupõe, por expressa disposição legal, a anterior prática de crime contra o patrimônio.

c) no crime de receptação, a modalidade privilegiada (art. 180, § 5º, c.c. art. 155, § 2º, do CP) só pode ser reconhecida quando se tratar da figura culposa do delito.

d) o crime de receptação imprópria implica necessariamente que o terceiro que adquire ou recebe a coisa esteja de boafé.

e) o perdão judicial aplicase à receptação culposa, mesmo na hipótese de o réu ser reincidente.

Resposta: "d". Na alternativa "a", o correto seria dizer que a receptação é qualificada (art. 180,

§ 1º). Na alternativa "b", o erro consiste em afirmar que o crime anterior deve ser contra o patrimônio. Na alternativa "c", o engano consiste em dizer que o privilégio é cabível na modalidade culposa, pois só é viável na dolosa. Por fim, o equívoco da alternativa "e" reside no fato de que o perdão judicial só é possível se o réu for primário.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 469

11/4/2011 17:24:48

2.7.5. Classificação dos crimes contra o patrimônio em relação à necessidade de efetiva lesão patrimonial

CRIMES FORMAIS

CRIMES MATERIAIS

• Extorsão;

• Furto;

• Extorsão mediante sequestro;

• Roubo;

• Extorsão indireta (modalidade exigir);

• Extorsão indireta (modalidade receber);

• Usurpação;

• Dano;

• Supressão de marca em animais;

• Roubo;

• Fraude para recebimento de seguro;

• Apropriação indébita;

• Duplicata simulada;

• Apropriação indébita previdenciária;*

• Abuso de incapazes;

• Apropriação de coisa havida por erro, caso for

• Induzimento à especulação;

tuito ou força da natureza, apropriação de te

• Fraudes e abusos na fundação ou administração

souro e de coisa achada;

de sociedade por ações;

• Estelionato comum;

• Emissão irregular de conhecimento de depósito

• Disposição de coisa alheia como própria, alienaou *warrant*; ção ou oneração fraudulenta de coisa própria;

• Receptação imprópria.

defraudação do penhor, fraude na entrega de

coisa e no pagamento de cheque;

• Fraude no comércio;

• Outras fraudes;

• Fraude à execução;

• Receptação própria.

***Observação:** Quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária, não é pacífica sua natureza (de mera conduta, formal ou material). A respeito ver comentários ao art. 168-A.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 470

11/4/2011 17:24:48

VIII

DISPOSIÇÕES GERAIS

2.8. DISPOSIÇÕES GERAIS

Neste último Capítulo do Título dos crimes contra o patrimônio, são regulamentadas as imunidades absolutas e relativas, bem como elencadas as hipóteses em que tais benefícios são incabíveis.

2.8.1. Imunidades absolutas

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.

As imunidades absolutas, também chamadas de **escusas absolutórias**, têm como consequência a **total isenção de pena** para o autor da infração penal. Em razão disso, se a autoridade policial sabe que o autor da subtração foi o filho, sequer deve instaurar inquérito. Se só fica sabendo que o autor foi tal pessoa após a instauração, deve concluí-lo e remetê-lo ao juízo para que seja ali arquivado.

As hipóteses em análise são **excludentes** de punibilidade. Como o parentesco e o casamento são anteriores à conduta, sequer permitem o surgimento do direito de punir do Estado. **Não** são, portanto, causas **extintivas** da punibilidade.

A enumeração legal é **taxativa**.

As imunidades só valem para os crimes contra o patrimônio; não isentam de pena em relação a crimes conexos de outra natureza.

A isenção só existe quando a conduta gera prejuízo a uma das pessoas enumeradas no texto legal (cônjuge, ascendente ou descendente). Se causar, concomitantemente, prejuízo a terceiro, haverá crime em relação a este.

O inc. I, do art. 181, refere-se a fato cometido contra cônjuge, durante a constância da sociedade conjugal, ou seja, antes de eventual separação ou divórcio. Assim, devese levar em conta a **data do fato**, e não a de sua descoberta. Se uma subtração é cometida pela esposa, pouco importa que o fato seja descoberto quando já estão 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 471

11/4/2011 17:24:49

divorciados. A imunidade existe. Da mesma forma, se o noivo subtrai bem da noiva, não há imunidade, ainda que se casem dias depois.

O regime de bens do casamento é irrelevante. A imunidade visa evitar constrangimentos às pessoas casadas, não tendo relação com a situação patrimonial decorrente do matrimônio.

A separação de fato não exclui a imunidade porque a sociedade conjugal, juridicamente, subsiste.

Atualmente pacificou-se o entendimento de que a escusa absolutória **alcança também os companheiros** por fatos ocorridos durante a convivência comum, uma vez que a Constituição Federal reconhece a união estável como **entidade familiar** (art. 226, § 3º).

O inc. II determina a aplicação da imunidade quando o crime for cometido contra ascendente ou descendente, qualquer que seja o grau na linha reta (pai, avô, filho, neto). O esclarecimento feito pela lei, no sentido de que a escusa abrange o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil, atualmente seria dispensável porque a Constituição Federal proíbe esse tipo de distinção.

A imunidade, contudo, não se aplica a parentesco por afinidade (sogro ou sogra, genro ou nora etc.).

2.8.2. Imunidades relativas

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.

As imunidades **relativas** (ou processuais) têm como consequência a necessidade de **representação** da vítima em crimes contra o patrimônio que, normalmente, seriam apurados mediante ação pública incondicionada.

O inc. I só se aplica a pessoas que se encontram separadas. Se o fato ocorrer entre pessoas divorciadas, não há qualquer imunidade.

Em relação à crime praticado por irmão, a imunidade vale, quer sejam filhos do

mesmo pai e da mesma mãe (irmãos germanos), quer tenham apenas um deles em comum (irmãos unilaterais). Dessa forma, se um irmão furta um objeto de outro, a ação penal depende de representação da vítima. Se esta for menor de idade, o direito de representação deve ser exercido pelos pais.

O inc. III, por sua vez, somente tem aplicação quando tio e sobrinho moram, de forma não transitória, na mesma residência. Em tal hipótese, pressupõe-se que a existência do processo pode acarretar desgastes à convivência, daí a necessidade da representação. Veja-se, por outro lado, que é irrelevante que o crime tenha sido praticado no local em que as partes moram ou em outro lugar qualquer.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 472

11/4/2011 17:24:49

2.8.3. Exceções

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I — se o crime é o de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa.

Evidente, assim, que as imunidades não são aplicáveis a todos os crimes contra o patrimônio. O dispositivo em análise afasta a aplicação dos institutos a todas as modalidades de roubo e extorsão, bem como para os demais crimes contra o patrimônio que envolvam violência contra pessoa ou grave ameaça: dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, do CP) e esbulho possessório (art. 161, § 1º, II, do CP).

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: II — ao estranho que participa do crime.

Dessa forma, se um furto for cometido pelo filho e por um amigo, temos as seguintes consequências: a) o filho é completamente isento de pena em razão da escusa absolutória do art. 181, II, do Código Penal; b) o amigo responde por crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, já que a imunidade não o beneficia.

A palavra “participa” foi aqui usada no sentido genérico, abrangendo evidentemente a coautoria.

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: III — se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos.

Essa hipótese que exclui as imunidades nos crimes contra o patrimônio foi inserida no Código Penal pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Em razão disso, todos os crimes contra o patrimônio de pessoa idosa são passíveis de punição, ainda que cometidos por cônjuge, filho etc. Além disso, serão aplicáveis as agravantes genéricas do art. 61, II, *e* e *h*.

2.8.4. Questões

1. (OAB/SP — 131º exame) João e Pedro, agindo de comum acordo, subtraíram, para si, importância em dinheiro que Maria, mãe de João, com 62 (sessenta e dois) anos de idade, guar-dava em sua casa. Em face desse fato,

a) João e Pedro podem ser processados, porque Pedro não é atingido por escusa absolutória, e João porque, embora pudesse ser beneficiado pela escusa, esta não se aplica pelo fato de a vítima ter mais de 60 (sessenta) anos de idade.

b) João e Pedro não podem ser processados, porque ambos seriam beneficiados por escusa absolutória.

c) João não poderia ser processado porque seria beneficiado pela escusa absolutória, mas Pedro poderia ser processado porque a ele não se aplicaria a escusa.

d) João e Pedro podem ser processados porque não há mais escusa absolutória em crime patrimonial praticado por filho contra a mãe.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 473

11/4/2011 17:24:49

Resposta: “a”. O art. 183, II, do Código Penal, exclui a escusa ao terceiro que participa do crime e o inc. III do mesmo artigo a exclui quando a vítima tem mais de 60 anos.

2. (Ministério Público/SP — 82ª concurso) “A”, adotado por “B”, subtraiu, para si, coisa móvel a este pertencente. Com relação à imunidade penal absoluta, é correto afirmar que:

a) não se pode cogitar de isenção de pena.

b) à vista do parentesco existente entre os sujeitos ativo e passivo, poderseá cogitar de isenção de pena só se a vítima não tiver outros filhos.

c) só poderia haver isenção de pena se existisse laço de consanguinidade entre “A” e “B”.

d) cabe reconhecer a imunidade absoluta porque o parentesco é natural.

e) admitese a isenção de pena no caso, diante do parentesco civil.

Resposta: “e”. É o que diz expressamente o art. 181, II, do Código Penal.

3. (MP/SC — 2008):

I. A extorsão é crime formal e se consuma quando o sujeito ativo recebe a vantagem exigida.

II. O depósito necessário miserável, quando se constitui em figura criminosa, é aquele previsto no art. 168, I, (necessário) do CP.

III. A figura prevista no art. 171, V, do CP, fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, é crime formal.

IV. A receptação na modalidade imprópria não admite tentativa.

V. A escusa relativa prevista nas disposições gerais dos crimes contra o patrimônio extingue a punibilidade do agente ativo do crime.

a) apenas III, IV e V estão corretos;

b) apenas I, II e III estão corretos;

c) apenas II, III e IV estão corretos;

d) apenas II, III e V estão corretos;

e) apenas I, IV e V estão corretos.

Resposta: "c". A alternativa A está errada porque a extorsão dispensa a obtenção da vantagem indevida para estar consumada. A alternativa E está errada porque as escusas absolutórias não são causas extintivas, mas excludentes de punibilidade.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 474

11/4/2011 17:24:49

TÍTULO III

3. DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

Esse Título, originariamente, era subdividido em quatro Capítulos: **a)** Dos crimes contra a propriedade intelectual;

b) Dos crimes contra o privilégio de invenção;

c) Dos crimes contra as marcas de indústria e comércio;

d) Dos crimes de concorrência desleal.

Ocorre que os últimos três Capítulos foram revogados pela Lei n. 9.269/96, restando em vigor apenas o que trata dos crimes contra a propriedade intelectual.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 475

11/4/2011 17:24:49

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 476

11/4/2011 17:24:49

I

DOS CRIMES CONTRA A

PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1. DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Nesse Capítulo estavam previstos dois crimes:

a) violação de direito autoral (art. 184);

b) usurpação de nome ou pseudônimo alheio.

Este último, todavia, foi revogado pela Lei n. 10.695/2003, restando em vigor apenas o crime de violação de direito autoral.

3.1.1. Violação de direito autoral

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena — detenção, de três meses a 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, interpreta

ção, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou quem o represente: Pena — reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indire to, 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 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 do fonograma, ou quem o represente:

Pena — reclusão, de dois a quatro anos.

§ 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. 9.610/98, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direito ou indireto.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 477

11/4/2011 17:24:49

3.1.1.1. Objetividade jurídica

A preservação dos direitos autorais e da propriedade intelectual, assegurados pe lo art. 5º, XXVII, da Constituição Federal: "*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*".

3.1.1.2. Tipo objetivo

Consiste em violar direito autoral. **Violar** é sinônimo de transgredir, ofender. O

autor tem direitos patrimoniais e morais sobre sua obra. Assim, caracterizam o crime o plágio, a utilização indevida de imagem da obra, a sua reprodução não autorizada e até a confecção de edição de número maior de volumes sem o conhecimento do autor.

O significado e o alcance do conceito de direito autoral é fornecido por lei especial (Lei n. 9.610/98), tratando-se o crime em estudo, portanto, de **norma penal em branco**. Referida lei, ademais, contém diversos outros conceitos que complementam o tipo penal e suas figuras qualificadas, de modo que será necessário mencionar tais conceitos para que se possa compreender o dispositivo.

Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11

da Lei n. 9.610/98). A lei penal, contudo, também tutela os direitos **conexos** ao do autor que são os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiofusão (art. 89).

No § 1º do art. 184 pune-se de forma mais grave (figura **qualificada**) a conduta de **reproduzir**, total ou parcialmente, **com intuito de lucro** direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, sem autorização, obra intelectual, interpretação, execu

ção ou fonograma. Assim, comete o crime por exemplo, o livreiro que tira cópias integrais ou de capítulos de livros e as expõe à venda, já que não serão pagos direitos autorais sobre elas, ou quem faz cópias piratas de CDs ou elabora fitas de áudio com coletâneas de música a fim de comercializá-las.

O tipo penal exige que a reprodução ocorra sem autorização do autor, artista intérprete ou executante, ou do produtor. A própria Lei n. 9.610/98 cuida-se de defini-los: **Reprodução** é a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido (art. 5º, VI). A figura simples do *caput* só tem aplicação quando a violação não consistir em reprodução.

Artistas intérpretes ou executantes são todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore (art. 5º, XIII).

Produtor é a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado (art. 5º, XI).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 478

11/4/2011 17:24:49

III Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual

Fonograma é toda fixação de sons de uma execução, ou interpretação de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual (art. 5º IX).

Nos termos do art. 7º da Lei n. 9.610/98, **obras intelectuais** protegidas são as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas (inc. I); as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza (inc. II); as obras dramáticas e dramático-

-musicais (inc. III); as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra forma qualquer (inc. IV); as composições musicais, tenham ou não letra (inc. V); as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas (inc. VI); as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia (inc. VII); as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética (inc. VIII); as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza (inc. IX); os projetos, esboços e obras plásticas, concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciên cia (inc. X); as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova (inc. XI); os programas de computador (inc. XII); e as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras que, por sua seleção, organização ou pela disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (inc. XIII).

O tipo penal do art. 184, § 1º, do Código Penal, não mais contém expressamente a expressão videofonograma. É evidente, entretanto, que a pirataria de fitas de videocassete ou de DVDs continua configurando violação de direito autoral, já que o tipo penal qualificado pune a violação de direito **intelectual** e, conforme mencionado, este abrange as obras **audiovisuais**, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas (art. 7º, VI).

Saliente-se que, de acordo com o art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.610/98, os programas de computador são objetos de legislação específica, ou seja, a Lei n. 9.609/98 que, em seu art. 12, pune criminalmente a violação de direitos de autor de programa de computador.

Por sua vez, o art. 8º da Lei n. 9.610/98 estabelece que não são objeto de prote

ção como direitos autorais: as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais (inc. I); os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios (inc. II); os formulários em branco pa-ra serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções (inc. III); os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais (inc. IV); as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas (inc. V); os nomes e títulos isolados (inc. VI); e o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras (inc. VII).

O § 2º estabelece que, 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 (primeira reprodução) ou cópia de obra 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 479

11/4/2011 17:24:49

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. Esse dispositivo pune, por exemplo, os camelôs que expõem à venda e comercializam CDs ou filmes falsificados, ou aqueles que efetuam a distribuição desses produtos, bem como lojistas que vendem camisas ou cadernos com estampas de personagens de desenhos animados sem que tenha havido autorização dos titulares do direito autoral (criação intelectual). Pune também o dono de locadora que aluga fitas ou DVDs pirata etc.

Por fim, o § 3º pune quem oferece 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 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 do fonograma ou quem o represente. Note-

se que o tipo penal somente prevê punição para quem oferece, e não para quem adquire.

3.1.1.3. Exclusão do crime

Nos termos do § 4º do art. 184 do Código Penal, 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. 9.610/98, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, **em um só exemplar**, para uso privado do copista, sem **intuito de lucro direito ou indireto**. É o que ocorre, no último caso, quando um estudante tira cópia única de um livro para estudar para uma prova. As demais limitações ao direito do autor estão expressamente elencadas no art. 46 da Lei n. 9.610/98.

Quando estiver presente qualquer desses hipóteses, o fato não constitui crime.

3.1.1.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

3.1.1.5. Sujeito passivo

O autor da obra, seus sucessores ou, ainda, aqueles a quem os direitos do autor tenham sido cedidos, conforme permite o art. 49, I, da Lei n. 9.610/98. Com efeito, o autor pode negociar os direitos **patrimoniais** relativos à obra. Pode, por exemplo, receber considerável quantia adiantada para que, em um prazo de cinco anos, os valores correspondentes aos direitos autorais auferidos sejam transferidos a quem efetuou o adiantamento. Em tal caso, a violação terá também como vítima o cessionário.

3.1.1.6. Consumação

Se dá no momento da efetiva violação. Na hipótese do § 1º, dá-se com a reprodução da obra intelectual ou do fonograma, já que tal dispositivo pune o responsável pela reprodução. Já no § 2º, a consumação ocorre quando o agente distribui, vende, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 480

11/4/2011 17:24:49

III Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual

expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito a reprodução feita com violação de direito autoral. Por fim, na figura do § 3º, consuma-se quando o agente oferece ao público a obra ou produção alheia.

3.1.1.7. Tentativa

É possível em todas as figuras.

3.1.1.8. Ação penal

Existem várias regras no art. 186 do Código Penal:

a) ação **privada** — na figura simples do *caput*; **b)** ação **pública incondicionada** — nas figuras qualificadas dos §§ 1º e 2º, e se o crime for cometido em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

c) ação **pública condicionada à representação** — na figura qualificada do

§ 3º.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 481

11/4/2011 17:24:49

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 482

11/4/2011 17:24:49

TÍTULO IV

4. DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

4.1. 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 um mês a um ano, 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 três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.1.1. Objetividade jurídica

O direito de exercer a atividade laborativa ou empresarial.

4.1.2. Tipo objetivo

O crime em análise é uma espécie de constrangimento ilegal relacionado a atividades laborativas em que se punem quatro condutas, sempre cometidas por meio de violência ou grave ameaça, em que o agente constrange a vítima a: a) exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria;

b) trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias; c) abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho;

d) participar de parede (greve) ou paralisação de atividade econômica.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 483

11/4/2011 17:24:50

Pode-se dizer que as duas últimas figuras são qualificadas porque possuem pena um pouco maior.

É evidente que só há crime quando a vítima é obrigada a não exercer atividade lícita. Por sua vez, obrigar alguém a exercer atividade ilícita pode configurar crime de tortura (art. 1º, I, *b*), se o próprio exercício da atividade enquadrarse em

algum tipo penal.

O ato de forçar alguém a exercer atividade profissional, se cometido de forma permanente, pode configurar crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149) do CP.

Não há crime, por sua vez, no ato de convencer alguém a participar de greve, o que caracteriza o ilícito penal é o emprego de violência ou grave ameaça para forçar alguém a aderir ao movimento.

4.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

4.1.4. Sujeito passivo

Também pode ser qualquer pessoa. Se várias pessoas forem coagidas em um mesmo contexto fático, haverá crime único.

4.1.5. Consumação

No instante em que a vítima, coagida, realiza ou deixa de realizar a atividade que o agente determinou.

4.1.6. Tentativa

É possível quando o sujeito emprega violência ou grave ameaça, mas não obtém o que pretendia da vítima.

4.1.7. Concurso

O próprio texto legal ressalva que, se da violência empregada resultar lesão corporal, ainda que leve, o agente responderá pelo crime-fim (art. 197 do CP) e pelas lesões. As penas, de acordo com o texto legal, serão somadas.

4.1.8. Ação penal

É pública incondicionada. Como a pena máxima é de um ano, a competência é do Juizado Especial Criminal.

Quando for atingido trabalhador de forma individual, a competência será da

Justiça Estadual. Se for afetada categoria profissional como um todo, a competência será da Justiça Federal. Nossos tribunais continuam seguindo a Súmula n. 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "*compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organiza-*

ção geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente".

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 484

11/4/2011 17:24:50

4.2. ATENTADO CONTRA A LIBERDADE DE CONTRATO DE TRABALHO OU

BOICOTAGEM VIOLENTA

Art. 198. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou a não adquirir de outrem matéria-

prima ou produto industrial ou agrícola:

Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.2.1. Objetividade jurídica e tipo objetivo

O dispositivo em análise contém duas figuras típicas bastante distintas.

Na primeira delas pune-se quem emprega violência ou grave ameaça para forçar a vítima a celebrar contrato de trabalho. O bem jurídico aqui tutelado, evidentemente, é a liberdade de trabalho. Notese que o tipo penal não menciona a conduta de constranger a vítima a não celebrar contrato de trabalho, de forma que, em tal caso, configura-se o delito de constrangimento ilegal (art. 146).

A segunda figura criminosa é a **boicotagem violenta**, consistente em forçar a alguém a não fornecer ou não adquirir matéria-prima, produtos industriais ou agrícolas de outrem. Aqui, o que se tutela, de forma imediata, é a liberdade do comércio de mercadorias, para evitar o boicote forçado a fornecedores ou consumidores que objetivem excluí-los da atividade empresarial. De forma indireta, procura-se proteger os trabalhadores e o titular da empresa prejudicada. Não há crime em se tentar convencer alguém a não adquirir determinado tipo de produtos (prejudiciais à saúde ou meio ambiente, ou até mesmo por opções políticas contrárias aos interesses sociais por parte dos empresários). O crime consiste em empregar violência ou grave amea

ça para forçar o boicote.

4.2.2. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

4.2.3. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa. As pessoas que são coagidas à boicotagem não praticam crime algum, sendo vítimas deste. O empresário prejudicado é também vítima indireta do delito.

4.2.4. Consumação

Na primeira figura típica, o crime se consuma no momento em que é celebrado o contrato de trabalho. Na boicotagem, o delito se aperfeiçoa no instante em que é negado o fornecimento ou aquisição de mercadorias.

4.2.5. Tentativa

Possível em ambas as figuras delituosas.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 485

11/4/2011 17:24:50

4.2.6. Concurso

O próprio texto legal ressalva que, se da violência empregada resultar lesão corporal, ainda que leve, o agente responderá pelo crime-fim (art. 197 do CP) e pelas lesões. As penas, de acordo com o texto legal, serão somadas.

4.2.7. Ação penal

É pública incondicionada. Como a pena máxima é de um ano, a competência é do Juizado Especial Criminal.

4.3. ATENTADO CONTRA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Art. 199. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional: Pena — detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.3.1. Objetividade jurídica

A liberdade de associação prevista no art. 8º, *caput,* e inc. V, da Constituição Federal, que estabelecem que "*é livre a associação profissional ou sindical*" e que

"*ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato*".

4.3.2. Tipo objetivo

Trata-se também de delito em que a vítima é obrigada, mediante violência ou grave ameaça, a fazer ou deixar de fazer algo. Cuida-se, contudo, de delito especial em relação ao constrangimento ilegal porque a vítima é obrigada, especificamente, a participar ou deixar de participar de sindicato ou outro tipo de associação profissional.

O tipo penal exige que o agente obrigue a vítima a tomar ou deixar de tomar parte em sindicato determinado, específico. Se a vítima for obrigada a filiar-se em qualquer sindicato, o crime será o de constrangimento ilegal.

4.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

4.3.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa.

4.3.5. Consumação

Quando a vítima, constrangida, passa a integrar as atividades de certo sindicato ou quando deixa de fazê-lo na ocasião em que pretendia integrálo.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 486

11/4/2011 17:24:50

4.3.6. Tentativa

É cabível quando o agente emprega a violência ou grave ameaça, mas não obtém a ação ou omissão da vítima.

4.3.7. Concurso

o próprio texto legal ressalva que, se da violência empregada resultar lesão corporal, ainda que leve, o agente responderá pelo crime-fim (art. 197 do CP) e pelas lesões. As penas, de acordo com o texto legal, serão somadas.

4.3.8. Ação penal

É pública incondicionada. Como a pena máxima é de um ano, a competência é do Juizado Especial Criminal.

Quando for atingido trabalhador de forma individual, a competência será da Justiça Estadual. Se for afetada categoria profissional como um todo, a compe tência será da Justiça Federal. Nossos tribunais continuam seguindo a Súmula n. 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "*compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organiza-*

ção geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente".

4.4. 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 coisa: Pena — detenção, de um mês a 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.

4.4.1. Objetividade jurídica

A liberdade de trabalho.

4.4.2. Tipo objetivo

O tipo penal engloba duas figuras típicas:

a) participar de suspensão coletiva do trabalho. É o *lockout* feito pelos empregadores. Entendemos que a expressão "participar de suspensão coletiva" é indicativa de que não basta um único empresário suspender suas atividades, sendo necessário o concurso de mais de um empregador.

b) participar de abandono coletivo de trabalho. A lei se refere à greve feita pelos empregados. Para que haja o crime, é necessário o abandono de pelo 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 487

11/4/2011 17:24:50

menos três trabalhadores, nos termos do parágrafo único do dispositivo em estudo.

Importante ressalvar que o ato de participar de greve não é crime, e sim fazê-lo com emprego de violência contra pessoa ou coisa. Exs.: depredar a empresa, agredir seguranças ou policiais etc. Se a violência for empregada a fim de forçar outro empregado a entrar na greve, o crime será o do art. 197, II, do Código Penal.

4.4.3. Sujeito ativo

Na primeira figura típica, é o empregador, e na segunda, os empregados. Também respondem pelo crime aqueles que não são empregadores ou empregados, mas que, em conluio com estes, empreguem a violência.

4.4.4. Sujeito passivo

No caso de violência contra pessoa, é aquele que foi agredido. Em se tratando de violência contra coisa, é a empresa atingida.

4.4.5. Consumação

No exato instante em que for empregada a violência.

4.4.6. Tentativa

É admissível.

4.4.7. Concurso

O próprio texto legal ressalva que, se da violência empregada resultar lesão corporal, ainda que leve, o agente responderá pelo crime-fim (art. 197 do CP) e pelas lesões. As penas, de acordo com o texto legal, serão somadas.

4.4.8. Ação penal

É pública incondicionada. Como a pena máxima é de um ano, a competência é do Juizado Especial Criminal.

4.5. PARALISAÇÃO DE TRABALHO DE INTERESSE PÚBLICO

Art. 201. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Esse dispositivo encontra-se revogado pela Constituição Federal e pela Lei de Greve (Lei n. 7.783/89).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 488

11/4/2011 17:24:50

4.6. 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 um a três anos, e multa.

4.6.1. Objetividade jurídica

A propriedade e a liberdade de trabalho.

4.6.2. Tipo objetivo

A primeira figura ilícita diz respeito a invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. **Invasão** é a entrada indevida, expressamente desautorizada. **Ocupação** é o ingresso seguido de permanência no local por tempo juridicamente relevante. Esta última modalidade constitui crime permanente, pois a lesão ao bem jurídico dura enquanto perdurar a ocupação.

A segunda figura, conhecida pelo nome de **sabotagem**, engloba três condutas típicas: a) danificar o estabelecimento; b) danificar coisas nele existentes; c) dispor de coisas nele existentes.

4.6.3. Elemento subjetivo

O crime em análise pressupõe que as condutas típicas sejam realizadas com a específica intenção de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho. Este crime nada tem a ver com movimento grevista — previsto em outros tipos penais. A depredação com intento de impedir o curso normal do trabalho pode se dar, por exemplo, por vingança; para que cesse o barulho das máquinas; por parte de concorrente que quer atrapalhar as atividades do outro; por parte de trabalhadores que foram demitidos de uma empresa em razão da abertura de outra de grande porte que se quer fazer paralisar etc.

Se o agente não tiver a intenção específica prevista no art. 202, a conduta poderá caracterizar crime de esbulho possessório, dano ou furto.

4.6.4. Consumação

O crime se consuma no instante em que é realizada a conduta típica — invasão, ocupação, dano ou disposição. Cuida-se de crime **formal**, na medida em que a consumação independe da efetiva paralisação ou embaraço das atividades laborativas.

4.6.5. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Pode haver envolvimento de algum empregado da empresa ou não.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 489

11/4/2011 17:24:50

4.6.6. Sujeito passivo

A coletividade e os proprietários da empresa.

4.6.7. Ação penal

É pública incondicionada. Considerando que a pena mínima é de um ano, mostrase cabível a suspensão condicional do processo, se presentes os demais

requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

A competência é da Justiça Federal porque a conduta atinge direito coletivo dos trabalhadores.

4.7. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA

Art. 203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena — detenção, de um a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.7.1. Objetividade jurídica

Tutela o dispositivo os direitos trabalhistas, previstos na Constituição Federal (art. 7º), na CLT e em leis especiais.

4.7.2. Tipo objetivo

De salientar-se, inicialmente, que o dispositivo em análise é norma penal em branco, porque os direitos trabalhistas vêm definidos em outras normas (Constitui

ção Federal, CLT e leis especiais), tais como, direito a férias, 13º salário, adicionais por insalubridade ou horas extras, valor mínimo de salário, descanso semanal etc.

A conduta típica é frustrar, mediante violência ou fraude, os referidos direitos.

No te-se que o tipo penal não mencionou a grave ameaça, mas apenas a violência física e a fraude. Frustrar nada mais é do que não observar o direito do trabalhador. Se a frustração, entretanto, se der pelo mero inadimplemento, sem que tenha havido fraude ou violência, o fato é atípico.

Existem direitos trabalhistas renunciáveis e, quanto a estes, entendese que não há crime se houver a concordância do trabalhador. A anuência deste, entretanto, é irrelevante, mantendose o ilícito penal, quando se trata de direito trabalhista irrenunciável, como, por exemplo, o salário mínimo. Em tal caso, entretanto,

deve ter sido empregado meio fraudulento para acobertar o fato, sendo sujeito passivo o Estado.

4.7.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. O crime normalmente é praticado pelo patrão contra o empregado. Pode, todavia, ser cometido por este contra aquele ou até mesmo por ambos, agindo de comum acordo, para frustrar o texto legal, no que tange a direitos que são irrenunciáveis por serem de ordem pública.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 490

11/4/2011 17:24:50

4.7.4. Sujeito passivo

É a pessoa cujo direito é violado. Na hipótese em que há conluio entre trabalhador e empregado, sujeito passivo é o Estado.

4.7.5. Consumação

No momento em que é frustrado o direito trabalhista.

4.7.6. Tentativa

É possível.

4.7.7. Figuras equiparadas

A Lei n. 9.777/98 acrescentou um § 1º ao art. 203, prevendo as mesmas penas para quem:

"I — *obrigar ou coagir alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude da dívida"* .

Se o agente impedir a locomoção do empregado em razão dessa dívida, haverá

crime mais grave de redução a condição análoga à de escravo, previsto no art. 149, *caput*, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.803/2005.

"II — *impedir alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coa-*

ção ou por meio de retenção de seus documentos pessoais ou contratuais" .

Atualmente, entretanto, as condutas de manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou de se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, caracteriza também crime mais grave de redução a condição análoga à de escravo, previsto no art. 149, § 1º, II, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.803/2005.

4.7.8. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 203, § 2º, do Código Penal, a pena será aumentada de um sexto a um terço se a vítima for menor de 18 anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

4.7.9. Concurso de crimes

De acordo com o que estabelece o próprio tipo penal, se da violência empregada resultarem lesões corporais, ainda que leves, o agente responderá pelos dois crimes e as penas serão somadas.

4.7.10. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 491

11/4/2011 17:24:50

Se for atingido direito individual, a competência será da Justiça Estadual. Se afetados direitos de trabalhadores considerados coletivamente, a competência

será da Justiça Federal.

4.8. 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 um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.8.1. Objetividade jurídica

A finalidade do dispositivo é garantir que sejam respeitadas as regras atinentes ao número mínimo de trabalhadores brasileiros contratados pelas empresas.

4.8.2. Tipo objetivo

Apesar de a Constituição Federal atual não prever, ao contrário do que ocorria no ordenamento anterior, uma percentagem mínima de trabalhadores brasileiros, con tinua a existir regra nesse sentido nos arts. 352 e 354 da CLT.

O art. 352 dispõe que "*as empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de três empregados ou mais, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo*". A proporção a que se refere tal dispositivo é encontrada no art. 354: "*A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar*".

Interessante notar que, se o empregador simplesmente desrespeita essa proporcionalidade, fazendo-o às claras, estará incurso apenas em sanções administrativas.

O ilícito penal consiste em empregar fraude ou violência para driblar a proporcionalidade e a sanção administrativa.

4.8.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa: o empregador ou o empregado que quer ser contratado e, fraudulentamente, esconde sua condição de estrangeiro.

4.8.4. Sujeito passivo

O Estado.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 492

11/4/2011 17:24:50

4.8.5. Consumação

No momento em que for efetivamente frustrada a obrigação legal da pro porcionalidade.

4.8.6. Tentativa

É possível.

4.8.7. Concurso de crimes

De acordo com o que estabelece o próprio tipo penal, se da violência empregada resultarem lesões corporais, ainda que leves, o agente responderá pelos dois crimes e as penas são somadas.

4.8.8. Ação penal

É pública incondicionada. A competência é do Juizado Especial Criminal.

4.9. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA Art. 205. Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa: Pena — detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

4.9.1. Objetividade jurídica

O respeito às decisões administrativas relativas ao impedimento do exercício de

atividades profissionais.

4.9.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em exercer as atividades de que está impedido por decisão administrativa. Pressupõe que o agente seja habilitado e que tenha havido um julgamento administrativo no qual tenha sido suspensa ou cancelada sua licença etc. A decisão administrativa pode ser proveniente de Órgão da Administração Pública, Ministério do Trabalho, Conselho da OAB, Conselho de Medicina etc.

Se o agente nunca foi habilitado ao exercício da profissão, o crime será o de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282 do CP), ou, para os demais casos, estará configurada a contravenção de exercício ilegal de profissão ou atividade (art. 47 da LCP).

Caso o agente tenha sido suspenso ou privado do direito de exercer certa atividade por decisão **judicial**, o exercício da atividade configura crime específico previsto no art. 359 do Código Penal. Por sua vez, quando se trata de exercício ilegal de função pública por parte de quem foi exonerado, removido, substituído ou suspenso, configura-se o crime do art. 324 do Código Penal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 493

11/4/2011 17:24:50

4.9.3. Sujeito ativo

A pessoa que viola a decisão administrativa, exercendo a atividade da qual está impedida. Trata-se de crime **próprio**.

4.9.4. Sujeito passivo

É o Estado, ente interessado no cumprimento das decisões administrativas.

4.9.5. Consumação

A doutrina, de forma praticamente unânime, firmou entendimento de que se trata de crime habitual, que só se configura pela reiteração de atos que denotem que o agente está efetivamente se dedicando ao exercício da atividade de que está impedido.

4.9.6. Tentativa

Por se tratar de crime habitual, não admite a tentativa.

4.9.7. Ação penal

É pública incondicionada. Considerando que a pena máxima é de dois anos, a competência é do Juizado Especial Criminal.

Se o crime for cometido em detrimento de serviço ou interesse de autarquia federal, a competência é da Justiça Federal.

4.10. ALICIAMENTO PARA O FIM DE EMIGRAÇÃO

Art. 206. Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro: Pena — detenção, de um a três anos, e multa.

4.10.1. Objetividade jurídica

O interesse do Estado na permanência de trabalhadores no País, mantendose aqui a mão de obra nacional.

4.10.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em recrutar, arrebanhar, aliciar, pessoas para trabalhar no exterior. A palavra “trabalhadores”, no plural, indica a necessidade de que ao menos três trabalhadores sejam aliciados. Quando a lei se contenta com o número mínimo de duas pessoas, o faz de forma expressa.

Importante ressaltar que só há crime se o recrutamento se der com emprego de fraude, isto é, com mentiras, com falsas promessas. Os exemplos mais comuns são de pessoas que enganam as vítimas com promessas de bom emprego, quando, em verdade, trabalharão em atividades braçais e mal remuneradas, ou de pessoas que 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 494

prometem emprego inexistente em países ricos para que a vítima a elas pague pela documentação necessária.

Se o agente aliciar prostituta para que atue no exterior incorrerá em crime específico previsto no art. 231 do Código Penal, chamado “tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual”, que é qualificado quando há emprego de frau de (art.

231, § 2º, IV).

4.10.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

4.10.4. Sujeito passivo

O trabalhador enganado e o Estado.

4.10.5. Consumação

No instante em que o trabalhador é aliciado, ou seja, quando ele concorda em ir trabalhar no exterior após a proposta fraudulenta feita pelo agente. Pela forma como o dispositivo está redigido, concluise que se trata de crime **formal**, que se consuma ainda que a vítima não concretize o ato de emigração, isto é, mesmo que ela não saia do território brasileiro.

4.10.6. Tentativa

É possível.

4.10.7. Ação penal

É pública incondicionada.

4.11. 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 um a três anos, e multa.

4.11.1. Objetividade jurídica

Tutela-se o interesse do Estado em manter o trabalhador em sua região de origem, evitando escassez de mão de obra no local.

4.11.2. Tipo objetivo

No crime em análise não se mostra necessário o emprego de fraude, bastando o aliciamento dos trabalhadores, em número mínimo de três. A intenção do agente 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 495

11/4/2011 17:24:51

deve ser no sentido de que os trabalhadores se desloquem para prestar seus serviços em outra parte do território nacional, ainda que próxima ao local de origem.

Esse tipo de conduta é consideravelmente comum quando são aliciadas pessoas humildes, normalmente, no Norte ou Nordeste do Brasil, para trabalhar no corte de cana-de-açúcar no interior do Estado de São Paulo.

4.11.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

4.11.4. Sujeito passivo

O Estado. A pessoa aliciada não é vítima, já que na presente infração penal não

há emprego de fraude.

4.11.5. Consumação

No momento em que se concretiza o aliciamento, ou seja, quando os trabalhadores aceitam a proposta de deslocamento para trabalhar em outro local. Trata-se de crime **formal**, pois não se exige, para fim de consumação, o efetivo deslocamento.

4.11.6. Tentativa

É possível.

4.11.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 207, § 2º, do Código Penal, a pena será aumentada de um sexto a um terço se a vítima for menor de 18 anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

4.11.8. Ação penal

É pública incondicionada.

4.11.9. Figuras equiparadas

De acordo com o § 1º do art. 207, introduzido no Código Penal pela Lei n. 9.777/98, 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.

São três as condutas incriminadas:

a) recrutar trabalhadores, fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, **mediante fraude**;

b) recrutar trabalhadores, fora da localidade de execução do trabalho, **mediante cobrança de qualquer quantia do trabalhador**;

c) não assegurar condições de retorno do trabalhador ao seu local de origem após tê-lo recrutado em local diverso.

A bem da verdade, as duas primeiras figuras equiparadas eram desnecessárias, na medida em que o tipo principal do *caput* já pune o aliciamento, independentemente de fraude ou do pagamento de qualquer quantia pelo trabalhador. Atualmente, entretanto, se houver uma dessas formas de execução, estará tipificado o crime específico do § 1º.

4.12. QUESTÃO

1. (Magistratura Federal/3ª Região — 5º concurso) No delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista:

a) o sujeito ativo é sempre o empregador.

b) o tipo configura norma penal em branco.

c) um dos meios de execução é a grave ameaça.

d) não se admite a tentativa.

Resposta: "b". O crime tratado no art. 203 do Código Penal é norma penal em branco porque os direitos trabalhistas estão elencados em outras leis e na própria Constituição Federal. A assertiva A está errada porque o trabalhador também pode ser sujeito ativo. A alternativa C

está errada porque o tipo penal só menciona a violência e a fraude como formas de execução.

Por fim, a alternativa D está errada porque a tentativa é possível.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 498

11/4/2011 17:24:51

TÍTULO V

5. DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO

E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

Esse Título é subdividido em dois Capítulos:

DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

• Capítulo I — Dos crimes contra o sentimento religioso;

• Capítulo II — Dos crimes contra o respeito aos mortos.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 499

11/4/2011 17:24:51

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 500

11/4/2011 17:24:51

I

DOS CRIMES CONTRA O

SENTIMENTO RELIGIOSO

5.1. DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO

5.1.1. 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 um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada em um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Há, em verdade, três ilícitos penais distintos no presente dispositivo, cuja finalidade é tutelar mandamento constitucional o qual dispõe que "*é inviolável 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 as suas liturgias*" (art. 5º, VI, da Constituição Federal).

5.1.1.1. Ultraje público por motivo religioso

O crime consiste em escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa. O agente zomba, ridiculariza, ofende a vítima, quer em razão da fé que professa, quer em decorrência de sua função religiosa (padre, rabino, freira, coroinha, pastor etc.). É necessário que o escárnio ocorra em público, ainda que a vítima não esteja presente. Se o fato não ocorrer em público, poderá estar tipificado o crime de injúria.

A doutrina costuma salientar que o tipo penal exige que a ofensa seja contra **alguém**, isto é, contra pessoa ou pessoas **determinadas**, em razão de sua religião ou função religiosa. Daí porque o escárnio contra a religião em si (catolicismo, islamismo etc.) não constituiria crime. De ver-se, entretanto, que a Lei n. 9.459/97 inseriu, no art. 20, *caput*, da Lei n. 7.716/89, crime consistente na prática ou incitação de preconceito religioso, delito que pode se mostrar presente dependendo do escárnio público que se faça da religião.

5.1.1.1.1. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive ministros de outra religião.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 501

11/4/2011 17:24:51

5.1.1.1.2. Sujeito passivo

A pessoa ofendida.

5.1.1.1.3. Consumação

No momento em que é proferida a ofensa em público.

5.1.1.1.4. Tentativa

A doutrina costuma dizer que é possível, exceto na forma verbal. Assim, é muito rara sua configuração porque, em geral, a ofensa pública é feita por meio de palavras.

5.1.1.2. Impedimento ou perturbação de cerimônia ou culto

As condutas típicas são **impedir** (não permitir o início ou o prosseguimento) ou **perturbar** (tumultuar, atrapalhar o regular andamento das atividades religiosas). O

crime pode ser cometido por qualquer meio (violência, algazarra, vaia, interrupção da fala do sacerdote etc.).

Cerimônias são as celebrações religiosas solenes (missas, casamentos, batizados etc.). **Cultos** são práticas religiosas de menores proporções como novenas, ora

ções em capela etc.

5.1.1.2.1. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, esteja ou não participando da cerimônia ou culto.

5.1.1.2.2. Sujeito passivo

A coletividade religiosa (os fiéis e as pessoas que celebravam o culto ou cerimônia).

5.1.1.2.3. Consumação

No momento em que o agente efetivamente impede ou perturba a cerimônia ou culto.

5.1.1.2.4. Tentativa

É perfeitamente possível.

5.1.1.3. Vilipêndio público de ato ou objeto de culto religioso

Vilipendiar é desrespeitar, menosprezar. Pode ser praticada por palavras, como críticas ofensivas a certos procedimentos religiosos, por escrito ou por gestos (chutar a imagem de um santo, cuspir em uma cruz com a imagem de Cristo). É necessário que a conduta recaia sobre ato religioso ou sobre objeto de culto religioso e que ocorra **em público**.

5.1.1.3.1. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive ministro de outra religião.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 502

11/4/2011 17:24:51

5.1.1.3.2. Sujeito passivo

A coletividade religiosa.

5.1.1.3.3. Consumação

No momento em que o agente realiza o ato de escárnio público do ato religioso ou do objeto de culto.

5.1.1.3.4. Tentativa

É possível.

5.1.1.4. Causa de aumento de pena e concurso de crimes

Para todas as figuras elencadas no art. 208 do Código Penal, a pena será aumentada em um terço se houver emprego de violência. Como o texto legal não faz distin

ção, o dispositivo abrange a violência contra coisas ou pessoas. Ademais,

conforme ressalva a própria lei, a pena aumentada aplica-se sem prejuízo da pena correspondente à violência. Assim, as penas serão somadas se a violência empregada provocar lesão, ainda que leve, ou dano. Se a violência consistir em meras vias de fato, a contravenção do art. 21 da Lei das Contravenções Penais fica absorvida, de acordo com o que dispõe o próprio art. 21, no sentido de que tal contravenção sempre fica absorvida quando empregada para a prática de qualquer espécie de crime.

5.1.1.5. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 503

11/4/2011 17:24:51

II

DOS CRIMES CONTRA O

RESPEITO AOS MORTOS

5.2. DOS CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

5.2.1. Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária

Art. 209. Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária: Pena — detenção, de um a mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo à correspondente à violência.

5.2.1.1. Objetividade jurídica

O respeito em relação às pessoas mortas e à dor de seus familiares.

5.2.1.2. Tipo objetivo

Enterro é o transporte do corpo até o local onde será sepultado ou cremado.

Cerimônia funerária são todos os atos em homenagem e de despedida em

relação ao falecido, incluindo-se, evidentemente o velório.

As condutas típicas consistem em impedir ou perturbar o enterro ou a cerimônia funerária. **Impedir** significa evitar que se inicie ou fazer interromper os atos já em andamento. **Perturbar** é sinônimo de tumultuar, fazer alvoroço no local.

5.2.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

5.2.1.4. Sujeito passivo

A coletividade, que representa os familiares do morto e o Estado.

5.2.1.5. Consumação

No exato instante em que o agente efetivamente impede ou perturba o enterro ou a cerimônia funerária.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 504

11/4/2011 17:24:51

5.2.1.6. Tentativa

É possível.

5.2.1.7. Elemento subjetivo

O dolo, direto ou eventual.

5.2.1.8. Causa de aumento de pena e concurso de crimes

De acordo com a regra do parágrafo único, a pena será aumentada em um terço se houver emprego de violência. Como o texto legal não faz distinção, o dispositivo abrange a violência contra coisas ou pessoas. Ademais, conforme ressalva a própria lei, a pena aumentada aplica-se sem prejuízo daquela correspondente à violência.

Assim, as penas serão somadas se a violência empregada provocar lesão, ainda que leve, ou dano. Se a violência consistir em meras vias de fato, a contravenção do art. 21

da Lei das Contravenções Penais fica absorvida, de acordo com o que dispõe o próprio art. 21, no sentido de que tal contravenção sempre fica absorvida quando empregada para a prática de qualquer espécie de crime.

5.2.1.9. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

5.2.2. Violação de sepultura

Art. 210. Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena — reclusão, de um a três anos, e multa.

5.2.2.1. Objetividade jurídica

O respeito em relação às pessoas mortas e à dor de seus familiares.

5.2.2.2. Tipo objetivo

Sepultura é o local onde o cadáver está enterrado, compreendendo toda a construção que envolve o caixão. Urna funerária é o recipiente onde efetivamente se guardam o cadáver, seus ossos ou suas cinzas.

As condutas típicas são:

a) Violar, que significa abrir, devassar. É necessário que ocorra de forma ilegítima, pois, se houver autorização para exumação, o fato não constitui crime.

b) Profanar, que é ultrajar, desprezar, como, por exemplo, pichar a sepultura ou jogar sujeira sobre o caixão etc. De acordo com a jurisprudência, profana

ção "*configura qualquer ato de vandalismo sobre a sepultura, ou de alteração chocante, de aviltamento ou grosseira irreverência*" (TJSP — *RT* 476/349).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 505

11/4/2011 17:24:51

Se o agente, concomitantemente, viola e profana, comete crime único. Trata-se de tipo misto alternativo em que a realização de mais de uma conduta em relação ao mesmo objeto material constitui uma só infração.

• Violação de sepultura e furto

Se o agente subtrai objetos externos, como placas de bronze ou de prata, sem violar ou profanar a sepultura, não há dúvida de que o crime é o de furto.

Quando o agente subtrai objetos enterrados com o cadáver, existem duas correntes, conforme já estudado no crime de furto, junto ao tema "coisa alheia". Para alguns, os familiares são donos dos bens e o fato constitui furto, enquanto, para outros, estes objetos equivalem à coisa abandonada, e o delito configura violação de sepultura. Conforme já havíamos mencionado, adotamos esta última orientação. No mesmo sentido: "*A subtração de coroa dentária de cadáver, após a violação da sepultura, não configura o delito de furto, mas somente o descrito no art. 210 do CP*" (TJSP

— Rel. Goulart Sobrinho — *RT* 243/265).

• Violação de sepultura e subtração de cadáver ou parte dele A subtração de cadáver constitui crime descrito no art. 211 do Código Penal, de modo que, se a finalidade do agente é a subtração do cadáver ou parte dele, resta absorvido o delito de violação de sepultura por tratar-se de crime-meio.

• Violação de sepultura e contravenção de exumação de cadáver (art. 67

da LCP)

A contravenção referida consiste em exumar cadáver com infração às disposi

ções legais. Essas disposições são encontradas nos arts. 163 a 166 do Código de Processo Penal, que regulamentam a exumação judicial de cadáveres, e no Código Sanitário. Na contravenção, o ilícito não decorre de intenção de desrespeitar o cadáver ou a sepultura, e sim da não observância dos preceitos legais relacionados ao tema. Segundo Manoel Carlos da Costa Leite,200

"*caracteriza os crimes o elemento subjetivo de falta de respeito aos mortos e a contravenção é integrada exclusivamente pela desobediência às disposições legais, concernentes às inumações e exumações de cadáveres*".

5.2.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

5.2.2.4. Sujeito passivo

A coletividade, que representa os familiares do morto e o Estado.

200 Manoel Carlos da Costa Leite, *Lei das contravenções penais,* p. 441.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 506

11/4/2011 17:24:52

Cuidase de crime **vago** por ter como vítima uma entidade sem personalidade jurídica.

5.2.2.5. Consumação

No momento da efetiva violação ou profanação da sepultura ou urna funerária.

Trata-se de crime **material**.

5.2.2.6. Tentativa

É admissível.

5.2.2.7. Elemento subjetivo

É o dolo, direto ou eventual.

5.2.2.8. Ação penal

É pública incondicionada. Considerando que a pena mínima é de um ano, o

delito admite a suspensão condicional do processo, se presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

5.2.3. Destruição, subtração ou ocultação de cadáver

Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena — reclusão, de um a três anos, e multa.

5.2.3.1. Objetividade jurídica

O sentimento de respeito pelos mortos.

5.2.3.2. Tipo objetivo

A lei pune três condutas típicas:

a) Destruir cadáver ou parte dele. Nessa hipótese, o cadáver deixa de existir como tal, o que ocorre, por exemplo, no esquartejamento ou no ateamento de fogo no cadáver. Na destruição parcial, é necessário que o agente destroce uma parte do cadáver, quer esteja ainda ligada ao corpo, quer não (um braço separado da vítima em um acidente fatal). Se o agente se limita a fazer um corte no rosto do cadáver, não se mostra presente uma efetiva destruição dessa parte do corpo, devendo o agente responder por crime de vilipêndio (desrespeito) a cadáver.

Comete o crime em estudo quem decepa os dedos da vítima de um homicídio para que o corpo não seja identificado.

Em se tratando de parte separada de ser humano vivo, a destruição é atípica.

Quando o agente comete homicídio e a destruição do corpo é ato inerente ao crime, responde só pelo primeiro delito. Ex.: colocar pessoa viva em um forno. Se, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 507

11/4/2011 17:24:52

todavia, o agente primeiro mata e depois destrói o cadáver, responde por dois

crimes em concurso material.

b) Subtrair cadáver: significa tirá-lo da esfera de vigilância dos familiares ou dos responsáveis por sua guarda. Não é necessário o *animus rem sibi habendi*. Se o agente leva o corpo e o abandona em outro local, já está configurado o crime.

Conforme já estudado anteriormente, na hipótese de o cadáver integrar o patrimônio de alguma Universidade ou instituto de pesquisa, a subtração constitui crime de furto.

A remoção não autorizada de órgão ou tecido de cadáver **para fim de transplante** constitui crime especial, descrito no art. 14 da Lei n. 9.434/97 (Lei dos Transplantes).

c) Ocultar cadáver: significa colocar o corpo morto em local onde não possa ser encontrado. É muito comum sua configuração em concurso material com o homicídio, em que o agente, após matar a vítima, enterra o corpo ou o atira em um rio.

A ocultação só é possível antes do sepultamento. Após, haverá subtração de cadáver, se ele ainda conservar os traços humanos, ou violação de sepultura.

Quando a ocultação do corpo faz parte do ato executório do homicídio, o agente responde apenas por este crime. Ex.: enterrar pessoa viva. Se, entretanto, após o homicídio, o agente enterra o corpo em local desconhecido da coletividade, incorre nos dois delitos em concurso material.

Quem deixa de entregar ou retarda a entrega de cadáver para sepultamento aos familiares ou interessados comete crime mais grave previsto no art. 19 da Lei n. 9.434/97.

O ato de enterrar cadáver com desrespeito às formalidades legais (existência de atestado de óbito, por exemplo), sem que tenha havido ocultação, constitui contravenção penal do art. 67 da LCP: "*O simples fato de haver enterrado um cadáver, com desrespeito às disposições legais relativas ao assunto e que só consentem ao enterramento em cemitério, não torna o agente incurso no art. 211 do Código Penal, mas, sim no art. 67 da LCP*" (TJSP — Rel. Thomaz Carvalhal — *RT* 176/373).

• Crime de ação múltipla

O tipo penal em estudo possui três verbos separados pela partícula “ou”, de modo que a realização de mais de uma conduta em relação ao mesmo cadáver constitui crime único.

• Objeto material

Cadáver é o corpo humano morto, enquanto conserva sua aparência. Por esse conceito, estão excluídas as cinzas, as múmias, os esqueletos e os corpos já decompostos. Assim, o coveiro que subtrai crânios para vendê-los a estudantes de odontologia incorre no crime de violação de sepultura, porque a ossada não integra o conceito de cadáver.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 508

11/4/2011 17:24:52

Forte é a divergência **doutrinária** em torno da possibilidade de o feto integrar o conceito de cadáver. Praticamente pacífico, entretanto, o entendimento de que o natimorto, após o trabalho de parto, merece o mesmo respeito, e, por isso, sua oculta

ção, destruição ou subtração caracteriza o crime em tela.

Na **jurisprudência**, há consistente interpretação no sentido de que, após o sexto mês de gestação, quando o feto já possui a forma humana, é viável a configuração do crime. Nesse sentido: “*Após cento e oitenta dias de vida intrauterina, o corpo humano oferece a possibilidade de sobrevivência por ter atingido a maturidade vital. Vale dizer que, se morto depois de seis meses, deve ser considerado cadáver*” (TJSP — Rel.

Ítalo Galli — *RT* 286/96); “*Segundo o CC, art. 338, I, a duração mínima da prenhez com feto viável é de 180 dias. Destarte, acima de seis meses, viável o feto, isto é, com probabilidade de vida extrauterina, o seu corpo deve ser tido como cadáver, de que trata a lei penal, em seu art. 211*” (TJSP — Rel. Adriano Marrey — *RT* 450/366).

5.2.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

5.2.3.4. Sujeito passivo

A coletividade (crime vago), além dos familiares da pessoa morta.

5.2.3.5. Consumação

No instante em que o agente realiza a conduta típica. Se o agente quer a destrui

ção total do cadáver, mas logra êxito apenas em sua destruição parcial, o crime já estará aperfeiçoado.

Costuma-se dizer que a conduta "ocultar" tem caráter permanente. Tal caráter, entretanto, depende da forma como se dá a ocultação. Quando a esposa, por exemplo, mantém o corpo do marido no *freezer* da própria casa para que não se descubra que ele morreu, é inegável o caráter permanente. Ao contrário, se o homicida joga o corpo da vítima em alto-mar, o corpo não está mais em sua esfera de disposição, não constituindo delito permanente.

5.2.3.6. Tentativa

Perfeitamente possível.

5.2.3.7. Ação penal

É pública incondicionada.

5.2.4. Vilipêndio a cadáver

Art. 212. Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:

Pena — detenção, de um a três anos, e multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 509

11/4/2011 17:24:52

5.2.4.1. Objetividade jurídica

Tal como nos delitos anteriores, é o sentimento de respeito aos mortos.

5.2.4.2. Tipo objetivo

O ato de vilipendiar é sinônimo de desrespeitar, ultrajar, e admite qualquer meio de execução (palavras, gestos, escritos). É necessário que o ato seja praticado na presença do cadáver ou de suas cinzas. Configura o delito aproximar-se do cadáver e passar a xingá-lo ou a dar gargalhadas apontando para o falecido, desferir cusparada ou desarrumar sua roupa ou seu cabelo, abrir sua boca para que assim fique exposto no caixão, colocar uma fruta em sua boca para que pareça um leitão servido, chutar o corpo após encontrálo morto etc.

A necrofilia — compulsão por manter relação sexual com cadáver — configura o crime em estudo. Nesse sentido: "*Não causa mossa a incredulidade de familiares e conhecidos sobre a realidade de práticas necrofílicas, comprovadamente surpreen-didas. É que, além de criarem situações favoráveis à satisfação de suas perversões, como obtenção de emprego em necrotérios, cemitérios e agências funerárias, tornam-se com facilidade hábeis dissimuladores, procurando sempre transmitir imagem de exemplaridade de conduta social, moral, profissional e familiar. Raramente buscam tratamento médico e, de regra, só ocasionalmente soem ser descobertos em sua doentia atuação*" (Tacrim-SP — Rel. Gonzaga Fraceschini — *Jutacrim* 85/293).

Se o agente mata a vítima com a específica intenção de violar seu corpo sem vida, responde por homicídio qualificado (cometido para assegurar a execução de outro crime), em concurso material com vilipêndio a cadáver. A propósito: "*Vilipêndio a cadáver. Acusado que, levado por seus instintos sexuais, mata a vítima e, em seguida, depois de morta, dá vazão à sua libido*" (TJSP — Rel. Hoeppner Dutra —

RJTJSP 22/456); "*Vilipêndio a cadáver. Homicídio praticado contra menor com o objetivo de com ele manter coito anal numa demonstração de ausência de elementar sentimento de piedade*" (TJSP — Rel. Bomfim Pontes — *RJTJSP* 30/369).

Caso o sujeito agarre uma mulher a fim de estuprá-la e a mate porque ela tentava se esquivar do ato sexual, e, somente após a morte, ele consiga a penetração, responde por homicídio qualificado, tentativa de estupro e vilipêndio a cadáver,

em concurso material.

Muitos são os casos de vilipêndio em que o agente tem a específica intenção de ultrajar o cadáver e de que seu gesto seja visto por testemunhas, hipóteses em que o crime normalmente é praticado no próprio velório ou enterro. Em casos de necrofilia, entretanto, não existe a intenção de desprezar o cadáver, e sim de satisfação da desvia-da preferência sexual. Tampouco é intenção do necrófilo que seu ato chegue ao conhecimento de terceiros. O fato constitui crime porque, objetivamente, é aviltante.

O ato de deixar de recompor cadáver, devolvendolhe aspecto condigno para o sepultamento, constitui crime específico do art. 19 da Lei n. 9.434/97.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 510

11/4/2011 17:24:52

• Objeto material

Nesse crime, além do cadáver, as cinzas também podem ser objeto material.

Cinzas de cadáver são o produto da cremação do corpo. Configura o delito jogar fezes ou urinar sobre as cinzas.

Apesar de o tipo penal não mencionar de forma expressa, partes de um cadáver também podem ser objeto material deste crime, já que as próprias cinzas o são.

5.2.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive familiares do falecido.

5.2.4.4. Sujeito passivo

A coletividade (crime **vago**) e os familiares da pessoa morta.

5.2.4.5. Consumação

No momento do ato de desrespeito.

5.2.4.6. Tentativa

Admissível, exceto na forma verbal.

5.2.4.7. Ação penal

É pública incondicionada.

5.2.5. Quadros

Destruição

(art. 211)

Subtração

(art. 211)

Condutas

criminosas

contra cadáver

Ocultação

(art. 211)

Vilipêndio

(art. 212)

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 511

11/4/2011 17:24:52

A enterro

Art. 208

ou cerimônia

(impedimento

funerária

de cerimônia

funerária)

Atos de

À sepultura

Art. 210 (violação

desrespeito

ou urna funerária

de sepultura)

A cadáver

Art. 211 (vilipêndio

a cadáver)

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 512

11/4/2011 17:24:52

TÍTULO VI

6. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Esse Título sofreu profundas alterações em decorrência da Lei n. 12.015/2009.

Até o nome foi modificado, pois, anteriormente, se chamava “Dos Crimes

Contra os Costumes". A intenção do legislador foi a de evitar que a interpretação da lei, fundada no nome do Título, continuasse a se dar com base em hábitos machistas ou moralismos antiquados e eventuais avaliações da sociedade sobre estes.

É composto de seis Capítulos (o Capítulo III, que tratava dos crimes de rapto, encontrase integralmente revogado), havendo dois Capítulos com o mesmo nome.

Os comentários aos Capítulos IV e VII, que tratam das disposições gerais, serão feitos durante a exposição dos crimes nos Capítulos I e II.

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

• Capítulo I — Dos crimes contra a liberdade sexual;

• Capítulo II — Dos crimes sexuais contra vulnerável;

• Capítulo IV — Disposições gerais;

• Capítulo V — Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual;

• Capítulo VI — Do ultraje público ao pudor;

• Capítulo VII — Disposições gerais.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 513

11/4/2011 17:24:52

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 514

11/4/2011 17:24:52

I

DOS CRIMES CONTRA

A LIBERDADE SEXUAL

6.1. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Os crimes previstos nesse Capítulo atingem a faculdade de livre escolha do parceiro sexual. Essa faculdade por ser violada por: **a) *violência*** ou ***grave ameaça:*** crime de estupro (art. 213); **b) *fraude:*** crime de violação sexual mediante fraude.

6.1.1. Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjun-

ção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena — reclusão, de seis a dez anos.

6.1.1.1. Objetividade jurídica

A faculdade de livre escolha do parceiro sexual.

6.1.1.2. Tipo objetivo

No crime de estupro, a vítima é coagida, obrigada a realizar o ato sexual. Premissa do crime, portanto, é o dissenso da vítima, isto é, que o ato seja realizado contra sua vontade. Deve, ademais, ser um **dissenso sério**, que indique não ter a vítima aderido à conduta do agente. Por isso, não há crime quando um casal está se beijando e o homem começa a tirar a roupa da mulher e, embora ela diga para ele parar, não o faz de forma enérgica, não tomando nenhuma atitude para evitar que ele tire sua roupa e acaricie suas partes íntimas. Ocorre que, em tal caso, não se mostrou presente o emprego de violência ou grave ameaça. De outro lado, não é necessária à configuração do crime a chamada "resistência heroica", em que a vítima luta fisicamente com o agente até suas últimas forças. Veja-se, por exemplo, a hipótese do estuprador que está armado, em que a luta por parte da vítima só lhe traria riscos maiores (até de morte). O crime, porém, está perfeitamente delineado em razão do emprego da grave ameaça.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 515

11/4/2011 17:24:52

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Importantíssima alteração foi trazida pela Lei n. 12.015/2009, que deixou de fa zer distinção entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, unindo-os sob a nomenclatura única de **estupro**. Pela legislação antiga, o estupro só se configurava pela prática de conjunção carnal (penetração do pênis na vagina), de modo que só podia ser cometido por homem contra mulher. Já o atentado violento ao pudor se constituía pela prática de qualquer outro ato de libidinagem (sexo anal, oral, introdução do dedo na vagina da vítima etc.) e podia ser cometido por homem ou mulher contra qualquer outra pessoa.

Pela nova lei haverá estupro, quer tenha havido conjunção carnal, quer tenha sido praticado qualquer outro tipo de ato sexual.

A conjunção carnal existe com a penetração, ainda que parcial, do pênis na vagina.

Em relação a outros atos de libidinagem, o crime existe, quer o agente tenha obrigado a vítima a **praticar** o ato, tendo um posicionamento ativo na relação (masturbar o agente, nele fazer sexo oral etc.), quer a tenha obrigado a **permitir que nela se pratique** o ato, tendo posicionamento passivo na relação (a receber sexo oral, a permitir que o agente introduza o dedo em seu ânus ou vagina, ou o pênis em seu ânus etc.).

Além dos exemplos já mencionados (sexo oral e anal e da introdução do dedo na vagina ou ânus da vítima) podem ser apontados inúmeros outros atos libidinosos que também configuram crime de estupro: passar a mão nos seios da vítima ou em suas nádegas, esfregar o órgão sexual no corpo dela, introduzir objeto em seu ânus ou vagina, beijo com a introdução da língua na boca da vítima (beijo lascivo) etc.

Para que haja o crime, é desnecessário contato físico entre o autor do crime e a vítima. Assim, se ele usar de grave ameaça para forçar a vítima a se automasturbar ou a introduzir um vibrador na própria vagina, estará configurado o estupro. Da mesma maneira, se ela for forçada a manter relação com terceiro (o agente obrigar duas pessoas a fazerem sexo) ou até com animais. O que é pressuposto do crime, em verdade, é o envolvimento corpóreo da **vítima** no ato sexual. Por isso, se ela for simplesmente obrigada a assistir a um ato sexual envolvendo outras pessoas, o crime é o de constrangimento ilegal (art. 146) ou,

se a vítima for menor de 14 anos, o de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A).

O crime de estupro pode caracterizar-se ainda que a roupa da vítima não seja tirada, como na hipótese de o agente deitarse sobre ela ou passar a mão em seu órgão genital por sobre as vestes.

Prevalece o entendimento de que a simples conduta de obrigar a vítima a tirar a roupa, sem obrigá-la à prática de qualquer ato sexual (contemplação lasciva), configura crime de constrangimento ilegal. Argumenta-se que o ato de ficar nu, por si só, não é ato libidinoso.

Salientese que, como o tipo penal exige um **ato** de natureza sexual, não se configura o delito quando o agente se limita ao uso de palavras para fazer propostas indecorosas à vítima, hipótese em que se tipifica a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP). Quando o agente, intencionalmente, se encosta na vítima aproveitando-se da lotação e do movimento de um coletivo, incorre também na 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 516

11/4/2011 17:24:52

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

517

figura contravencional, com o argumento de que não houve violência física ou grave ameaça nesse caso.

6.1.1.3. Meios de execução

O estupro pressupõe emprego de violência ou grave ameaça.

Violência é toda forma de agressão ou emprego de força física para dominar a vítima e viabilizar a conjunção carnal ou outro ato de libidinagem. Configuram-na a agressão a socos e pontapés, o ato de amarrar a vítima, de derrubála no chão e deitarse sobre ela etc.

Na legislação atual, o estupro é sempre cometido mediante violência real (física). A Lei n. 12.015/2009 deixou de prever a **presunção de violência** como

forma de execução do estupro, passando a tratar a relação sexual com menores de 14 anos, deficientes mentais ou pessoas que não possam oferecer resistência com a denominação “estupro de vulnerável”, previsto no art. 217-A, que tem pena mais grave em face da condição da vítima.

Grave ameaça é a promessa de mal injusto e grave, a ser causado na própria vítima do ato sexual ou em terceiro. Exs.: capturar um filho menor de idade e exigir que a mãe vá a um encontro sexual sob pena de matar a criança; perigoso bandido preso em penitenciária que aborda a mulher de outro preso em dia de visita íntima e exige relação sexual com ela sob pena de matar o marido.

O pai que se aproveita do medo da filha, maior de 14 e menor de 18 anos, decorrente do temor reverencial para com ela praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso responde por estupro qualificado (art. 213, § 1º). Evidente que, se a vítima tiver menos de 14 anos, o delito será o de estupro de vulnerável.

É possível a responsabilização penal por crime de estupro até mesmo em virtude de **omissão**. Ex.: mãe que nada faz para evitar que seu companheiro mantenha rela

ções sexuais violentas com a filha de 15 anos de idade. A mãe tinha o dever jurídico de proteção. Tendo permitido pacificamente a prática do delito ou sua reiteração (quando cientificada de atos anteriores), responde por ele juntamente com o companheiro. Se a vítima tinha menos de 14 anos, ambos responderão por crime de estupro de vulnerável (art. 217-A).

6.1.1.4. Sujeito ativo

Com as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher. Trata-se de crime **comum**.

O homem que força uma mulher a uma conjunção carnal (penetração do pênis na vagina) responde por estupro. A mulher que obriga um homem a penetrála também responde por tal crime (hipótese rara). O homem que força outro homem ou uma mulher a nele realizar sexo oral responde por estupro. Da mesma forma, a mulher que força outra mulher ou um homem a nela fazer sexo oral.

O estupro admite **coautoria** e **participação**. Será considerado coautor aquele que empregar violência ou grave ameaça contra a vítima (ato executório), sem, entretanto, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 517

realizar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com ela, porém a fim de viabilizar que o comparsa o faça. Este é autor do crime e aquele é coautor. Ex.: o coautor segura a vítima para que o autor realize a conjunção carnal. Haverá participação por parte de quem concorrer para o crime sem realizar qualquer ato executório. Ex.: amigo que, verbalmente, estimula outro a estuprar a vítima.

6.1.1.5. Sujeito passivo

A vítima também pode ser homem ou mulher. O tipo penal não faz qualquer exigência quanto ao sujeito passivo, de modo que até mesmo prostitutas podem ser vítimas deste crime, quando forçadas a um ato sexual indesejado.

A conjunção carnal após a morte da vítima constitui crime de vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP).

• Estupro de marido contra a própria esposa

Esse assunto, que foi polêmico no passado, pacificou-se após a Lei n. 11.106/2005

ter inserido dispositivo no art. 226, II, do Código Penal, passando a prever um aumento de metade da pena sempre que o crime sexual tiver sido cometido por cônjuge ou companheiro. Tal regra, por estar no Capítulo das Disposições Gerais, aplica-se a todos os crimes sexuais.

• Relevância da palavra da vítima na comprovação do estupro

Nos crime sexuais, a palavra da vítima se reveste de especial importância na medida em que essa espécie de crime normalmente é cometido às escondidas, sem a presença de testemunhas. Assim, caso seja prestado com convicção e de forma coerente, seu depoimento é suficiente para o decreto condenatório. É evidente, entretanto, que existem falsas vítimas que simulam o estupro com a intenção de prejudicar outra pessoa (um parente, ex-marido, uma pessoa abastada a fim de lhe exigir dinheiro etc.). Por isso, é sempre relevante que o juiz

analise com cuidado as palavras da vítima a fim de verificar eventuais contradições com os depoimentos anteriores por ela prestados ou a existência de alguma razão concreta para querer prejudicar o acusado, hipóteses em que a análise das provas deverá ser feita ainda com mais cautela, para se evitar eventuais injustiças. Em suma, é possível a condenação de um estuprador com base somente nas palavras e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que suas palavras são verdadeiras, sendo, contudo, relativa tal presunção.

Se ficar demonstrado que a vítima simulou crime de estupro para prejudicar o acusado, responderá pelo delito de denunciação caluniosa (art. 339 do CP).

6.1.1.6. Consumação

Esse tema perdeu um pouco da importância após a Lei n. 12.015/2009 ter passado a tratar a prática de qualquer ato de libidinagem como estupro.

A conjunção carnal consuma-se com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina. Contudo, se antes disso o agente já realizou outro ato sexual independente, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 518

11/4/2011 17:24:53

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

519

já cometeu crime de estupro. Por sua vez, se a intenção do agente é apenas a de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o crime se consumará com sua concretização.

6.1.1.7. Tentativa

É possível quando o agente empregar a violência ou grave ameaça e não conseguir realizar qualquer ato sexual com a vítima por circunstâncias alheias à sua vontade. Ex.: o agente aborda a vítima na rua com uma arma e a obriga a adentrar em uma casa abandonada onde os atos sexuais ocorrerão, mas ela consegue fugir ou é auxiliada por outras pessoas ou por policiais.

6.1.1.8. Elemento subjetivo

É o dolo. O texto legal não exige que o agente tenha a específica intenção de satisfazer sua libido, seu apetite sexual. Assim, também estará configurado o estupro se a intenção do agente era vingar-se da vítima, humilhando-a com a prática do ato sexual, ou, ainda, se o ato sexual violento for cometido em razão de aposta etc. Com efeito, o que importa é que, em todos esses casos, a liberdade sexual da vítima foi atingida pelo emprego da violência ou grave ameaça, sendo irrelevante a motivação do agente (satisfação da lascívia ou outra qualquer).

Igualmente há crime quando policiais estupram presas políticas a fim de torturá-las por suas ações contra o regime ditatorial.

É evidente, porém, que, em certas circunstâncias, resta nítida a não configuração do estupro, por ser outra a intenção do agente, como no caso do marido que, ao saber que havia sido traído pela esposa, a amarrou e introduziu por completo um espeto de churrasco em sua vagina até perfurar seus órgãos internos e provocar sua morte (empalamento). É clara, nesse caso, a intenção específica de matar.

6.1.1.9. Concurso

• Conjunção carnal e outros atos libidinosos contra a mesma vítima no mesmo contexto fático

Na vigência da legislação antiga, discutia-se se o fato de o agente forçar a vítima à conjunção carnal e também a outros atos libidinosos no mesmo contexto fático (sexo anal, oral etc.) constituía concurso material ou crime continuado. Prevalecia o entendimento do concurso material com o argumento de que estupro e atentado violento ao pudor não são crimes da mesma espécie.

Como a Lei n. 12.015/2009 passou a considerar estupro tanto a conjunção carnal forçada como a prática de qualquer outro ato de libidinagem, passou o delito a ter tipo misto alternativo, de modo que, se contra a mesma vítima forem realizados vários atos libidinosos, no mesmo contexto fático, até mesmo com conjunção carnal dentre eles, o agente responderá por crime único. A pluralidade de atos sexuais deverá ser apreciada pelo juiz na fixação da pena-base. Nesse sentido: STJ — HC 144870/DF — 6ª Turma —

Rel. Min. Og Fernandes — j. 09.02.2010 — Informativo 422. É também a opinião da maioria dos doutrinadores.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que, em face da gravidade da conduta em análise (prática de sexo anal e vaginal contra a vítima em uma mesma oportunidade, por exemplo), existe entendimento de que a punição deverá se dar na forma do crime continuado: STF — 2ª Turma — HC 86110/SP — Min. Cezar Peluso —

j. 02.03.2010 — Informativo 577.

As pessoas em relação às quais se reconheceu concurso de crimes entre estupro e atentado violento ao pudor na vigência do regime antigo deverão ter suas penas redimensionadas no juízo das execuções criminais.

• Atos sexuais forçados contra a mesma vítima em momentos diversos
Haverá crime continuado se os crimes tiverem sido cometidos pelo mesmo modo de execução, na mesma cidade e sem que tenha decorrido mais de um mês entre uma conduta e outra, ou concurso material se ausente algum dos requisitos do crime continuado. Ex.: pai que estupra a filha por diversas ocasiões, durante vários meses ou anos, no interior da própria residência.

• Estupro contra duas vítimas no mesmo contexto fático

Nesse caso também há crime continuado, contudo, como os crimes são dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça, contra **vítimas diversas**, mostrase possível a aplicação da regra do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, em que, apesar de se tratar de continuação delitiva, o juiz pode somar as penas.

De acordo com referido dispositivo, o juiz tem um limite nessa soma, podendo, no máximo, triplicar a pena. Assim, se forem duas vítimas, elas serão somadas. Se forem três vítimas, serão triplicadas. Se forem quatro ou mais vítimas, serão também triplicadas.

• Várias pessoas que estupram a mesma vítima

Na chamada “curra”, em que duas (ou mais) pessoas estupram a vítima, revezando-se nas tarefas (enquanto uma segura a outra estupra), respondem por dois crimes em continuação delitiva — como autor de uma conduta e coautor na outra.

Como se trata de vítima única, aplica-se a regra comum do crime continuado em que o juiz fixa uma só pena, aumentada de um sexto a dois terços. Como o crime foi cometido mediante concurso de agentes, será também aplicado aumento de um quarto da pena, previsto no art. 226, I, do Código Penal.

• Estupro e perigo de contágio de moléstia venérea

O estuprador que sabe ou deve saber que está contaminado com doença venérea e que obriga a vítima a com ele manter relação sexual, expondo-a a risco de contrair a moléstia, responde por estupro em concurso formal com o crime do art. 130, *caput*, do Código Penal. A configuração desse crime pressupõe que o ato sexual seja capaz de transmitir a doença (conjunção carnal, sexo anal ou oral etc.), o que não ocorre 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 520

11/4/2011 17:24:53

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

521

quando ele, por exemplo, passa as mãos nos seios da vítima. Por se tratar de crime de perigo, pressupõe que não ocorra a transmissão da moléstia. Se houver, afasta-se a incidência do crime do art. 130 e aplica-se a causa de aumento do art. 234-A, inc. IV, do Código Penal (redação dada pela Lei n. 12.015/2009) ao crime de estupro.

Se era intenção do estuprador transmitir a doença, responde por estupro em concurso formal com o crime qualificado do art. 130, § 1º, do Código Penal, desde que a doença não seja transmitida (crime de perigo). Se houver a transmissão, aplica-se a causa de aumento mencionada no parágrafo anterior.

6.1.1.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Complexo simples

Comum e de

De ação livre,

Material e

Doloso quanto

e de dano quanto

concurso eventual

comissivo ou

instantâneo quanto

ao elemento

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo impróprio

ao momento

subjetivo

jurídica

ativo

quanto aos meios

consumativo

de execução

6.1.1.11. Crime qualificado pela provocação de lesão grave ou em razão da

idade da vítima

Art. 213, § 1º — Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 ou maior de 14 anos:

Pena — reclusão, de oito a doze anos.

• Estupro qualificado pela lesão grave

As hipóteses de lesão grave que qualificam o estupro são aquelas elencadas nos

§§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

Eventuais lesões **leves** decorrentes da violência empregada pelo estuprador ficam absorvidas pelo crime-fim (estupro). A contravenção de vias de fato também fica absorvida.

A figura qualificada em estudo é exclusivamente preterdolosa em razão do montante previsto em abstrato. Assim, pressupõe que haja dolo quanto ao estupro e culpa em relação ao resultado lesão grave. Se ficar demonstrado que houve dolo de provocar lesão grave ou gravíssima, o agente responde por estupro simples em concurso material com o crime de lesão corporal grave.

A Lei n. 12.015/2009 trouxe importante alteração no texto legal, pois, no regime anterior, a figura qualificada exigia que a lesão grave fosse decorrente da **violência** empregada pelo estuprador. No texto atual, a qualificadora se configura se "da conduta" decorre o resultado agravador, abrangendo, portanto, a lesão grave que decorra da grave ameaça (ex.: vítima que sofra ataque cardíaco em razão da ameaça empregada pelo estuprador).

• Vítima menor de 18 e maior de 14 anos

Trata-se de inovação da Lei n. 12.015/2009, já que não havia figura qualificada semelhante na legislação anterior.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 521

11/4/2011 17:24:53

Victor Eduardo Rios Gonçalves

O reconhecimento da qualificadora pressupõe que tenha havido emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima em tal faixa etária. Se a vítima for menor de 14 anos, configura-se crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) — independentemente do emprego de violência ou grave ameaça.

Há uma lacuna no texto legal, já que o estupro de vulnerável só pode ser cometido contra quem ainda não completou 14 anos, enquanto a figura qualificada do art. 213, § 1º, só pode, em tese, ser cometida no dia seguinte ao do aniversário de 14

anos (vítima maior de 14). Assim, pode gerar alguma controvérsia a hipótese do ato sexual com emprego de violência ou grave ameaça ocorrido exatamente no dia do 14º aniversário, pois pode-se argumentar que, em relação a essa idade, não há previsão legal de agravamento de pena — o que tornaria injusto, ou até impossível, agravá-la no caso de ela ter mais de 14 e menos de 18 anos. Nos parece, entretanto, que houve aqui um mero equívoco do legislador, sendo evidente que, se previu qualificadora para o caso de violência sexual empregada na data em que a vítima tem 14 anos e 1 dia de idade, deverá também o crime ser qualificado se ela estiver completando aniversário na ocasião da violência sexual.

6.1.1.12. Crime qualificado pela morte

Art. 213, § 2º — Se da conduta resulta morte:

Pena — reclusão, de doze a trinta anos.

Tal como se dá no parágrafo anterior, o crime de estupro qualificado pela morte é **exclusivamente preterdoloso**, pressupondo dolo em relação ao estupro e culpa quanto à morte. Essa conclusão é inevitável em razão do montante de pena estabelecido em abstrato para a figura qualificada.

Quando o agente estupra a vítima e, em seguida, **intencionalmente** a mata para assegurar sua impunidade, responde por crimes de estupro simples em concurso material com homicídio qualificado. Esta última hipótese é mais comum na prática, e a pena mínima para o réu é de 18 anos.

Se o sujeito amordaça a vítima para evitar que ela grite por socorro e, ao

estuprála, não percebe que ela está se engasgando com o pano, de modo que ela acaba morrendo por sufocação, responde por estupro qualificado, porque, nesse caso, a morte foi uma decorrência **culposa** de sua conduta. Por essa razão, o estupro qualificado não é julgado pelo Tribunal do Júri, e sim pelo juízo singular.

Se o agente aborda a vítima com uma arma e a arrasta para um terreno abandonado e esta, ao perceber que será vítima de crime sexual (porque o agente começou a tirar a sua roupa), entra em luta corporal e acaba sendo morta por um disparo, mas o sujeito, em seguida, realiza atos sexuais com o cadáver, responde por tentativa de estupro, homicídio qualificado (morte a fim de assegurar a execução de outro crime) e vilipêndio a cadáver, em concurso material.

O estupro qualificado existe, quer a morte seja decorrência da violência, quer da grave ameaça utilizada pelo estuprador.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 522

11/4/2011 17:24:53

Na hipótese em que o estupro não passa da tentativa, mas o agente, culposamente, dá causa à morte da vítima, o crime qualificado está consumado. É que os crimes preterdolosos não admitem tentativa e o texto legal vincula a incidência da qualificadora ao evento morte. Com efeito, estabelece o dispositivo em estudo que, se da conduta visando ao cometimento do estupro decorrer, culposamente, a morte da vítima, deverá ser aplicada a pena de doze a trinta anos. Ora, esta é a pena do crime qualificado **consumado**.

6.1.1.13. Natureza hedionda

A nova redação do art. 1º, inc. V, da Lei n. 8.072/90, dada pela Lei n. 12.015/2009, considera de natureza hedionda, em suas formas consumada ou tentada, o "estupro (art. 213, *caput*, e §§ 1º e 2º)". Essa redação, que menciona também o *caput* do art. 213, afasta qualquer possibilidade de controvérsia, deixando claro que tanto o estupro **simples** como suas figuras **qualificadas** constituem crime hediondo.

6.1.1.14. Causas de aumento de pena

Após o advento da Lei n. 12.015/2009, por equívoco do legislador, passaram a existir dois Capítulos com a mesma denonimação — "Disposições Gerais" — no Tí tulo dos crimes de cunho sexual. São os Capítulos IV e VII. Neles existem causas de aumento de pena aplicáveis ao estupro e a todos os demais crimes contra a dignidade sexual, respectivamente nos arts. 226 e 234.

Art. 226. A pena é aumentada:

I — de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas.

Apesar da discordância de Nélson Hungria,201 prevalece o entendimento de que esta causa de aumento aplica-se tanto a casos de coautoria quanto de participação, na medida em que o legislador referiu-se genericamente ao concurso de pessoas, sem fazer restrição. É a opinião, dentre outros, de Heleno Cláudio Fragoso,202 Júlio Fabbrini Mirabete203 e Damásio de Jesus.204 Assim, existe o aumento quando duas pessoas estão no local agarrando a vítima a fim de viabilizar o estupro, como também na hipó tese em que uma delas age apenas para induzir, instigar ou prestar auxílio material secundário à execução do delito. Argumenta-se que, se o legislador almejasse agravar a pena somente quando existissem duas pessoas no local realizando atos executórios, deveria ter feito uso da mesma expressão utilizada no art. 146, § 1º, do Códi go Penal, que expressamente exige a união de pessoas para a execução do crime de constrangimento ilegal para que a pena de tal crime seja agravada.

201 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, p. 249/250.

202 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. II, p. 44.

203 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 453.

204 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 3, p. 147.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 523

11/4/2011 17:24:53

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Art. 226. A pena é aumentada:

II — de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

A enumeração legal é taxativa. São hipóteses em que a pena é maior em razão de o agente exercer autoridade ou ter algum tipo de parentesco ou relação próxima com a vítima. A lei descreve, inicialmente, uma série de hipóteses específicas e, ao final, utiliza-se de fórmula genérica para abranger toda e qualquer relação de fato ou de direito que implique autoridade sobre a vítima, como, por exemplo, do carcereiro sobre a presa, do companheiro da mãe da vítima, do professor de futebol de crianças (estupro de vulnerável com a pena aumentada) etc. Nesse sentido: "*Incide no caso a causa especial de aumento de pena do art. 226, II, do mesmo Código, porque o apelante era amásio da mãe das vítimas e, nessa condição, tinha autoridade sobre elas*" (TJSP — AC. 107.603-3 — Rel. Jarbas Betanho).

O aumento decorrente da condição de cônjuge, companheiro, madrasta ou tio da vítima foi inserido no Código Penal pela Lei n. 11.106/2005. As demais hipóteses já constavam da redação originária do Código Penal, porém, o índice de aumento era menor (1/4). Atualmente a pena é aumentada em metade (1/2).

É evidente que não pode ser aplicada ao crime de estupro a agravante genérica do art. 61, II, *e*, do Código Penal, que se refere a crime cometido contra descendente, cônjuge ou irmão, na medida em que haveria *bis in idem*, pois o fato já é considerado causa especial de aumento de pena do art. 226, II. Se o crime for cometido pelo filho contra a mãe, será aplicável agravante genérica de crime contra "ascendente", porque essa hipótese não consta do art. 226, II.

Preceptor é o professor responsável pela educação individualizada de menores.

A Lei n. 11.106/2006 revogou o inc. III deste art. 226, de modo que o fato de o autor do crime ser casado com terceira pessoa não mais constitui causa de aumento de pena nos crimes sexuais.

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: III — de metade, se do crime resultar gravidez.

Os incs. I e II deste artigo foram vetados.

De acordo com o inc. III, haverá aumento de metade da pena se do estupro resultar gravidez. Será necessário demonstrar que a gravidez foi resultante do ato sexual forçado.

Lembre-se de que o art. 128, II, do Código Penal permite a realização de aborto, por médico, quando a gravidez for resultante de estupro, desde que haja consentimento da gestante, ou, se incapaz, de seu representante legal.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 524

11/4/2011 17:24:53

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: IV — de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Note-se que o presente dispositivo não se refere tão somente às doenças vené-

reas, como sífilis, gonorreia, cancro mole, papilomavírus, alcançando todas as doen

ças sexualmente transmissíveis. Com isso, em tese, estaria abrangida a transmissão da AIDS. Nota-se, todavia, que, como essa doença é incurável, sua transmissão constitui, para alguns, lesão gravíssima (art. 129, § 2º, II, do CP) e, para outros, tentativa de homicídio, de modo que, a nosso ver, o agente deve ser responsabilizado por crimes de estupro simples em concurso com lesão gravíssima ou tentativa de homicídio, pois, no mínimo, agiu com dolo eventual em relação à transmissão da doença. Caso se demonstre efetiva intenção de transmiti-la, a hipótese será de concurso formal impróprio em decorrência da autonomia de desígnios, e as penas serão somadas. Quanto à questão da tipificação relativa à transmissão de AIDS, ver comentários ao art. 129, § 2º, II.

6.1.1.15. Quadro das causas de aumento de pena

• Se o crime é cometido com concurso de duas

Aumento de 1/4

ou mais pessoas (art. 226, I)

• Se o agente é ascendente, padrasto ou

madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro,

tutor, curador, preceptor ou empregador

Aumento de 1/2

da vítima ou por qualquer outro título tem

autoridade sobre ela

• Se resulta gravidez

• Se o agente transmite à vítima doença

Aumento de 1/6

sexualmente transmissível de que sabe ou

até metade

deveria saber ser portador

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 525

11/4/2011 17:24:53

6.1.1.16. Ação penal

O art. 225, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009, possui dois dispositivos

regulamentando a ação penal no crime de estupro:

1º) No *caput* está previsto que, como regra, a ação penal é pública **condicionada à representação**.

De acordo com tal dispositivo, referente regra se aplica para todos os crimes do Capítulo I, de modo que abrangeria também o estupro qualificado pela lesão grave e pela morte. Em relação à primeira hipótese, é até aceitável a regra, na medida em que a lesão grave que qualifica o estupro é a culposa, que também depende de representa

ção, nos termos do art. 88 da Lei n. 9.099/95. Já em relação à qualificadora da morte não há como se aceitar que a ação dependa de representação. Primeiro, porque a Constitui ção Federal reconhece o direito à vida e não pode deixar nas mãos de terceiros (cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos) decidir se o agente será ou não punido.

Segundo, porque é possível que a vítima não tenha cônjuge ou parentes próximos.

A Procuradoria Geral da República ingressou em setembro de 2009 com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 4301) a fim de que o Supremo Tribunal Federal declare que a necessidade de representação no estupro qualificado pela lesão grave ou morte fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo o art. 225, *caput*, do Código Penal, ser declarado inconstitucional quanto a este aspecto, mantido seu alcance em relação aos demais crimes sexuais, inclusive o estupro simples. Nesta ação, a Procuradoria sustenta que, como o art. 225 é especial e posterior ao art. 101 do Código Penal, que trata da ação penal nos crimes complexos, não se pode simplesmente fazer uso deste último dispositivo para afastar a nova regra. Daí porque pleiteiam a declaração da inconstitucionalidade (parcial) do art. 225.

• Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal

Entendemos que não pode mais ser aplicada a **Súmula n. 608** do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a ação é pública incondicionada no estupro cometido mediante **violência real**. Com efeito, o Pretório Excelso aprovou referida súmula com o argumento de que o crime de estupro com violência real é delito complexo porque um de seus elementos componentes é o crime de **lesões corporais de natureza leve**, que, à época da aprovação da súmula, se apurava

mediante ação incondicionada. O embasamento legal para a súmula era o art. 103 do Código Penal, reposicionado pela Lei n. 7.209/84, para o art. 101 do mesmo Código, segundo o qual o crime complexo se apura mediante ação pública sempre que qualquer de seus elementos componentes se apurarem mediante tal espécie de ação penal. Por lógica, desde o advento da Lei n. 9.099/95, tal súmula deveria ter sido reformulada, pois o crime de lesão leve passou a depender de representação, o que, todavia, não havia sido feito. Agora, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, solucionou-se o assunto, passando o crime de estupro simples a depender sempre de representação.

Lembramos, ainda, que algumas pessoas passaram a modificar a justificativa da Súmula n. 608, após o advento da Lei n. 9.099/95, dizendo que o estupro com violência real é crime complexo, pois um dos seus elementos componentes é o crime 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 526

11/4/2011 17:24:53

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

527

de constrangimento ilegal, que se apura mediante ação pública incondicionada. Tal entendimento, contudo, não se sustenta no atual estágio. Primeiro, porque o crime de constrangimento ilegal também pode ser cometido por meio de grave ameaça, de modo que, a vingar a tese da vigência da súmula, todo estupro simples seria de ação pública incondicionada, ficando sem aplicação para esse crime a norma do art. 225, *caput*, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009, que diz que a ação depende de representação. Segundo, porque o art. 101 do Código Penal, que sustentava a Súmula n. 608, não pode imperar sobre o atual art. 225, já que a nova redação dada a este último artigo decorre de lei posterior (12.015/2009) e não pode ter sua incidência restringida por lei anterior (Lei n. 7.209/84), mesmo porque a nova lei é específica em relação aos crimes sexuais e a anterior é genérica. Ademais, a Lei n. 12.015/2009

é também posterior à súmula e, **ao regular inteiramente o tema**, não estabeleceu regra similar. De acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei nova que regulamentar inteiramente o tema revogará tacitamente qualquer dispositivo em sentido contrário.

Pela nova lei, portanto, todo estupro simples passa a depender de representação.

2º) No parágrafo único do art. 225, se estabelece que a ação é **pública incondicionada** se a vítima for menor de 18 anos. Esse dispostivo só tem aplicação em relação ao crime de estupro do art. 213 do Código Penal se a vítima tiver 14 anos ou mais, pois, se ela for menor de 14, o crime é outro — estupro de vulnerável (art.

217-A) — que se apura sempre mediante ação pública incondicionada.

Atualmente, o fato de o autor do crime ser pai da vítima não altera a espécie de ação penal. O que importa é a idade da vítima. Se a filha tiver mais de 18 anos, a ação depende de sua representação. Se for menor de 18, a ação será incondicionada.

Pública

Regra

condicionada

Ação penal

Se a vítima for

menor de 18 anos

Pública

Se a vítima for

incondicionada

vulnerável

Em caso de morte

da vítima

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 527

11/4/2011 17:24:53

• **Transição**

Para os crimes cometidos antes de 10 de agosto de 2009, data da publicação da Lei n. 12.015/2009, deve ser observado o seguinte:

a) Se o crime cometido era de ação privada de acordo com o regime legal an -

terior, a ação penal continua só podendo ser intentada mediante queixa-crime da vítima ou seu representante legal. Não se trata aqui de regra meramente procedimental em relação à qual se mostre cabível a regra do art. 2º do CPP, que determina a aplicação imediata de nova lei processual. Primeiro, porque a alteração foi no Código Penal e não no processual. Segundo, porque a ação privada se submete a critérios de extinção da punibilidade diferenciados — o perdão do ofendido e a perempção, por exemplo, não existem na ação pública

—, por isso, a norma, no mínimo, ter caráter híbrido e não pode retroagir.

b) Nos crimes que eram de ação pública incondicionada pelo regime anterior e que passaram a depender de representação, a vítima deverá ser intimada para oferecer representação, no prazo de seis meses, a contar da entrada em vigor da lei, salvo se já tiver manifestado inequivocamente sua intenção de ver processado o autor da infração, hipótese em que a coleta da representação se mostra dispensável. Exs.: a) filha maior de 18 anos estuprada pelo pai, que, pelo regime anterior, se apurava de forma incondicionada e que, agora, depende de representação; b) estupro com violência real que, nos termos da Súmula n. 608 do STF, era de ação pública incondicionada.

6.1.1.17. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.1.1.18. Casamento do estuprador com a vítima

O art. 107, VII, do Código Penal, que previa a extinção da punibilidade do estuprador como consequência de seu casamento com a vítima do crime sexual,

foi revogado pela Lei n. 11.106/2005. Ocorre que, como o crime de estupro, no regime antigo, apurava-se, em regra, mediante ação privada, o casamento do agente com a ví tima era interpretado como renúncia ao direito de queixa, se ocorresse antes do início da ação, e como perdão da ofendida, se acontecesse durante o tramitar da ação penal. Nota-se, entretanto, que, pelo regime introduzido no Código Penal pela Lei n. 12.015/2009, o estupro passou a ser apurado sempre mediante ação pública (condicionada ou incondicionada, dependendo da hipótese) e, em tal espécie de ação penal, não existe a renúncia ou o perdão tácitos, institutos exclusivos da ação privada, nos termos dos arts. 49, 51 e 57 do CPP.

6.1.1.19. Casamento da vítima com terceira pessoa

Desde o advento da Lei n. 11.106/2005, não gera qualquer efeito.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 528

11/4/2011 17:24:54

6.1.1.20. A revogação expressa do art. 214 do Código Penal

A Lei n. 12.015/2009 expressamente revogou o art. 214 do Código Penal, que tipificava o crime de atentado violento ao pudor. Não se trata, entretanto, de caso de *abolitio criminis*, porque a mesma lei, também de forma expressa, passou a tratar como crime de estupro todas as condutas que antes caracterizavam o atentado violento. Assim, não há que falar em extinção da punibilidade para as pessoas já condenadas ou que estavam sendo acusadas por esse crime, na medida em que o art. 107, II, do Código Penal, só admite a extinção da punibilidade quando a nova lei deixar de considerar o fato como crime, o que não ocorreu. O fato continua sendo criminoso, apenas mudou de nome.

Em relação às pessoas já condenadas ou acusadas por estupro em concurso material com atentado violento ao pudor, já se mencionou anteriormente que deverão ser condenadas por crime único ou por crime continuado. Se já condenadas, deverá ser feito ajuste à nova lei no Juízo das Execuções.

6.1.2. 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 dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplicase também a multa.

6.1.2.1. Objetividade jurídica

A liberdade sexual no sentido de consentir na prática de ato sexual sem ser ludibriado pelo emprego de uma fraude ou meio similar.

6.1.2.2. Tipo objetivo

A Lei n. 12.015/2009 trouxe grandes inovações em torno da fraude como meio de execução de crime sexual, unificando dois delitos, que anteriormente tratavam do tema, em uma única infração penal, bem como promovendo outras alterações.

Pelo regime penal anterior, cometia o crime de **posse** sexual mediante fraude (an tigo art. 215) quem mantivesse **conjunção carnal** com mulher mediante fraude, e incorria no crime de **atentado** ao pudor mediante fraude quem a empregasse para induzir alguém (homem ou mulher) a praticar ou submeter-se à prática de qualquer ato libidinoso **diverso** da conjunção carnal (antigo art. 216). A pena do primeiro era maior que a do segundo. Pelo novo sistema, as condutas foram unificadas no art. 215

sob a nomenclatura “violação sexual mediante fraude”. Atualmente, quem empregar fraude para manter conjunção carnal ou para praticar qualquer outro ato de libidinagem com a vítima incorre no mesmo crime e na mesma pena. Aliás, se no mesmo contexto fático e em face da mesma fraude obtiver tanto a conjunção carnal como 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 529

11/4/2011 17:24:54

outro ato libidinoso, responderá por crime único, e a pluralidade de atos sexuais deverá ser considerada pelo juiz na fixação da pena-base.

O art. 216, *caput*, que tratava do crime de atentado ao pudor mediante fraude foi expressamente revogado pela Lei n. 12.015/2009. Não houve, entretanto, *abolitio criminis* capaz de gerar a extinção da punibilidade de pessoas já condenadas ou que estivessem sendo investigadas ou processadas por tal crime. Com efeito, o art. 107, II, do Código Penal, estabelece que só existe a extinção da punibilidade em razão de *abolitio criminis* se uma lei posterior deixar de considerar o fato como criminoso. A Lei n. 12.015/2009, todavia, limitou-se a alterar o nome do delito e sua posição geográfica no Código, mantendo o caráter criminoso da conduta.

A nova redação do dispositivo prevê pena maior do que aquela existente para os dois delitos anteriores. Assim, para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 (10 de agosto de 2009), a pena a ser aplicada é de um a três anos de reclusão, se tiver havido conjunção carnal, e de um a dois anos, se tiver ocorrido ato libidinoso diverso. A pena prevista para os fatos ocorridos na vigência do atual art. 215 (com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009) é de dois a seis anos de reclusão.

De acordo com o texto legal, é necessário que o agente empregue fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Fraude é qualquer meio iludente empregado para que a vítima tenha uma errada percepção da realidade e consinta no ato sexual. A fraude tanto pode ser empregada para criar a situação de engano na mente da vítima como para mantê-la em tal estado para que, assim, seja levada ao ato sexual. Os exemplos encontrados na prática são de médicos que mentem para a paciente a respeito da necessidade de exame ginecológico ou apalpação de seio a fim de tocá-la quando tais exames eram desnecessários em face do quadro de saúde da vítima; de falso enfermeiro que adentra em hospital e obtém autorização de mulher recentemente submetida a cirurgia para que tire sua roupa e lhe dê banho, tocando em suas partes íntimas; de pessoas que se dizem “pais de santo” ou parapsicólogos e que convencem pessoas crédulas a tomar um “passe” no qual devem tirar a roupa e se submeter a apalpações; de irmão gêmeo idêntico que se passa pelo outro para realizar atos sexuais com a namorada ou esposa deste etc.

Os julgados que serão a seguir relacionados fazem menção aos tipos penais

antigos, contudo, são aplicáveis à nova legislação penal, já que se referem ao tipo de fraude capaz de atingir a liberdade sexual da vítima: "*Comete posse sexual mediante fraude quem, aproveitando-se da credulidade da ofendida, faz-se passar por "pai de santo" e, mediante manobras enganosas, vicia sua vontade levando-a à prática de ato sexual para servir sua lascívia*" (TJRJ — Rel. Gama Malcher — EJTJRJ 7/285);

"*Empregado de hospital, que se faz passar por médico e pratica ato libidinoso contra mulher internada, comete atentado ao pudor mediante fraude*" (TJDF — Rel.

Helladio Monteiro — *DJU* 18.08.1980, p. 5.988).

Entendemos que a intenção do legislador foi a de punir os atos fraudulentos em que a vítima se entrega em face do erro e não por almejar algum tipo de vantagem em troca do próprio corpo. Assim, embora a nova legislação não exija que a vítima 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 530

11/4/2011 17:24:54

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

531

seja honesta no aspecto sexual, não há crime quando alguém promete um emprego para que uma mulher a ele se entregue ou quando oferece dinheiro para obter a rela

ção sexual e, em seguida, não honra a palavra, negando-lhe o benefício ou valor prometido. É certo que a prostituta pode ser vítima do crime, mas em situações como a do "pai de santo" mencionada acima, e não naquela em que se entrega por dinheiro e o cliente se mostra inadimplente. Da mesma maneira, não há crime quando o agente diz reiteradamente que ama uma moça apenas para que ela concorde em manter relação sexual com ele e este, após o ato sexual, termina o relacionamento.

Interessante notar que, na legislação anterior, exigia-se que a vítima **anuísse** com a conjunção carnal, que fosse **induzida** a praticar outra espécie de ato de libidinagem ou que **aceitasse** submeter-se a este. Existem, entretanto, situações em que o cenário montado pelo agente impede até mesmo que a vítima perceba a

realização do ato de libidinagem e, portanto, oponhase a ele. Um exemplo é o do médico que, estando a vítima em posição ginecológica e tendo sua visão encoberta por um lençol, não percebe que o médico abriu o zíper da própria calça e esfregou o pênis em sua vagina ou nádegas, enquanto realizava o toque vaginal com o dedo. Corrigindo a omissão da legislação anterior, que poderia dar margem à não incriminação do agente, acrescentou-se no atual tipo penal uma fórmula genérica permitindo a tipificação do delito quando for empregado qualquer outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. Saliente-se que, no crime em análise, o que o agente impede é a manifestação de **vontade** da vítima. Caso inviabilize sua capacidade de reação física pelo emprego de soníferos, anestésicos ou drogas, incorre no crime de estupro de vulnerável, por ter abusado de vítima que não podia oferecer resistência (art. 217, § 1º).

Suponhase, pois, que um homem casado trabalhe todos os dias até de madrugada e sempre chegue em casa quando a esposa já está dormindo. Imagine-se, então, que outro homem, ciente disso, ingresse na residência e deitese na cama enquanto a esposa está dormindo e comece a passar as mãos em suas nádegas e em seus seios, e esta, sentindo os atos, porém, sem saber que não é o marido, não se opõe a eles em razão da sonolência. Houve algumas condenações em casos similares no regime anterior, contudo, atualmente, esse tipo de conduta está melhor descrito no texto legal, que não exige que a fraude induza a vítima a consentir na prá-

tica do ato ou a concordar em submeter-se a ele, bastando que a fraude viabilize que o agente o realize.

6.1.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher. Trata-se de crime **comum**.

6.1.2.4. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher. Não é necessário que a vítima seja virgem ou pessoa recatada. Não há previsão expressa de agravamento da pena se a vítima tiver idade entre 14 e 18 anos — pelo regime anterior à Lei n. 12.015/2009, a pena era agravada em tal hipótese. O fato de a vítima encontrar-se em tal faixa etária, entretanto, altera a espécie de ação penal, conforme se verá em seguida.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 531

11/4/2011 17:24:54

Caso o agente empregue fraude para obter ato sexual com pessoa menor de 14

anos, responderá apenas por crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), que é mais grave.

6.1.2.5. Consumação

No momento em que é realizado o ato sexual.

6.1.2.6. Tentativa

É possível.

6.1.2.7. Causas de aumento de pena

Aplicam-se ao crime de violação sexual mediante fraude as causas de aumento de pena dos arts. 226 e 234-A do Código Penal, já que tais causas de aumento aplicam-se a todos os crimes do Título.

6.1.2.8. Incidência cumulativa da pena de multa

O parágrafo único do art. 215 prevê a aplicação cumulativa da pena de multa **se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica**. Notese que o médico que cobra pelas consultas em que abusa fraudulentamente da paciente não comete o crime para obter a vantagem econômica, pois o pagamento é inerente ao atendimento médico. Aquele que engana uma prostituta para com ela ter relação e foge sem pagar, ao nosso ver, sequer comete o crime em análise, contudo, ainda que o cometesse, sua finalidade não seria a de obter vantagem econômica, e sim a relação sexual. Com esta, aliás, ele não obtém ganho patrimonial.

O dispositivo, portanto, se aplica, por exemplo, ao irmão gêmeo idêntico que

aposta dinheiro com alguns amigos, os quais duvidam que ele tenha coragem de abordar a namorada de seu irmão e ter com ela relação sexual, fazendo-a acreditar que se trata de seu namorado.

6.1.2.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum e de

De ação livre

Material e

Doloso quanto

dano quanto

concurso eventual

quanto aos meios

instantâneo

ao elemento

à objetividade

quanto ao sujeito

de execução

quanto ao

subjetivo

jurídica

ativo

momento

consumativo

6.1.2.10. Ação penal

Nos termos do art. 225 do Código Penal, a ação penal é pública condicionada à representação, exceto se a vítima for menor de 18 anos, hipótese em que a ação é pública incondicionada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 532

11/4/2011 17:24:54

6.1.2.11. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram esta modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.1.3. 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 um a dois anos.

§ 2º A pena é aumentada em um terço se a vítima é menor de 18 anos.

6.1.3.1. Objetividade jurídica

Esse tipo penal, introduzido em nossa legislação pela Lei n. 10.224/2001, tutela a liberdade sexual das pessoas, bem como sua tranquilidade no sentido de não serem importunadas em seu local de trabalho ou por pessoas que se valham da importância de seu cargo ou função.

6.1.3.2. Tipo objetivo

O núcleo do tipo é o verbo **constranger**. Este possui dois significados,

dependendo de ser ou não acompanhado de algum complemento. Quando acompanhado deste, significa coagir, obrigar a vítima a fazer alguma coisa, pois consiste em constranger alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Quando desacompanhado do complemento, **tal como ocorre no crime em análise**, o ato de constranger significa incomodar, importunar, envergonhar, embaraçar alguém. A própria palavra **"assédio"** tem o sentido de importunar, molestar com perguntas ou pretensões. Não basta, entretanto, que o patrão conte uma anedota que faça a vítima ficar envergonhada, uma vez que, nesse caso, não há propriamente um assédio sexual. Tampouco configuram o delito os simples elogios ou gracejos eventuais, ou, ainda, convite para jantar ou para um passeio, já que isso não é algo concretamente constrangedor. É claro, entretanto, que haverá crime se houver recusa da vítima e o chefe começar a importuná-la com reiteradas investidas.

Como a lei não esclarece os meios de execução, todos devem ser admitidos (crime de ação livre), como, por exemplo, atos, gestos, palavras, escritos etc. É claro, portanto, que existe o crime quando o patrão beija a funcionária, apalpa-lhe as nádegas, pedelhe uma massagem, passa a mão em seus cabelos, troca de roupa em sua presença, pede que ela experimente uma *lingerie*, convidaa para ir a um motel, mostralhe o pênis no escritório etc. Lembrese, porém, de que é sempre necessário para a configuração do crime que o agente tenha se aproveitado do seu cargo.

O emprego de ameaça não é elementar do crime, de modo que sua existência não é requisito para sua configuração. É plenamente possível que o patrão cometa o crime pelo simples assédio constrangedor ou até mesmo que prometa uma vantagem 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 533

11/4/2011 17:24:54

para a vítima ("relacionese comigo e será promovida"). É também comum na tipificação da infração o emprego de ameaça que não seja tida como grave. Exs.: "se não aceitar sair comigo, não obterá férias no mês que pretende", ou, no caso de professor dizer que não dará a nota máxima à aluna que a ela faz jus, o que, entretanto, não acarretará sua reprovação. Evidente, entretanto, que, se a ameaça

for grave, o quadro muda de aspecto, configurando crime de estupro, consumado ou tentado. É o caso, por exemplo, do diretor de colégio que diz que expulsará a aluna, simulando provas de que ela fez uso de entorpecente no banheiro, caso ela não se relacione com ele.

Igualmente a promessa de demissão poderá ter graves contornos na mente da vítima, dependendo de sua condição ou de eventuais dificuldades financeiras pelas quais esteja passando.

6.1.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, **homem ou mulher**. Pode ser cometido contra pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto.

Trata-se de crime próprio que só pode ser cometido por quem se encontra nas situações elencadas no texto legal. É necessário que o agente importune a vítima, **prevalecendo-se** de sua superioridade hierárquica ou ascendência inerente ao exercício de emprego (relação laboral de natureza privada), cargo ou função (relação laboral de cunho público). Na hipótese de hierarquia, existe um superior e um subalterno, o que não ocorre no caso de ascendência em que o agente apenas goza de poder ou influência em relação à vítima (professores ou diretores de colégio ou de universidades em relação aos estudantes; Prefeito em relação aos munícipes etc.).

Entendemos, também, ser possível o crime de assédio sexual por líderes espirituais em relação aos seguidores, por patrão em relação aos empregados, inclusive domésticos etc.

Notese que uma conduta que constitui crime quando cometida pelo superior é atípica se realizada pelo subalterno.

Em razão do veto presidencial ao parágrafo único do art. 216-A, somente o assédio laboral constitui crime, sendo atípico o assédio proveniente de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, ou, ainda, aquele proveniente de abuso de dever inerente a ofício ou ministério.

6.1.3.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, homem ou mulher, desde que se enquadre nas hipóteses elencadas no tipo penal.

6.1.3.5. Consumação

A redação do dispositivo deixa claro que se trata de crime **formal** cuja consumação ocorre no momento do assédio, independentemente da efetiva obtenção da vantagem ou favorecimento sexual visados.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 534

11/4/2011 17:24:54

6.1.3.6. Tentativa

É possível, por exemplo, na forma escrita (bilhete contendo proposta indecorosa que se extravia).

6.1.3.7. Causas de aumento de pena

De acordo com o § 2º do art. 216-A, a pena é aumentada de um terço se a vítima do assédio é menor de 18 anos. Esse dispositivo foi introduzido no Código Penal pela Lei n. 12.015/2009. Interessante notar que não existe e nunca existiu o § 1º.

Saliente-se, outrossim, que a proposta de sexo seriamente feita, por exemplo, a uma criança de 11 anos, configura tentativa de estupro de vulnerável, e não figura agravada de assédio sexual.

Aplicamse ao crime de assédio sexual as causas de aumento de pena do art. 226

do Código Penal, exceto a hipótese do art. 226, II, que prevê aumento de metade da pena se o agente é empregador da vítima, na medida em que constituiria *bis in idem*.

6.1.3.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

6.1.3.9. Ação penal

Nos termos do art. 225 do Código Penal, a ação penal é pública condicionada à representação, exceto se a vítima for menor de 18 anos, hipótese em que é pública incondicionada.

11/4/2011 17:24:54

II

DOS CRIMES SEXUAIS

CONTRA VULNERÁVEL

6.2. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

6.2.1. Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos:

Pena — reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou doença mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

6.2.1.1. Objetividade jurídica

A dignidade sexual das pessoas vulneráveis — menores de 14 anos, doentes mentais ou pessoas impossibilitadas de oferecer resistência.

Cuida-se de crime hediondo, tanto em sua forma simples como nas qualificadas, nos termos do art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/90 (com a redação da Lei n. 12.015/2009).

6.2.1.2. Tipo objetivo

A Lei n. 12.015/2009 abandonou o sistema de presunções de violência, que tantas controvérsias geravam, e estabeleceu **objetivamente** como crime o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal. Assim, pouco importa que uma moça de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros homens. Aquele que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente de sua idade, responderá pelo crime. Não há que falar em presunção relativa, capaz de afastar o enquadramento, pois a própria

Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado n. 253/1994, advinda da CPMI sobre a violência sexual e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, assim esclarece: "*Esse artigo, que tipifica o estupro de vulnerável, substitui o atual sistema de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção legal de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que*, 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 536

11/4/2011 17:24:54

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

537

por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquele que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência ou sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos de proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais".

O texto acima e a nova redação do dispositivo não deixam qualquer margem de dúvida no sentido de que se quis afastar o entendimento jurisprudencial que vinha prevalecendo de que a presunção de violência era relativa, e considerar, objetivamente, como crime de estupro de vulnerável a conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, doente mental ou que não possa oferecer resistência. Apenas o **erro de tipo** (que não se confunde com presunção relativa) é que pode afastar o delito, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, pensava que a moça, que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais,

por ter ela, por exemplo, mentido a idade e ter desenvolvimento corporal precoce.

O tipo de alteração proposto pelo legislador provavelmente não será aceito por parte da doutrina como ocorre sempre que uma nova lei é aprovada. Certamente serão buscados argumentos para se alegar inconstitucionalidades ou a relatividade do tipo penal, que, entretanto, não conseguimos vislumbrar.

• Condutas típicas

Consiste em ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso. A conjunção carnal é a penetração do pênis na vagina. Outros atos libidinosos são todos aqueles que têm conotação sexual, como o sexo anal, oral, introduzir o dedo ou um objeto na vagina ou no ânus da vítima, passar as mãos nos seios ou nádegas etc.

Para a configuração do crime, não se exige o emprego de violência física ou grave ameaça. Ainda que a vítima diga que consentiu no ato, estará configurada a infra

ção, pois tal consentimento não é válido conforme se explicou no tópico anterior.

Caso haja emprego de violência física ou grave ameaça contra uma criança de 10

anos de idade para forçá-la ao ato sexual, haverá também crime de estupro de vulnerável e não a figura simples de estupro do art. 213, já que não faria sentido aplicar a pena mais grave do art. 217-A apenas para os casos em que não houvesse emprego de violência ou grave ameaça. Em suma, com ou sem o emprego de violência ou grave ameaça, o crime será sempre o de estupro de vulnerável se a vítima se enquadrar em qualquer das hipóteses do art. 217-A e seu § 1º.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 537

11/4/2011 17:24:54

• Pessoas vulneráveis

São considerados vulneráveis:

a) Os menores de 14 anos. Ao contrário do regime antigo, se o ato for realizado no dia do 14º aniversário, a vítima não é mais considerada vulnerável. Se ela tiver consentido com o ato em tal data, o fato é atípico porque o crime de corrupção sexual de menores (antigo art. 218) foi revogado. Se o ato tiver sido acompanhado de violência ou grave ameaça na data do 14º aniversário, o agente responderá por estupro qualificado (art. 213, § 1º).

Em suma, considerase vulnerável a pessoa que ainda não completou 14 anos.

b) As pessoas portadoras de enfermidade ou doença mental, que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato. É necessária a realização de perícia médica para a constatação de que o problema mental retirava por completo da vítima o discernimento para o ato sexual. A propósito: "*... não basta que a ví-*

tima seja alienada ou débil mental. Necessário é que a doença mental seja de natureza tal a ponto de abolir inteiramente a sua capacidade de consentimento ou de entendimento do ato sexual a que se diz submetida, o que deve ser comprovado por perícia médica. Se esta inexiste, absolve-se o acusado" (TJMS — Rel. Nildo de Carvalho — *RT* 620/342); "*Tratando-se de patentear circunstância elementar do delito, como a debilidade mental da vítima de estupro, a prova só pode decorrer de laudo pericial incontestável em seus fundamentos e em suas conclusões*" (TJMG —

Rel. Freitas Teixeira — *RT* 598/398).

Pela redação do dispositivo, dada pela Lei n. 12.015/2009, admite-se que o agente tenha agido com dolo eventual quanto ao estado mental da vítima, já que foi retirada a exigência do efetivo conhecimento a respeito dessa circunstância que expressamente constava do antigo art. 224, *b*, do Código Penal.

c) Pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. É

indiferente que o fator impossibilitante da defesa da vítima seja prévio (doença, paralisia, idade avançada, estado de coma, desmaio), provocado pelo agente (ministra

ção de sonífero ou droga na bebida da vítima, uso de anestésico etc.) ou causado por ela própria (embriaguez completa em uma festa). É necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa e que se demonstre que este fator impossibilitava por completo a capacidade de a vítima se opor ao ato sexual.

6.2.1.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Homem ou mulher.

6.2.1.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa vulnerável, homem ou mulher.

6.2.1.5. Consumação

No instante em que é realizada a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 538

11/4/2011 17:24:54

6.2.1.6. Tentativa

É possível.

6.2.1.7. Formas qualificadas

Art. 217-A, § 3º — Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — reclusão, de dez a vinte anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena — reclusão, de doze a trinta anos.

Essas figuras qualificadas são exclusivamente preterdolosas. Só se configuram

se tiver havido dolo em relação ao estupro de vulnerável e culpa em relação à lesão grave ou morte. Se o agente quis ou assumiu o risco de provocar o resultado agravador, responderá por crime de estupro de vulnerável em sua modalidade simples em concurso material com crime de lesão grave ou homicídio doloso.

6.2.1.8. Causas de aumento de pena

Aplicamse ao crime de estupro de vulnerável as causas de aumento de pena dos arts. 226, I e II, e 234-A, III e IV, do Código Penal, já estudadas no crime de estupro simples. Assim, a pena é aumentada em 1/4 se o delito for cometido com concurso de duas ou mais pessoas (art. 226, I); em 1/2 se o agente for ascendente, descendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou caso tenha autoridade sobre ela por qualquer outro título (art. 226, II), ou, ainda, se resultar gravidez (art. 234-A, III); e, de 1/6 até 1/2, se o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível de que sabia ou deveria saber estar acometido.

6.2.1.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum e de

De ação livre,

Material e

Doloso quanto

dano quanto

concurso eventual

comissivo ou

instantâneo

ao elemento

à objetividade

quanto ao sujeito

omissivo impróprio

quanto ao

subjetivo

jurídica

ativo

quanto aos meios

momento

de execução

consumativo

6.2.1.10. Ação penal

É sempre pública incondicionada, nos termos do art. 225, parágrafo único, do Código Penal.

6.2.1.11. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 539

11/4/2011 17:24:55

6.2.2. Mediação para satisfazer a lascívia de outrem com pessoa vulnerável menor de 14 anos

Art. 218, *caput* — Induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

6.2.2.1. Objetividade jurídica

A dignidade sexual da pessoa menor de 14 anos.

6.2.2.2. Tipo objetivo

Induzir significa convencer, persuadir o menor, com ou sem a promessa de alguma vantagem, para que satisfaça os desejos sexuais de outra pessoa. O agente visa, com a conduta, satisfazer a lascívia de terceiro e não a própria. Exige-se que a terceira pessoa seja **determinada**.

Muito importante salientar que, se o agente convence uma adolescente de 12 anos a manter conjunção carnal com terceiro e o ato se concretiza, este responde por estupro de vulnerável e quem induziu a menor é partícipe de tal crime. Assim, o crime em análise só será tipificado se a vítima for induzida a satisfazer a lascívia do terceiro, sem, todavia, realizar ato sexual efetivo com este. Ex.: a fazer sexo por telefone, a dançar para ele, a fazer-lhe um *striptease* etc. Evidente que não houve, por parte do legislador, intenção de criar exceção à teoria unitária ou monista. Tal situação, aliás, já existia na legislação antiga em relação ao crime de mediação para satisfazer a lascívia de outrem qualificado pela violência ou grave ameaça (ver comentários ao art. 227, § 2º).

6.2.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

6.2.2.4. Sujeito passivo

Crianças ou adolescentes menores de 14 anos.

6.2.2.5. Consumação

No momento em que o ato é realizado, independentemente de se verificar se o terceiro ficou sexualmente satisfeito. Não é necessário, por exemplo, que o terceiro tenha atingido o orgasmo.

6.2.2.6. Tentativa

É possível.

6.2.2.7. Ação penal

Pública incondicionada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 540

11/4/2011 17:24:55

6.2.2.8. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.2.3. Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia pró-

pria ou de outrem:

Pena — reclusão, de dois a quatro anos.

6.2.3.1. Objetividade jurídica

A dignidade sexual da pessoa menor de 14 anos. Pretendese, outrossim, preservar a formação sexual natural dos menores, na medida em que o fato de presenciar o ato faz com que tomem conhecimento precoce de certas condutas

sexuais ou até mesmo que passem a ter curiosidade no sentido de se envolverem pessoalmente em atos libidinosos.

6.2.3.2. Tipo objetivo

Fazer com que pessoa menor de 14 anos assista a ato sexual envolvendo o próprio agente ou outras pessoas. O ato sexual pode ser a penetração do pênis na vagina (conjunção carnal) ou qualquer outro ato de conotação sexual (presenciar o agente se masturbar, a manter sexo oral ou anal com terceiro etc.).

Premissa do crime é a intenção de satisfazer a própria lascívia ou de terceiro pelo fato de o ato sexual estar sendo presenciado por pessoa menor de 14 anos. Outra premissa é de que o menor não se envolva sexualmente no ato, pois, se o fizer, o crime será o de estupro de vulnerável.

6.2.3.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, homem ou mulher. Cuidase de crime **comum**. Se o ato sexual for praticado por duas pessoas na presença do menor, a fim de satisfazer a lascívia de ambos, os dois respondem pelo crime.

6.2.3.4. Sujeito passivo

Crianças ou adolescentes, do sexo masculino ou feminino, menores de 14 anos.

6.2.3.5. Consumação

No instante em que é realizado o ato sexual na presença do menor.

6.2.3.6. Tentativa

É possível. Ex.: menor é convencido a presenciar o ato sexual, mas, quando o agente começa a tirar a roupa, o menor sai correndo e não presencia concretamente qualquer ato libidinoso.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 541

11/4/2011 17:24:55

Victor Eduardo Rios Gonçalves

6.2.3.7. Ação penal

É pública incondicionada.

6.2.3.8. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.2.4. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual do vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 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 quatro a dez anos.

6.2.4.1. Objetividade jurídica

A dignidade e a moralidade sexual do vulnerável. A lei visa ainda evitar danos à sua saúde e outros riscos ligados ao exercício da prostituição.

6.2.4.2. Tipo objetivo

O crime consiste em convencer alguém, com palavras ou promessas de boa vi da, a se prostituir ou se submeter a outras formas de exploração sexual, colaborar para que alguém exerça a prostituição ou, de algum modo, impedir ou dificultar que a vítima abandone as referidas atividades. Em suma, constitui crime introduzir alguém no mundo da prostituição, apoiá-lo materialmente enquanto a exerce ou de, qualquer modo, impedir ou dificultar o abandono das atividades por parte de quem deseja fazê-lo.

Na figura em análise, a vítima deve ser pessoa com idade entre 14 e 18 anos, ou com deficiência mental que lhe retire a capacidade de entender o caráter do ato. Se a vítima for pessoa maior de idade e sã, o induzimento à prostituição configura o crime do art. 228 do Código Penal, que tem pena menor.

Prostituição é o comércio do próprio corpo, em caráter habitual, visando à satisfação sexual de qualquer pessoa que se disponha a pagar para tanto. A prostituição a que se refere a lei pode ser a masculina ou a feminina.

Pune-se também nesse tipo penal quem submete o menor ou o enfermo mental a qualquer outra forma de **exploração sexual**. Esta, tal qual a prostituição, deve ter caráter habitual. Ex.: induzir uma menor a ser dançarina de *striptease*, a dedicarse a fazer sexo por telefone ou via internet por meio de *webcams* (sem que haja efetivo contato físico com o cliente) etc.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 542

11/4/2011 17:24:55

Por sua vez, nos termos dos arts. 240 e 241 da Lei n. 8.069/90, com a redação que lhes foi dada pela Lei n. 11.829/2008, constitui crime específico produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, bem como oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir ou divulgar, por qualquer meio, referidas imagens.

São também punidos aqueles que agenciarem ou recrutarem o menor para participar dessas cenas e aqueles que adquirirem, armazenarem ou possuírem tais fotografias, imagens ou registros. A pessoa que não tenha se envolvido em um caso concreto, mas que, genericamente, tenha convencido um menor a se tornar modelo habitual de fotos pornográficas, poderá incorrer no crime do art. 218-B porque o induziu a submeter-se à exploração sexual.

O art. 218-B, por tratar do mesmo tema, revogou tacitamente o crime do art. 244-A da Lei n. 8.069/90.

6.2.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher.

6.2.4.4. Sujeito passivo

Homem ou mulher menor de idade (entre 14 e 18 anos) ou que, em razão de enfermidade mental, não tenha discernimento necessário para compreender a prostituição ou a exploração sexual.

6.2.4.5. Consumação

Quando a vítima assume uma vida de prostituição, colocando-se à disposição para o comércio carnal, ou quando passa a ser explorada sexualmente. Na modalidade de impedimento, consumase no momento em que a vítima não abandona as atividades. Nesta última figura, o crime é permanente. Na modalidade dificultar, consumase quando o agente cria o óbice.

6.2.4.6. Tentativa

É possível.

6.2.4.7. Intenção de lucro

Art. 218-B, § 1º — Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplicase também multa.

A intenção de lucro a que o texto se refere como condição para a incidência cumulativa de multa é por parte do agente e não da vítima. O crime de favorecimento à prostituição, evidentemente, pode ser cometido sem intenção de lucro por parte 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 543

11/4/2011 17:24:55

do agente, que, por exemplo, aconselha uma moça a entrar na prostituição para que ela possa se sustentar. Caso ele o faça, todavia, a fim de obter alguma vantagem fi -

nan ceira, incorrerá também na pena de multa. Se o agente visar reiteradamente participação nos lucros de quem exerce a prostituição, incorrerá em crime de rufianismo (art. 229), que tem a pena agravada quando a vítima for menor de 18 anos e maior de 14.

6.2.4.8. Figuras equiparadas

Art. 218-B, § 2º — Incorre nas mesmas penas:

I — quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 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.

Na hipótese do inc. I, pune-se quem faz o programa com a prostituta menor de idade. Note-se que, em nossa legislação, normalmente não se pune quem mantém relação sexual com a prostituta, desde que ela seja maior de idade. Inovou, portanto, a Lei n. 12.015/2009 ao tipificar como crime o relacionamento sexual com pessoa com idade entre 14 e 18 anos, que esteja se prostituindo ou sendo vítima de explora

ção sexual. Premissa para que o agente seja punido é que ele não tenha sido enganado, pois, se mentiram a ele a respeito da idade da prostituta ou se as circunstâncias o levaram a acreditar que ela era maior de idade, não haverá crime em razão do erro de tipo. Lembrese de que, se a vítima tiver menos de 14 anos, a prática de ato sexual constitui crime de estupro de vulnerável.

Na hipótese do inc. II, o legislador criou uma espécie de figura qualificada do crime de casa de prostituição (art. 229). Assim, o dono, gerente ou responsável por local onde haja prostituição ou exploração sexual de pessoa com idade entre 14 ou 18 anos, ou com enfermidade mental, incorrerá no crime em análise, para o qual a pena é maior em relação àqueles que mantém lupanar apenas com prostitutas maiores de idade. Pressupõe, contudo, que o agente tenha conhecimento de que há prostitutas menores de idade trabalhando no local. Haverá crime também por parte do dono de motel ou outra espécie de estabelecimento que permita que prostituta em referida faixa etária faça programa com clientes em suas dependências.

O § 3º do art. 218-B estabelece ainda que constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Interessante notar que, se no local houver apenas prostitutas maiores de idade, o agente incorrerá no crime do art. 229, mas a condenação não trará como consequência o fechamento do estabelecimento, que deverá ser determinado

administrativamente.

A tipificação no Código Penal do crime em análise revogou delito semelhante previsto no art. 244-A, § 1º, da Lei n. 8.069/90.

6.2.4.9. Ação penal

É pública incondicionada.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 544

11/4/2011 17:24:55

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

545

6.2.4.10. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.2.4.11. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL MENOR DE 14 ANOS

1) Ter conjunção carnal ou praticar 2) Induzir menor de 14 anos a satis 3) Praticar na presença de menor outro ato libidinoso com menor de fazer a lascívia de outrem (art. 218, de 14 anos, ou induzilo a presen14 anos (art. 217A).

caput).

ciar, conjunção carnal ou outro ato

libidinoso, a fim de satirfazer a lascívia própria ou de outrem (art.

218A).

6.2.5. Dispositivos revogados

Diversas leis alteraram o tratamento dos crimes de natureza sexual, revogando infrações penais que, no passado, tiveram grande relevância, mas que, em face

da al -

teração dos costumes, haviam perdido o seu sentido.

A Lei n. 11.106/2005 revogou os crimes de sedução e rapto consensual.

A sedução (art. 217) consistia em ter conjunção carnal com mulher **virgem**, maior de 14 e menor de 18 anos, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.

O rapto consensual (art. 220) consistia em uma espécie de fuga da mulher menor de idade da casa dos pais, para fim libidinoso.

O crime de corrupção de menores (antigo art. 218) foi revogado pela Lei n.

12.015/2009. Consistia em corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem ou induzindo-a a praticálo ou presenciálo.

O delito de rapto violento (art. 219) sofreu alterações e passou a compor uma das figuras qualificadas do crime de sequestro (art. 148, § 1º, V), desde o advento da Lei n. 11.106/2005. Não houve *abolitio criminis* porque o fato continuou a ser previs to como crime, contudo, em outro Título do Código Penal e sob nova denominação.

O Capítulo III do Título dos crimes contra os costumes (atuais crimes contra a dignidade sexual) tratava dos crimes de rapto e encontrase totalmente revogado.

O Capítulo IV, que trata das Disposições Gerais, teve dois dispositivos revogados pela Lei n. 12.015/2009: **a)** o art. 223, que tratava das qualificadoras dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, e que foram deslocadas para o art. 213, §§ 1º e 2º; **b)** o art. 224, que tratava das hipóteses de presunção de violência.

No Capítulo das Disposições Gerais ainda vigoram os arts. 225, que regulamenta a ação penal, e 226, que prevê algumas causas de aumento de pena. Tais dispositivos, todavia, já foram abordados durante o estudo do crime de estupro (ver comentários ao art. 213).

V

DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA

PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA

FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

6.3. DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO

OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

6.3.1. Mediação para satisfazer a lascívia de outrem

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena — reclusão, de um a três anos.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

6.3.1.1. Objetividade jurídica

Evitar a exploração sexual.

6.3.1.2. Tipo objetivo

Nota-se que, na conduta criminosa em análise, a vítima não é forçada ao ato sexual. Ela é convencida a entregar-se a terceiro ou satisfazer sua lascívia de outra forma qualquer, de modo que eventual relação sexual é consentida. Existem necessariamente três pessoas envolvidas: aquele que induz, a pessoa que é induzida e o terceiro beneficiário do ato sexual. Somente o primeiro responde pelo delito por ter incentivado a vítima a satisfazer a lascívia do terceiro. Este último não comete crime algum. Se, todavia, o agente convence a vítima a satisfazer a lascívia de terceiro, mas, ao chegar no local, esta desiste do ato e o terceiro emprega violência ou grave ameaça para obrigá-la, este responde por crime de estupro.

O que diferencia o crime em análise do induzimento à prostituição (art. 228) é

que esta pressupõe habitualidade e a entrega do próprio corpo a pessoa indeterminadas que se disponham a pagar, enquanto no crime em análise a vítima é induzida a servir pessoa **determinada** — ainda que mediante paga.

6.3.1.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

6.3.1.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, homem ou mulher.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 546

11/4/2011 17:24:55

6.3.1.5. Consumação

No momento em que a vítima realiza algum ato capaz de satisfazer a lascívia do terceiro.

6.3.1.6. Tentativa

É possível.

6.3.1.7. Figuras qualificadas

§ 1º Se a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos, ou se o agente é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou guarda:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:
Pena — reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

O § 1º descreve uma série de qualificadoras, que se referem à idade da vítima

(entre 14 e 18 anos), à relação de parentesco, casamento ou união estável entre autor do crime e vítima, ou, ainda, à existência de vínculo entre eles por estar a vítima confiada ao agente para fim de educação, tratamento ou guarda.

O § 2º pune ainda mais gravemente o delito quando cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Ademais, se da violência empregada resultarem lesões corporais, ainda que leves, o agente responderá também pelo crime do art. 129

do Código Penal, por haver disposição expressa nesse sentido. O reconhecimento da qualificadora do § 2º, por ter pena mais alta, afasta a aplicação das figuras menos graves do § 1º, que, nesse caso, serão consideradas como circunstância judicial na aplicação da pena.

Note-se que no crime do art. 227, em sua modalidade básica, a vítima é induzida e não forçada a um ato para satisfazer a lascívia de terceiro. Já na figura qualificada do § 2º, o agente emprega violência ou grave ameaça para forçá-la a fazer algo contra sua vontade. Por isso, se ela for forçada a manter conjunção carnal ou realizar outra espécie de ato libidinoso com terceiro, o agente responde por crime de estupro. Se o terceiro sabe que a vítima está sendo coagida, responde também por este crime. Se não sabe, apenas o coautor responde pelo estupro, tendo havido autoria mediata. Por isso, a qualificadora do art. 227, § 2º, tem aplicação somente para casos em que o agente emprega violência ou grave ameaça para forçar a vítima a fazer sexo por telefone, danças sensuais ou *striptease* para outrem, hipóteses não configuradoras de estupro.

6.3.1.8. Intenção de lucro

Art. 227, § 3º — Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 547

11/4/2011 17:24:55

A intenção de lucro a que o texto se refere como condição para a incidência

cumulativa de multa é por parte do agente e não da vítima.

6.3.1.9. Ação penal

É pública incondicionada.

6.3.1.10. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram esta modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.3.1.11. Modalidades de mediação para satisfazer a lascívia de outrem

• Crime de mediação para servir a lascívia

Se a vítima é maior

de outrem em sua modalidade simples

de idade

(art. 227, *caput*)

• Crime de mediação para servir a lascívia de

Se a vítima tem mais

outrem em sua modalidade qualificada

de 14 e menos de 18 anos

(art. 227, § 1º)

• Crime de mediação para servir a lascívia de

Se a vítima é menor

outrem com vulnerável menor de 14 anos

de 14 anos

(art. 218)

6.3.2. 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 dois a cinco anos, e multa.

6.3.2.1. Objetividade jurídica

Evitar a prostituição e os riscos à saúde pública que decorrem de tal atividade, bem como às próprias vítimas que se expõem ao contágio de doenças e outros perigos que decorrem de tal mister.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 548

11/4/2011 17:24:55

6.3.2.2. Tipo objetivo

No **induzimento**, o agente procura pessoa determinada e a convence a ingressar no mundo da prostituição.

Na **atração**, o agente, por exemplo, anuncia que está contratando moças para se prostituírem.

A **facilitação** pode se dar em diversas circunstâncias em que o agente, de alguma maneira, ajuda a prostituta a desenvolver suas atividades ou até mesmo a amealhar clientes. Ex.: porteiro de hotel que apresenta catálogo de prostitutas a hóspedes, moto rista de táxi que diz conhecer garotas de programa e se dispõe a buscar um grupo delas para uma festa, *sites* que se dedicam a anunciar garotas e garotos de programa etc.

Por fim, existe o crime quando o agente realiza alguma ação visando obstar o abandono das atividades. Se ele, ao menos por uma vez, conseguiu evitar o abandono, diz-se que ele **impediu** a vítima. Se, entretanto, apesar do óbice criado, a vítima conseguiu abandoná-la, diz-se que ele **dificultou** o abandono

das atividades. O verbo dificultar, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, tirou parte da importância da figura do impedimento, pois sua consumação é antecipada, isto é, existe o crime se o agente cria o óbice, mas, mesmo assim, a prostituta consegue superálo e abandonar o comércio carnal. No impedimento, entretanto, o crime é permanente, o que viabiliza a prisão em flagrante a qualquer instante.

Em suma, constitui crime introduzir alguém no mundo da prostituição, apoiá-lo materialmente enquanto a exerce ou de, qualquer modo, impedir ou dificultar o abandono das atividades por parte de quem deseja fazê-lo.

Prostituição é o comércio do próprio corpo, em caráter **habitual**, visando à satisfação sexual de qualquer pessoa que se disponha a pagar para tanto. A prostituição a que se refere a lei pode ser a masculina ou a feminina.

Pune-se também nesse tipo penal quem submete a vítima a qualquer outra forma de **exploração sexual**. Esta, tal qual a prostituição, deve ter caráter **habitual**. Ex.: induzir uma mulher a ser dançarina de *striptease* em lupanar, a ser modelo habitual de filmes pornográficos, a dedicar-se a fazer sexo por telefone ou via internet por meio de *webcams* (sem que haja efetivo contato físico com o cliente) etc. Tem proliferado essas duas últimas modalidades antes não abrangidas pelo texto legal. Nestas, o cliente: a) tem conversas eróticas com a vítima pelo telefone — normalmente mulheres — mediante pagamento bancário direcionado ao responsável por organizar o esquema, providenciar as linhas telefônicas, reunir as atendentes e divulgar o número em jornais ou pela *internet*; b) fornece o número de seu cartão de crédito para desconto de determinado valor para que, durante alguns minutos, tenha contato visual com a vítima da exploração sexual via *webcam*. Nesse período, ele pede para que a vítima faça poses eróticas, se masturbe, fale coisas indecorosas etc.

Responde pelo crime o responsável pela organização e cobrança dessas práticas.

6.3.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

A prostituição, em si, não constitui crime, de forma que a prostituta não é punida. Também não existe tipo penal incriminando quem com ela faça o programa.

6.3.2.4. Sujeito passivo

Pode ser homem ou mulher.

6.3.2.5. Consumação

Nas modalidades induzir e atrair, o crime se consuma quando a vítima passa a se prostituir.

Na facilitação, o crime se consuma no momento da ação do agente no sentido de colaborar com a prostituição.

Na modalidade dificultar, o crime consuma-se no instante em que o agente cria o óbice, ainda que a vítima abandone a prostituição. Na modalidade impedir, consumase quando a vítima não consegue abandonar as atividades e, nessa modalidade, o delito é permanente, admitindo sempre a prisão em flagrante.

6.3.2.6. Tentativa

É possível.

6.3.2.7. Figuras qualificadas

Art. 228, § 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 três a oito anos.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena — reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

A enumeração legal é taxativa. Se a vítima for menor de 18 anos ou enferma

mental, não se aplica a figura qualificada, ainda que presente uma das hipóteses deste § 1º, na medida em que existe crime específico, mais grave, no art. 218-B do Código Penal.

O § 2º pune ainda mais gravemente o delito quando cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Ademais, se da violência empregada resultarem lesões corporais, ainda que leves, o agente responderá também pelo crime do art. 129

do Código Penal, por haver disposição expressa nesse sentido. O reconhecimento da qualificadora do § 2º, por ter pena mais alta, afasta a aplicação das figuras menos graves do § 1º, que, nesse caso, serão consideradas como circunstância judicial na aplicação da pena.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 550

11/4/2011 17:24:56

6.3.2.8. Intenção de lucro

Art. 228, § 3º — Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

A intenção de lucro a que o texto se refere como condição para a incidência cumulativa de multa é por parte do agente e não da vítima. O crime de favorecimento à prostituição, evidentemente, pode ser cometido sem intenção de lucro por parte do agente, que, por exemplo, aconselha uma moça a entrar na prostituição para que ela possa se sustentar. Caso ele o faça, todavia, a fim de obter alguma vantagem financeira, incorrerá também na pena de multa. Se o agente visar reiteradamente participação nos lucros de quem exerce a prostituição, incorrerá em crime de rufianismo (art. 229).

6.3.2.9. Ação penal

É pública incondicionada.

6.3.2.10. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.3.3. 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:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

6.3.3.1. Objetividade jurídica

Evitar a prostituição e os riscos à saúde pública que decorrem de tal atividade, bem como às próprias vítimas que se expõem ao contágio de doenças e outros perigos que decorrem de tal mister.

6.3.3.2. Tipo objetivo

O dispositivo abrange casas de prostituição, casas de massagens onde haja encontros com prostitutas em quartos, boates em que se faça programa com prostitutas etc. O tipo penal é abrangente, punindo o dono do local, o gerente, os empregados que mantêm a casa etc. O texto legal, ademais, dispensa para a ocorrência do crime a intenção de lucro (normalmente existente) e a mediação direta do proprietário ou gerente na captação de clientes. Assim, não exclui o crime o fato de, no interior da 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 551

11/4/2011 17:24:56

casa de prostituição, serem as próprias moças quem se incumbem de se aproximar dos clientes e fazerem a proposta do encontro carnal.

Existem muitas boates cujos donos incentivam a frequência de prostitutas ou as

atraem para o exercício de suas atividades no local, mas que, por não haver local apropriado para a prática de relações sexuais, não são classificadas como casa de prostitui

ção. Nesses casos, todavia, devem os responsáveis ser punidos ao menos pelo crime de favorecimento à prostituição — na forma de facilitação —, quando não cobrarem porcentagem ou valores das prostitutas, ou rufianismo, quando for cobrada comissão.

Para o reconhecimento do crime em análise, exigese habitualidade, ou seja, o funcionamento reiterado do estabelecimento.

Há muitos julgados no sentido de que a existência de alvará de funcionamento por parte das autoridades não exclui o crime, já que há desvirtuamento da licença obtida para outros fins. Nesse sentido: "*Casa de prostituição. O caráter habitual do crime não impede a efetuação de prisão em flagrante, se deste resulta que o agente tem local em funcionamento para o fim previsto na lei. É irrelevante o licenciamento do hotel para a caracterização do delito. Recurso em habeas corpus desprovido*" (STF — RHC 46.115/SP — Rel. Min. Amaral Santos, *DJ* 26.09.1969).

A prostituta que recebe clientes em sua casa para encontros sexuais, explorando o próprio comércio carnal, não incorre no crime em análise.

O fato de não haver grande resistência popular nos dias atuais à existência de casas de prostituição não exclui a ilicitude da conduta. Nesse sentido: "*Abstração feita a maiores considerações acerca da tipicidade do delito, acolhida, de maneira uniforme, nas instâncias ordinárias, não há no Código Penal Brasileiro, em tema de excludente da ilicutude ou da culpabilidade, possibilidade de ser absolver al-guém em face da eventual tolerância à prática de um crime, ainda que a conduta que esse delito encerra, a teor do entendimento de alguns, possa, sob a ótica social, ser tratada com indiferença. O enunciado legal (arts. 22 e 23) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais. A casa de prostituição não realiza ação dentro do âmbito da normalidade social, ao contrário do motel que, sem impedir a eventual prática de mercancia do sexo, não tem como finalidade única e essencial favorecer o lenocínio*" (STJ — 6ª Turma — Resp. 149.070/DF — Rel. Min. Fernando Gonçalves — *DJU* 29.06.1998, p. 346).

6.3.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa.

Se alguém mantém a casa de prostituição por conta de terceiro, ambos respondem pelo crime.

6.3.3.4. Sujeito passivo

São as pessoas exploradas sexualmente no estabelecimento. Pode ser homem ou mulher. A sociedade também é vítima deste crime, que tutela a moralidade e a saúde pública.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 552

11/4/2011 17:24:56

6.3.3.5. Consumação

Quando a estabelecimento começa a funcionar. Além de crime habitual, é também permanente, pois, enquanto a casa estiver funcionando, estarão sendo lesados os bens tutelados. Por isso, em havendo prova da habitualidade, a prisão em flagrante é possível.

6.3.3.6. Tentativa

Em se tratando de crime habitual, há incompatibilidade com o instituto da tentativa.

6.3.3.7. Ação penal

É pública incondicionada.

6.3.3.8. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.3.4. 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 um a quatro anos, e multa.

6.3.4.1. Objetividade jurídica

Evitar a exploração da prostituição alheia.

6.3.4.2. Tipo objetivo

O rufião visa à obtenção de vantagem econômica reiterada em relação a prostituta ou prostitutas determinadas. É o caso, por exemplo, de pessoas que fazem agenciamento de encontro com prostitutas, que "empresariam" prostituta, que recebem participação nos lucros por lhe prestar segurança, ou, simplesmente, que se sustentam pelos lucros da prostituição alheia, sem que se trate de hipótese de estado de necessidade. A propósito: "*A espontaneidade do oferecimento do sustento, por parte da meretriz ao seu amásio, é indiferente à configuração do delito de rufianismo*" (TJSP — Rel. P. Costa Manso — *RT* 288/176); "*Não é necessário que a iniciativa parta do agente, para a configuração do delito de rufianismo. Ele existe ainda que haja oferecimento espontâneo da prostituta"* (TJSP — Rel. Vasconcelos Leme —

RT 277/126).

Trata-se de crime habitual que só se configura pelo proveito reiterado nos lucros da vítima.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 553

11/4/2011 17:24:56

6.3.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa.

6.3.4.4. Sujeito passivo

A vítima é necessariamente pessoa que exerce a prostituição (homem ou mulher).

6.3.4.5. Consumação

Quando ocorrer reiteração na participação nos lucros ou no sustento pela prostituta.

6.3.4.6. Tentativa

Inadmissível por se tratar de crime habitual.

6.3.4.7. Figuras qualificadas

Art. 230, § 1º — Se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos ou se o crime é cometido por 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 três a oito anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: Pena — reclusão, de dois a oito anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Nas hipóteses do § 1º, a enumeração legal é taxativa, não podendo ser ampliada por analogia. Se a vítima for menor de 18 e maior de 14 anos e o agente for uma das pessoas enumeradas na lei, a pluralidade de qualificadoras deverá ser levada em conta pelo juiz na fixação da pena-base.

A pena do § 1º é maior do que a do § 2º, de forma que, em caso de estarem presentes ambas as modalidades, o juiz fixará somente a pena maior.

Se da violência empregada resultarem lesões, ainda que leves, as penas devem ser somadas.

6.3.4.8. Ação penal

Pública incondicionada.

6.3.4.9. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 554

11/4/2011 17:24:56

6.3.5. Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que ne le venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercêla no estrangeiro:

Pena — reclusão, de três a oito anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojála.

6.3.5.1. Objetividade jurídica

Evitar a facilitação à prostituição e o aliciamento ou compra de prostitutas.

6.3.5.2. Tipo objetivo

A lei pune quem realiza diretamente o tráfico e quem o auxilia, além de eventuais intermediários que sejam responsáveis pelo aliciamento ou agenciamento. Pune também a pessoa que compra a pessoa traficada e também aqueles que, cientes da situação, ajudam a transportá-la, transferi-la ou alojá-la, a fim de que possa ser explorada sexualmente. Penaliza-se, ainda, a pessoa que, de alguma forma, facilita a entrada ou a saída da prostituta do território nacional.

A anuência da vítima não desnatura o crime. Por sua vez, se houver emprego de

violência, grave ameaça ou fraude, a pena será aumentada em metade, nos termos do § 2º, IV.

O tipo penal abrange a entrada e a saída de pessoas que pretendem exercer a prostituição.

Não é requisito do crime a intenção de lucro por parte do agente. Se existir tal intenção, será também aplicável pena de multa, conforme dispõe o § 3º.

6.3.5.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

6.3.5.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa que pretenda exercer a prostituição. Pode ser homem ou mulher. Antes do advento da Lei n. 11.106/2005, só mulheres podiam ser vítimas desse crime, que se chamava "tráfico de mulheres".

6.3.5.5. Consumação

No momento da entrada ou saída do território nacional. Não se exige o efetivo início das atividades de prostituição, bastando que a vítima tenha vindo ao País com tal finalidade, ou que tenha saído com tal intento. Os efetivos atos de prostituição constituem exaurimento do crime, que é **formal**.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 555

11/4/2011 17:24:56

6.3.5.6. Tentativa

É possível quando a vítima, por exemplo, é impedida de embarcar.

6.3.5.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 231, § 1º, a pena é aumentada em metade:

I — Se a vítima é menor de 18 anos;

II — Se a vítima, por enfermidade ou doença 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 — Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

6.3.5.8. Ação penal

Pública incondicionada.

6.3.5.9. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

6.3.6. 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 dois a seis anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojála.

6.3.6.1. Objetividade jurídica

Coibir a exploração sexual e a prostituição.

6.3.6.2. Tipo objetivo

O presente tipo penal tem a finalidade de punir pessoas que aliciam, agenciam ou transportam prostitutas de um local para outro do território nacional. Em geral, essas pessoas procuram moças em locais distantes e, com a promessa de altos lucros com a prostituição em grandes centros, as convencem a acompanhá-

las para que se 02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 556

11/4/2011 17:24:56

VI Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

557

prostituam em estabelecimentos com os quais mantêm negócios. A lei também pune quem aloja a prostituta, ciente de suas atividades, devendo, evidentemente, tra tarse de pessoa que participa do esquema de aliciamento, na medida em que não se pode cogitar punir criminalmente a dona de pensão que aceita a prostituta como moradora.

Não é requisito do crime a intenção de lucro por parte do agente. Se existir tal intenção, será também aplicável pena de multa, conforme dispõe o § 3º.

6.3.6.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

6.3.6.4. Sujeito passivo

Qualquer pessoa, homem ou mulher.

6.3.6.5. Consumação

No momento em que é realizada a conduta típica. Não se exige o efetivo início das atividades de prostituição, que, em verdade, constituem exaurimento do crime.

6.3.6.6. Tentativa

É possível.

6.3.6.7. Causas de aumento

Nos termos do art. 231, § 1º, a pena é aumentada em metade:

I — Se a vítima é menor de 18 anos;

II — Se a vítima, por enfermidade ou doença 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 — Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

6.3.6.8. Ação penal

É pública incondicionada.

6.3.6.9. Segredo de justiça

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm em segredo de justiça.

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 557

11/4/2011 17:24:56

6.3.7. Quadro complementar

CONSEQUÊNCIAS DE TER A VÍTIMA MENOS DE 18 ANOS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

• 1) Torna qualificado o crime de estupro, se a vítima tiver mais de 14 anos (art. 213, § 1º);

• 2) Torna qualificado o crime de assédio sexual (art. 216A, § 2º);

• 3) Há crime especial de favorecimento à prostituição, se a vítima for menor (art. 218B);

• 4) A relação sexual é considerada crime se realizada com prostituta com mais de 14 e menos de 18 anos (art. 218B, § 2º, I);

• 5) Há crime especial em relação ao dono, gerente ou responsável pelo local onde haja relação sexual com prostituta com idade entre 14 e 18 anos (art. 218B, § 2º, II);

• 6) A ação penal é sempre pública incondicionada (art. 225, parágrafo único);

• 7) O crime de mediação para satisfazer a lascívia de outrem tornase qualificado se a vítima tem mais de 14 ou menos de 18 anos (art. 227, § 1º);

• 8) O delito de rufianismo tornase qualificado se a idade da vítima é entre 14 e 18 anos (art. 229, § 1º);

• 9) Faz com que as penas dos crimes de tráfico internacional e interno de pessoas para fim de exploração sexual tenha a pena aumentada em metade (art. 231, § 2º, I, e 231A, § 2º, I).

02 - Direito Penal Esquematizado - 059 - 558.indd 558

11/4/2011 17:24:56

VI

DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

6.4. DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

Neste Capítulo estão previstos os crimes de ato obsceno (art. 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234).

6.4.1. Ato obsceno

Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa.

6.4.1.1. Objetividade jurídica

O pudor público.

6.4.1.2. Tipo objetivo

Ato obsceno é o ato revestido de sexualidade e que fere o sentimento médio de

pudor. Ex.: exposição de órgãos sexuais, manter relação sexual ou fazer sexo oral em local público, masturbar-se abertamente em trem do metrô etc. Se o ato for realizado na presença de pessoa menor de 14 anos, configura crime mais grave do art. 218-A.

A micção voltada para a via pública com exposição do pênis caracteriza o ato obsceno. Também configura o delito o *trottoir* feito por travestis nus nas ruas.

Exibicionismo é a denominação ao desvio de personalidade que faz com que a pessoa tenha o costume de expor seus órgãos sexuais em público.

O tipo exige a prática de **ato** e, por isso, o mero uso da palavra pode configurar apenas a contravenção de importunação ofensiva ao pudor. O beijo dado em local público há muito tempo não é considerado ato obsceno, pois até mesmo em novelas é praticado com frequência e presenciado por pessoas de todas as idades.

Só se configura o crime se o fato ocorrer em um dos locais previstos no tipo: **a)** ***Local público:*** ruas, praças, parques etc.

b) ***Local aberto ao público:*** onde qualquer pessoa pode entrar, ainda que su jeita a condições, como pagamento de ingresso — teatro, cinema, estádio de futebol etc. Não há o crime, entretanto, se as pessoas pagam o ingresso justamente para ver *show* de sexo explícito, por exemplo.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 559

11/4/2011 17:28:37

c) ***Local exposto ao público:*** é um local privado, mas que pode ser visto por número indeterminado de pessoas que passem pelas proximidades. Ex.: janela aberta, terraço, varanda, terreno baldio aberto, interior de automóvel etc. Se o agente pode ser visto apenas por seus vizinhos, já é suficiente para configurar o delito.

A publicidade a que se refere o tipo penal diz respeito ao local onde o fato ocorre e não à necessidade de presença de pessoas. Assim, se um homem está fazendo

sexo oral em outra pessoa no banco de uma praça pública em momento em que não há outras pessoas passando pelo local, mas policiais flagram a cena, o fato constitui crime porque existia a possibilidade de pessoas passarem por ali a qualquer momento. Por outro lado, entende-se que não há crime se o ato é praticado em local afastado e ermo, que não pode ser visto pelas pessoas, como no caso de casal que está tendo relação sexual, de madrugada, em estrada de terra longínqua e não iluminada.

Também não se punem mulheres que desfilam com os seios à mostra no Carnaval, com o argumento de que, em geral, estão retratando indígenas. Ademais, o fato é socialmente aceito.

6.4.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher. Trata-se de crime **comum**.

6.4.1.4. Sujeito passivo

A coletividade, bem como qualquer pessoa que presencie o ato.

6.4.1.5. Elemento subjetivo

O tipo não exige que o agente tenha finalidade erótica. O fato pode ter sido praticado por vingança, por brincadeira (grupo de rapazes que passam de carro e mostram o pênis em frente ao um bar lotado), por aposta (correr nu em via pública) etc.

Em qualquer caso, há crime.

6.4.1.6. Consumação

Com a prática do ato, ainda que não seja presenciado por qualquer pessoa, mas desde que pudesse sê-lo, ou, ainda, quando o assistente não se sente ofen dido. Trata-se de crime **formal** e de **perigo**.

6.4.1.7. Tentativa

Discute-se acerca da tentativa, por ser duvidosa a possibilidade de fracionamento da conduta. Magalhães Noronha205 e Damásio de Jesus206 não a admitem, ao 205 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 385.

206 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 3, p. 178.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 560

11/4/2011 17:28:37

contrário de Júlio Fabbrini Mirabete,207 Cezar Roberto Bitencourt208 e Heleno Cláudio Fragoso,209 que a aceitam. Entendemos não ser possível a tentativa, pois, ou o agente realiza efetivamente o ato obsceno, e o crime está configurado, ou não o faz, e o fato é irrelevante juridicamente. Se duas pessoas que já possuem relacionamento estão no banco de uma praça conversando e um deles se propõe a realizar sexo oral no outro e este se recusa a aceitar, o fato não é punível.

6.4.1.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

6.4.2. Escrito ou objeto obsceno

Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de co-mércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena — detenção, de seis meses a 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 exi -

bição 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.

6.4.2.1. Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado é o pudor público, a moralidade sexual pública.

6.4.2.2. Tipo objetivo

Trata-se de crime de ação múltipla, uma vez que a lei descreve vários verbos como núcleo. Assim, para que exista o crime, o agente deve **fazer** (confeccionar), **importar** (introduzir no território nacional), **exportar** (fazer sair do País), **adquirir** (obter a propriedade) ou **ter sob sua guarda** (ter pessoalmente a custódia) o objeto material. Este deve ser um escrito, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno.

Para a tipificação do crime, exige a lei que o agente tenha intenção de comércio, distribuição ou exposição pública do objeto (elemento **subjetivo** do crime). Não se tem punido, todavia, donos de *sex shops* que vendem objetos com formas de órgãos sexuais, desde que a exposição e venda dos produtos ocorra em local fechado e apenas para pessoas maiores de idade.

207 Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 2, p. 476.

208 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 107.

209 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. II, p. 79.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 561

11/4/2011 17:28:37

Nos incs. I, II e III, temos figuras equiparadas, punidas com as mesmas penas, para quem comercializa ou publica os objetos mencionados, apresenta ao público peça teatral ou filmes cinematográficos de caráter obsceno, ou realiza audição ou declamação obscenas em local público ou acessível ao público.

Nos dias atuais, entretanto, não tem havido repressão a essa infração penal, sob o fundamento de que a sociedade moderna não se abala, por exemplo, com a exibi-

ção de espetáculos ou revistas pornográficas, desde que para adultos. Segundo Heleno Cláudio Fragoso,210 "*a pesquisa veio demonstrar que não há dano na exibição de espetáculos obscenos, que, ao contrário, podem evitar ações delituosas em matéria sexual, pela gratificação que constituem para certas pessoas*". Por essas razões, não se tem punido o dono do cinema que exibe filme pornográfico, o jornaleiro que vende revistas da mesma natureza, salvo se expuser uma revista com cena de sexo ex-plícito com as páginas abertas, visíveis a todos, inclusive crianças que passem pelo local. Da mesma forma, haverá crime se o dono de uma loja de televisão, frequentada por pessoas de todas as idades, mantiver, em horário comercial, televisão ligada exibindo filmes pornográficos.

6.4.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

6.4.2.4. Sujeito passivo

A coletividade, bem como qualquer pessoa afetada pelo escrito ou objeto obsceno.

6.4.2.5. Consumação

Com a ação, independentemente da efetiva ofensa à moral pública.

6.4.2.6. Tentativa

É possível.

6.4.2.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

6.5. QUESTõES

1. (Delegado de Polícia/SP — 2001) Autor de estupro, em que a vítima vem a falecer, em decorrência da violência praticada, responde por:

a) estupro qualificado pelo resultado.

b) estupro, em concurso formal com homicídio.

c) estupro, em concurso material com homicídio.

d) homicídio, absorvendo este o crime de estupro.

Resposta: " a". O art. 213, § 2º, do Código Penal prevê a morte como qualificadora do crime de estupro.

210 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. II, p. 86.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 562

11/4/2011 17:28:37

2. (Magistratura/SP — 182º concurso) Pode constituir, em tese, ato obsceno, na figura típica do art. 233 do Código Penal,

a) a exposição de cartazes, em lugar aberto ao público, mostrando corpos nus.

b) a exposição à venda de revista com fotografias de cunho pornográfico em lugar aberto ao público.

c) o ato de urinar em lugar público com exibição do pênis.

d) a exposição pública de fotografias de crianças nuas.

Resposta: "c". É a única alternativa que menciona a efetiva prática de um ato de caráter obsceno.

3. (MP/GO — 2010) Em relação ao tipo penal previsto no artigo 229 do Código Penal (Casa de prostituição) é correto afirmar:

a) Foi revogado, com base no princípio da adequação social, pela Lei 12.015/09.

b) Não se exige o intuito de lucro como elemento subjetivo do tipo.

c) A prostituta que exerce habitualmente tal atividade na sua casa realiza a conduta típica.

d) Os locais destinados a encontros libidinosos de namorados, como os motéis, podem, em princípio, ser considerados casas de prostituição.

Resposta: "d". As demais assertivas estão corretas.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 563

11/4/2011 17:28:37

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 564

11/4/2011 17:28:37

TÍTULO VII

7. DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

Neste Título estão previstos inúmeros crimes que atingem a organização familiar. Subdivide-se em quatro Capítulos:

DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

• Capítulo I — Dos crimes contra o casamento;

• Capítulo II — Dos crimes contra o estado de filiação;

• Capítulo III — Dos crimes contra a assistência familiar;

• Capítulo IV — Dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 565

11/4/2011 17:28:37

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 566

11/4/2011 17:28:38

I

DOS CRIMES CONTRA

O CASAMENTO

7.1. DOS CRIMES CONTRA O CASAMENTO

Nesse Capítulo estão descritos os crimes de bigamia (art. 235), induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236), conhecimento prévio de impedimento (art. 237), simulação de autoridade para celebração de casamento (art. 238) e simulação de casamento (art. 239).

7.1.1. Bigamia

Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena — reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção de um a três anos.

§ 2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou por outro motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

7.1.1.1. Objetividade jurídica

Visa a lei proteger a organização familiar, mais especificamente o casamento monogâmico, que é regra na grande maioria dos países ocidentais, de tal forma a evitar reflexos na ordem jurídica que regulamenta os direitos e obrigações entre os cônjuges.

7.1.1.2. Tipo objetivo e sujeito ativo

A premissa do crime é a de que ao menos um dos contraentes seja casado. Este

responde pela figura do *caput*, que tem pena de dois a seis anos de reclusão. O consorte, se solteiro e **ciente da condição do outro**, responde pela figura privilegiada do § 1º, que tem pena de reclusão ou detenção de um a três anos. Se desconhece tal condição, não responde pelo crime por falta de dolo. Ao contrário, é também vítima do delito.

Se o homem e a mulher já são casados, ambos respondem pela figura principal.

Na modalidade do *caput* o crime é **próprio**, pois só pode ser cometido por pessoas já casadas.

A bigamia é crime de **concurso necessário** porque pressupõe o envolvimento de duas pessoas, ainda que uma delas não possa ser punida por falta de dolo.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 567

11/4/2011 17:28:38

Respondem também pelo crime do § 1º as pessoas ou testemunhas que, cientes do fato, colaborem com o aperfeiçoamento do segundo casamento. Nesse sentido: "*Advogado que sabendo ser seu cliente casado, funciona como testemunha de novo matrimônio deste com outra mulher, deixando de cumprir a obrigação de denunciar o impedimento — Comportamento que concorreu para o delito — "Quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*" (TJSP — Rel. Andrade Junqueira — *RJTJSP* 68/331).

Se o agente é separado judicialmente ou separado de fato, mas ainda não é divorciado, comete o crime quando vem a casar-se novamente. Apenas o divórcio extingue o vínculo e abre a possibilidade de novo matrimônio lícito.

Após o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), que passou a permitir o divórcio e novo matrimônio após este, bem como a aprovação de novas leis facilitando o divórcio (redução de tempo e de várias formalidades), o crime de bigamia tornou-se muito raro.

Se o primeiro casamento for nulo ou anulável, mas ainda não tiver sido

declarado como tal, haverá crime. No entanto, o § 2º esclarece que, sendo posteriormente declarada a anulação ou nu lidade do primeiro casamento, considera-se inexistente o crime.

O simples casamento religioso não configura o crime, salvo se for realizado na forma do art. 226, § 2º, da CF (com efeitos civis).

Por falta de previsão legal, não constitui crime viver em união estável com duas mulheres.

7.1.1.3. Sujeito passivo

O Estado, o cônjuge ofendido do primeiro casamento, bem como o cônjuge de boa-fé do segundo.

7.1.1.4. Consumação

O crime se consuma no momento em que os contraentes manifestam formalmente a vontade de contrair casamento perante a autoridade competente, durante a celebração. Para tal fim, nem sequer é exigido o termo de casamento, que é simples prova do delito. Trata-se de crime instantâneo, de efeitos permanentes.

7.1.1.5. Tentativa

É possível quando, iniciada a celebração, o casamento é impedido. Há, todavia, entendimento em sentido contrário, sob o fundamento de que, ou há a manifestação de vontade, e o crime está consumado, ou não há, hipótese em que o fato é atípico (mero ato preparatório).

Não há divergência, entretanto, no sentido de que o processo de habilitação (anterior à celebração) constitui mero ato preparatório, não configurando a tentativa de bigamia, mas, sim, crime de falsidade ideológica (art. 299). Veja-se, porém, que a consumação da bigamia absorve a falsidade (crime-meio).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 568

11/4/2011 17:28:38

569

7.1.1.6. Prazo prescricional

Como o crime de bigamia usualmente permanece desconhecido por muito tempo, preferiu o legislador criar hipótese diferenciada no que se refere ao início do prazo prescricional, determinando que o lapso somente passa a correr da data em que o fato se torna conhecido da autoridade pública (art. 111, IV, do CP). A propósito:

"*Jurisprudência assentada sobre que o prazo começa a correr a partir da* ***notitia***

criminis *levada ao conhecimento da autoridade pública"* (STJ — 5ª Turma — RHC

7.206/RJ — Rel. Min. José Dantas, *DJU* 25.05.1998, p. 124).

7.1.1.7. Ação penal

É pública incondicionada.

7.1.2. 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 seis meses a 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.

7.1.2.1. Objetividade jurídica

A regularidade do casamento nos termos exigidos pela Lei Civil.

7.1.2.2. Tipo objetivo

A conduta típica é contrair casamento. Para que haja delito, entretanto, é necessário que o agente tenha induzido o consorte inocente em erro essencial ou que lhe tenha ocultado a existência de impedimento para a celebração do

casamento — que não o anterior. Premissa do crime, portanto, é que a outra parte esteja de boa-fé e tenha sido enganada pelo agente.

As hipóteses de **erro essencial** estão expostas no art. 1.557 do Código Civil, havendo crime, por exemplo, quando o sujeito mente a respeito de sua identidade ou oculta tratar-se de criminoso ou portador de moléstia grave e transmissível ou de doença mental grave.

As hipóteses de impedimento para o casamento estão elencadas no art. 1.521 do Código Civil, havendo crime, assim, se o agente se casar ocultando encontrar-se em uma das situações ali elencadas.

7.1.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 569

11/4/2011 17:28:38

7.1.2.4. Sujeito passivo

O Estado e o contraente de boa-fé.

7.1.2.5. Consumação

No momento da celebração do casamento.

7.1.2.6. Tentativa

Apesar de admissível no plano fático, é inviável em termos jurídicos. Com efeito, o parágrafo único do art. 236 diz que a ação penal só pode ser proposta se já tiver transitado em julgado a sentença que anulou o casamento em razão do erro ou do impedimento. Ora, só existe sentença declarando a tal anulação se o casamento se concretizou.

7.1.2.7. Prescrição

O prazo prescricional tem início na data em que transita em julgado a sentença que declarou a anulação do casamento. Se antes disso a ação não poderia ser proposta, o prazo prescricional não poderia estar já em andamento.

A sentença anulando o casamento é condição de procedibilidade.

7.1.2.8. Ação penal

Trata-se de crime de ação privada **personalíssima**. A ação só pode ser proposta pelo cônjuge ofendido e, em caso de morte, não é possível a substituição no polo ativo, havendo, por consequência, extinção da punibilidade.

A competência é do Juizado Especial Criminal.

7.1.3. Conhecimento prévio de impedimento

Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta:

Pena — detenção, de três meses a um ano.

7.1.3.1. Objetividade jurídica

A organização regular da família.

7.1.3.2. Tipo objetivo

A conduta típica é **contrair** casamento, desde que o agente o faça sabendo da existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta. Cuida-se de **norma penal em branco** porque exige complemento da lei civil à qual cabe definir as hipó-

teses de impedimento matrimonial. Atualmente, tais impedimentos encontram-se nos incs. I a VII do art. 1.521 do Código Civil; contudo, se o casamento se der com 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 570

11/4/2011 17:28:38

infração à hipótese do inc. VI (casamento anterior), o crime será o de bigamia. Se o impedimento for referente aos demais incisos e o agente souber disso, estará configurado o crime do art. 237.

Se o agente sabe do impedimento e apenas **omite** o fato do noivo, incorre no crime em análise. Salienta a doutrina que só ocorrerá o delito do artigo anterior —

ocultação de impedimento — se o agente fraudulentamente ocultar o fato. Assim, se o sujeito mente para esconder o impedimento, comete crime mais grave do art. 236.

Se apenas se omite, sua conduta enquadra-se no crime em estudo.

Saliente-se, ainda, que, se o sujeito narra ao outro contraente a existência do im pedimento antes de o matrimônio se realizar e este aceita se casar mesmo assim, ambos respondem pelo delito.

7.1.3.3. Elemento subjetivo

Apenas o dolo direto é capaz de tipificar este crime, na medida em que o dispositivo exige que o agente conheça o impedimento matrimonial. Correto concluir, portanto, que ele **quer** se casar com pessoa com quem não pode. Não se admite a figura do dolo eventual.

7.1.3.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Se ambos os cônjuges conhecerem a existência do impedimento, serão coautores do crime.

7.1.3.5. Sujeito passivo

O Estado e o outro contraente, desde que esteja de boa-fé.

7.1.3.6. Consumação

No momento em que é realizado o casamento.

7.1.3.7. Tentativa

É possível quando, iniciada a celebração, o casamento é impedido.

7.1.3.8. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

7.1.4. Simulação de autoridade para celebração de casamento Art. 238. Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento: Pena — detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

7.1.4.1. Objetividade jurídica

A disciplina jurídica do casamento.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 571

11/4/2011 17:28:38

7.1.4.2. Tipo objetivo

A conduta consiste em simular a condição de juiz de paz para celebrar matrimô-

nio. O art. 98, II, da Constituição Federal, ao tratar da Justiça de Paz diz que ela é

"*remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação*".

É evidente que, na prática, a intenção do sujeito é obter a remuneração pelo casamento; caso consiga, responderá apenas por crime de estelionato porque o tipo em estudo é expressamente subsidiário. Assim, considerando que esse crime se constitui pela simples conduta de se atribuir a condição de autoridade para celebração de casamento, estará configurado somente se, posteriormente, não

obtiver qualquer vantagem como consequência de tal ato.

O casamento realizado por autoridade incompetente é anulável, mas se convalida se não for proposta a ação para a anulação no prazo de dois anos a contar da celebração (arts. 1550, VI, e 1.560, II, do Código Civil).

7.1.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa.

7.1.4.4. Sujeito passivo

O Estado e os cônjuges de boa-fé.

7.1.4.5. Consumação

No momento em que o agente se atribui falsamente a condição de juiz de paz, independentemente da efetiva celebração do casamento. Cuida-se de crime **formal**.

7.1.4.6. Tentativa

É teoricamente possível quando o ato puder ser fracionado. Na prática, entretanto, não ocorre.

7.1.4.7. Ação penal

Pública incondicionada. Considerando que a pena mínima é de um ano, possível a suspensão condicional do processo se presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

7.1.5. Simulação de casamento

Art. 239. Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena — detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 572

11/4/2011 17:28:38

7.1.5.1. Objetividade jurídica

A organização familiar e o regime jurídico do casamento.

7.1.5.2. Tipo objetivo

Simular significa fingir que está se casando. Para que haja crime, é necessário que o agente, por meio fraudulento, engane o outro nubente, de tal forma que este acredite que está mesmo se casando. Se duas pessoas combinam fazer uma brincadeira com amigos, simulando que estão se casando, e os convidam para uma festa de matrimônio, o fato não constitui crime, pois a pessoa enganada deve ser aquela apta para consentir no casamento, e não terceiros. Excepcionalmente, entretanto, poderá ocorrer o crime quando ambos os nubentes souberem da farsa, mas enganarem os pais de um deles, menor de idade, para que dê seu consentimento, nos termos do art. 1.517 do Código Civil.

O Juiz de Paz ou o Oficial do Cartório de Registro Civil que realiza a cerimônia, mas dolosamente engana os noivos e não registra ou não leva a registro o ato no livro respectivo, comete falsidade ideológica, consistente em omitir declaração que devia constar em documento público.

• Subsidiariedade expressa

De acordo com o próprio texto legal, o crime em estudo fica absorvido quando o fato constitui crime mais grave. Assim, se o fato é, por exemplo, meio de execução para a obtenção de vantagem econômica indevida, a conduta será interpretada como crime de estelionato (art. 171); já se a intenção do agente é manter relação sexual com moça que, por exemplo, assegura que só perderá a virgindade após o matrimô-

nio, o crime é o de violação sexual mediante fraude (art. 215).

7.1.5.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

7.1.5.4. Sujeito passivo

O Estado, bem como a pessoa enganada.

7.1.5.5. Consumação

No momento da celebração simulada.

7.1.5.6. Tentativa

É possível.

7.1.5.7. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 573

11/4/2011 17:28:38

7.1.6. Adultério

Art. 240. Cometer adultério:

Pena — detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º Incorre na mesma pena o corréu.

§ 2º A ação somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.

§ 3º A ação penal não pode ser intentada:

I — pelo cônjuge desquitado;

II — pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§ 4º O Juiz pode deixar de aplicar a pena:

I — se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II — se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.

A menção ao crime de adultério e às suas regras quanto à ação penal e ao perdão judicial foram mantidas apenas por razões históricas, já que esse crime foi revogado expressamente pela Lei n. 11.106/2005, tendo havido *abolitio criminis*. O delito de adultério punia o relacionamento sexual, fora do casamento, com pessoa do sexo oposto.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 574

11/4/2011 17:28:38

II

DOS CRIMES CONTRA O

ESTADO DE FILIAÇÃO

7.2. DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

Estão aqui previstos os crimes de registro de nascimento inexistente (art. 241), parto suposto, supressão ou alteração de direito inerente a estado civil de recém-nascido (art. 242) e sonegação de estado de filiação (art. 243).

7.2.1. Registro de nascimento inexistente

Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Pena — reclusão, de dois a seis anos.

7.2.1.1. Objetividade jurídica

A formação da família e a fé pública nos documentos oficiais.

7.2.1.2. Tipo objetivo

A conduta típica é registrar, dar causa ao registro de pessoa que não nasceu,

havendo, também, infração na conduta de registrar natimorto como se tivesse nascido vivo. Por se tratar de crime especial, a sua configuração afasta a aplicação do crime de falsidade ideológica.

7.2.1.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, que pode ser praticado por qualquer pessoa (pai e mãe fictícios, Oficial do Registro Civil quando ciente da falsidade etc.). Também respondem pelos crimes os partícipes, como médicos que tenham atestado o nascimento inexistente,

“testemunhas” do nascimento etc.

7.2.1.4. Sujeito passivo

O Estado, bem como a pessoa que possa ser lesada pelo crime.

7.2.1.5. Consumação

No momento em que é feito o registro.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 575

11/4/2011 17:28:38

7.2.1.6. Tentativa

É possível, como, por exemplo, quando a efetivação do registro é obstada por terceiro ou quando o Oficial desconfia da documentação apresentada e não o lavra.

7.2.1.7. Prescrição

Determina o art. 111, IV, do Código Penal que o prazo prescricional passa a correr a partir da data em que o fato se torna conhecido.

7.2.1.8. Ação penal

É pública incondicionada.

7.2.2. 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; ocul tar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido por motivo de reconhecida nobreza:
Pena — detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

7.2.2.1. Objetividade jurídica

O estado de filiação.

7.2.2.2. Tipo objetivo

São previstas, ao todo, quatro condutas típicas absolutamente autônomas entre si, as quais estão dispostas a seguir.

7.2.2.2.1. Dar parto alheio como próprio

É um crime que só pode ser praticado por mulher, cuja ação incriminada é a de apresentar à sociedade um recém-nascido como se fosse seu próprio filho. Trata-se de crime **próprio**. É necessário que a mulher tenha a intenção específica de criar uma situação jurídica em que se faça passar por mãe do infante, introduzindo-o em sua família. É desnecessário o registro do menor.

As vítimas são o Estado e os herdeiros da agente.

A **consumação** ocorre no instante em que é criada uma situação que leve outras pessoas a interpretar que o filho é dela.

A **tentativa** é possível.

7.2.2.2.2. Registrar como seu o filho de outrem

Cuida-se de infração penal em que o agente (homem ou mulher) promove a

inscrição no Registro Civil de criança declarando tratar-se de filho próprio, quando, 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 576

11/4/2011 17:28:39

VII Dos Crimes Contra a Família

577

em verdade, cuida-se de filho de outrem. Respondem também pelo crime o Oficial do Cartório e os pais verdadeiros se, cientes da intenção dos agentes, colaboram para a efetivação do registro. Comete ainda o crime pessoa que passa a viver maritalmen-te com a gestante, ciente de que ela se encontra grávida de outro homem, e, após o nascimento, registra o recém-nascido como filho dele próprio e de sua companheira.

Trata-se de crime **comum**.

Sujeitos passivos são o Estado e as pessoas lesadas pela conduta.

O delito em análise absorve o crime de falsidade ideológica.

A **consumação** se dá no momento em que o registro é efetivado.

É possível a **tentativa**.

7.2.2.2.3. Ocultar recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil

Pratica o crime quem, dolo sa mente, esconde o recém-nascido visando, com isso, suprimir os direitos inerentes ao estado civil do neonato. Assim, comete tam -

bém o crime quem intencionalmente deixa de registrar o menor, ainda que continue a sustentá-lo. Trata-se de crime **comum**, pois pode ser cometido por qualquer pessoa.

Sujeitos passivos são o Estado e o neonato prejudicado.

O crime se **consuma** quando a ocul tação atinge os direitos do recém-nascido.

A **tentativa** é possível.

7.2.2.2.4. Substituir recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil

O crime consiste em trocar recém-nascidos (em berçário, em creche etc.), pouco importando que um deles seja natimorto. As crianças, portanto, passam a viver em famílias trocadas. Trata-se de crime **comum**, pois pode ser cometido por integrantes de uma das famílias, por integrantes das duas ou até por terceira pessoa.

Vítimas são os neonatos e os familiares que não tenham tomado parte no crime.

Consuma-se quando a troca atinge os direitos civis do recém-nascido, não sendo necessário o registro.

A **tentativa** é possível.

7.2.2.3. Figura privilegiada e perdão judicial

Estabelece o art. 242, parágrafo único, que, se o crime for praticado por motivo de reconhecida nobreza, o Juiz pode reduzir a pena para detenção de um a dois anos (quando o normal é reclusão de 2 a 6 anos) ou deixar de aplicar a pena, concedendo o **perdão judicial**. A reconhecida nobreza é evidenciada quando a conduta demonstra generosidade ou afeto do agente que visa criar e educar a criança e, por isso, a regis-trou em seu nome, por exemplo.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 577

11/4/2011 17:28:39

7.2.2.4. Prescrição

Nos termos do art. 111, IV, do Código Penal, para a modalidade de registrar como próprio o filho de outrem (falsificação de assento de registro civil), a

prescri-

ção só passa a correr da data em que o fato se torna conhecido. Nas demais modalidades, o prazo prescricional segue a regra geral, ou seja, começa a ser contado da data da consumação (art. 111, I, do CP).

7.2.3. Sonegação de estado de filiação

Art. 243. Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho pró-

prio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa.

7.2.3.1. Objetividade jurídica

O estado de filiação.

7.2.3.2. Tipo objetivo

A conduta típica é deixar, isto é, abandonar em asilo de expostos ou outra instituição assistencial, pública ou particular, o próprio filho ou filho alheio. É necessá-

rio, ainda, que o agente oculte o estado de filiação ou lhe atribua outro, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil.

7.2.3.3. Sujeito ativo

No caso de abandono do próprio filho, o delito é classificado como próprio, pois só pode ser cometido por um ou por ambos os pais. Em se tratando de filho alheio, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

7.2.3.4. Sujeito passivo

O Estado e o menor — que pode ser lesado em seus direitos.

7.2.3.5. Consumação

No momento em que o menor é deixado na instituição. Não é necessário que o agente consiga atingir sua finalidade de sonegar o estado de filiação; basta a intenção nesse sentido.

7.2.3.6. Tentativa

É possível.

7.2.3.7. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 578

11/4/2011 17:28:39

III

DOS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

7.3. DOS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

Nesse Capítulo estão previstos os crimes de abandono material (art. 244), entrega de filho a pessoa inidônea (art. 245), abandono intelectual (art. 246) e abandono moral (art. 247).

7.3.1. Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 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: Pena — detenção, de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

7.3.1.1. Objetividade jurídica

A lei tutela a família, no sentido de ser observada a regra do Código Civil que estipula a necessidade de assistência material recíproca entre os parentes.

7.3.1.2. Tipo objetivo

Na primeira modalidade, o legislador incrimina o cônjuge, ascendente ou descendente que, sem justa causa, deixa de prover a subsistência de seus dependentes (cônjuge, o filho menor de 18 anos ou incapacitado para o trabalho, ou, ainda, o ascendente inválido ou maior de 60 anos). É evidente que só existirá o crime se a víti-ma estiver passando por necessidades materiais e o agente, podendo prover-lhe a subsistência, intencionalmente deixar de fazê-lo.

Na segunda modalidade, o agente, sem justa causa, deixa de efetuar o pagamento da pensão alimentícia acordada, fixada ou majorada em **processo judicial**. A existência de prisão civil pela inadimplência do dever alimentar não exclui o crime, mas o tempo que o agente permanecer preso em sua consequência poderá ser descontado na execução penal, sendo, portanto, caso de detração (art. 42 do CP).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 579

11/4/2011 17:28:39

Para a existência do crime, é necessário que o fato se dê sem justa causa (elemento **normativo** do tipo). Há justa causa, por exemplo, quando o sujeito encontra-se doente e precisa usar os recursos financeiros para seu próprio tratamento ou quando foi vítima de crime contra o patrimônio.

Tendo sido fixada pensão alimentícia, o fato de outra pessoa ajudar a sustentar o filho (avós, por exemplo) não exime a responsabilidade daquele que se omite.

O parágrafo único do art. 244 pune com as mesmas penas o sujeito que **frustra** ou **ilide** de qualquer modo o pagamento de pensão alimentícia. Trata-se de punir o emprego de fraude tendente a afastar o encargo, por exemplo, deixar de

trabalhar para que o valor da pensão não seja descontado da folha de pagamento, ocultar rendimentos etc.

Além disso, a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68) prevê pena de seis meses a um ano de detenção para o empregador ou funcionário público que deixar de prestar ao juí zo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia. Além disso, incorrerá na mesma pena quem, de qualquer modo, ajudar o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada, acordada ou majorada, ou se recusar ou procras -

tinar a executção da ordem de descontos em folhas de pagamento expedida pelo juiz competen te.

7.3.1.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, que só pode ser cometido por cônjuge, ascendente, descendente etc.

7.3.1.4. Sujeito passivo

O cônjuge, o filho menor de 18 anos ou incapacitado para o trabalho ou, ainda, o ascendente inválido ou maior de 60 anos.

7.3.1.5. Consumação

Na primeira figura, a consumação se dá quando o agente, ciente de que a vítima passa por necessidades, deixa de socorrê-la. Exige-se permanência no gesto, não havendo crime no ato transitório, em que há ocasional omissão por parte do devedor.

Nas demais figuras, a consumação ocorre na data em que o agente não paga a pensão estipulada.

Nas duas figuras, o crime é permanente.

7.3.1.6. Tentativa

Em ambas as hipóteses, o crime é **omissivo próprio**; assim, não admite a tentativa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 580

11/4/2011 17:28:39

7.3.2. Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245. Entregar filho menor de 18 anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena — detenção, de um a dois anos.

7.3.2.1. Objetividade jurídica

A assistência familiar, no sentido do cuidado que devem ter os pais em relação aos filhos menores, nos termos do art. 229 da Constituição Federal, o qual afirma que

"*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*".

7.3.2.2. Tipo objetivo

A conduta típica é **entregar** o filho menor.

Deve-se demonstrar que a pessoa que recebeu o menor é inidônea, ou seja, que o menor ficou moral ou materialmente em perigo em sua companhia. Configura, pois, o delito entregar o menor para prostituta, cafetão, mendigo que não tenha condições de lhe fornecer os cuidados necessários, alcoólatra, dependente químico, pes -

soa com grave enfermidade mental ou portadora de doença contagiosa etc. Trata-se de crime de perigo **abstrato**, em que a lei presume o risco em razão da condição da pessoa inidônea. Basta provar a situação de tal pessoa, hipótese em que o risco sofrido pelo menor é considerado consequência inexorável.

Para a configuração do delito, é necessário que o agente saiba efetivamente do risco que o menor correrá na companhia daquela pessoa ou que deva sabê-lo.

7.3.2.3. Sujeito ativo

Apenas os pais, já que o tipo penal contém a expressão “entregar o próprio filho” a pessoa inidônea. Trata-se, pois, de crime **próprio**. É irrelevante que se trate de pai natural ou adotivo. Qualquer um deles pode cometer o delito.

O crime não pode ser cometido, por exemplo, pelo tutor.

7.3.2.4. Sujeito passivo

O filho menor de 18 anos.

7.3.2.5. Consumação

O crime se consuma no instante em que o menor é entregue à pessoa inidônea.

Não é necessário que fique em poder dela por tempo prolongado.

7.3.2.6. Tentativa

É possível quando se evidencia que o pai pretendia entregar o filho, mas que foi obstado por autoridade ou por outro parente da criança ou adolescente.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 581

11/4/2011 17:28:39

7.3.2.7. Figuras qualificadas

§ 1º A pena é de um a quatro anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

Na primeira modalidade qualificada, basta a intenção de lucro por parte do agente. Ex.: para que o filho trabalhe e o pai fique com o dinheiro.

Na segunda o menor é mandado 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.

Essa figura qualificada encontra-se revogada pelo art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que pune quem "*promover ou auxiliar a efetivação de ato desti nado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com fito de lucro*". A pena é de reclusão, de quatro a seis anos.

7.3.2.8. Ação penal

É pública incondicionada. Na figura simples, a competência é do Juizado Especial Criminal.

7.3.3. Abandono intelectual

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar:

Pena — detenção, de 15 dias a um mês, ou multa.

7.3.3.1. Objetividade jurídica

O dispositivo visa tutelar a educação dos filhos menores, para evitar que eles se tornem pessoas analfabetas ou com parca instrução que lhes dificulte o convívio social e o ingresso no mercado de trabalho.

7.3.3.2. Tipo objetivo

O crime de abandono intelectual consiste no descum pri mento, por parte dos pais, do dever de prover à instrução intelectual dos filhos menores em idade escolar.

A instrução primária a que se refere o texto penal é, atualmente, chamado de **ensino fundamental** (art. 210 da Constituição Federal). A Lei n. 9.394/96 — Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional — complementa o tipo penal em estudo (norma penal em branco), estabelecendo a obrigatoriedade dos pais ou responsáveis em efetuar a matrícula dos menores, a partir dos **seis** anos de idade, no ensino fundamental (art. 6º). Este é obrigatório, dura nove anos e tem por

objetivo a formação básica do 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 582

11/4/2011 17:28:39

cidadão (art. 32). Assim, cometem o crime os pais que não efetuam a matrícula, sem justa causa, quando a criança atinge a idade escolar (seis anos), bem como aqueles que permitem a evasão do ensino antes de completado o ciclo de nove anos mencionado na Lei de Diretrizes. Apesar de a Lei n. 9.394/96 obrigar também os responsá-

veis legais pelo menor a efetuar sua matrícula, o tipo penal do art. 246 só pune quem não matricula os próprios filhos.

Para a configuração do crime, exige-se que não haja justa causa para isso (elemento **normativo** do tipo). A jurisprudência entende como justa causa, hábil a des -

configurar o delito, a ausência de vagas em escolas públicas, penúria da família, longa distância da moradia da família até a escola mais próxima, impossibilidade de manter o filho adolescente arredio frequentando as aulas etc. Nesse sentido: "*Evasão escolar decorrente da vontade da adolescente, que não mais desejava estudar e foi viver com o namorado, não obstante os esforços da genitora, inc a bível 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 crimi nalmente os genitores que se resolverá o problema, muito mais complicado, de cunho social, cuja solução demanda atendimento sóciopsicológico do adolescente e sua família*" (Turma Recursal/RS — Apelação n. 71000939157 — Rel. Angela Maria Silveira).

Para que exista crime, é necessário que haja dolo na conduta dos genitores, no sentido de privar os filhos menores da educação do ensino fundamental.

7.3.3.3. Sujeito ativo

Só os pais podem ser sujeitos ativos e é irrelevante se vivem ou não em companhia de seus filhos. Assim, ainda que não convivam com seus filhos, são obrigados a lhes prover à instrução. Trata-se de crime **próprio**, que, entretanto, não abrange os meros tutores ou curadores do menor.

7.3.3.4. Sujeito passivo

Os filhos menores em idade escolar.

7.3.3.5. Consumação

O crime se consuma no momento em que, após a criança atingir a idade escolar, os genitores revelam inequivocamente a vontade de não cumprir com o dever paterno de lhe propiciar instrução primária. Trata-se de crime **permanente**, pois sua consumação perdura enquanto o menor não for enviado à escola.

7.3.3.6. Tentativa

Trata-se de crime omissivo que não admite a tentativa.

7.3.3.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 583

11/4/2011 17:28:39

7.3.4. Abandono moral

Art. 247. Permitir alguém que menor de 18 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

par-ticipe 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 um a três meses, ou multa.

7.3.4.1. Objetividade jurídica

A formação moral da criança ou adolescente. A denominação "abandono moral" não consta do Código Penal, mas há consenso na doutrina em torno desse nome em face das peculiaridades do delito, que pressupõe abandono do menor em situa-

ções que são perigosas à sua formação moral.

7.3.4.2. Tipo objetivo

A conduta típica é permitir que o menor realize uma das condutas elencadas nos incisos do art. 247. A permissão pode ser expressa ou tácita, tendo, neste último caso, o sentido de tolerância apesar de ciente da conduta do menor.

Para a tipificação da hipótese do inc. I, é preciso que o menor frequente **com habitualidade** casa de jogo ou mal-afamada (casa de prostituição, bar etc.), ou que conviva com pessoa viciosa ou de má vida. É necessário que o responsável por ele saiba desse comportamento e permita, de forma expressa ou tácita, que este se repita.

Dis tingue-se do crime do art. 245, pois, neste, o agente **entrega o menor a uma pessoa determinada** que se encontra em situação que expõe o menor a risco.

A permissão para que o adolescente vá uma única vez em casa de prostituição não está enquadrada no tipo penal, que exige **frequência** nessa conduta.

No caso do inc. II, também se exige habitualidade em frequência a espetáculo capaz de pervertê-lo (*show* de sexo ou de *striptease* etc.). Em sua 2ª parte, entretanto, não é necessária habitualidade, bastando que o agente consinta em que o menor par-ticipe de representação de igual natureza. Caso, todavia, haja encenação de sexo ex -

plícito ou de cena pornográfica envolvendo o menor, o produtor ou diretor incorrerá em crime mais grave, previsto no art. 240 da Lei n. 8.069/90, e o responsável que, conscientemente, der autorização, estará incurso no mesmo crime.

Na hipótese do inc. III, o agente permite que o menor more ou trabalhe em casa de prostituição. É evidente que o trabalho a que a lei se refere é outro qualquer (gar-

çom, atendente, faxineiro), e nunca o de prostituto, pois, em relação a este, a permissão dos pais para seu exercício constitui crime mais grave.

Por fim, no inc. IV, a permissão é para que o menor mendigue ou sirva de mendigo para excitar a comiseração pública. O pai, ao permitir que seu filho menor mendigue ou 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 584

11/4/2011 17:28:40

VII Dos Crimes Contra a Família

585

ao “cedê-lo” ou “alugá-lo” a terceiro para que o utilize em atos de mendi cância, comete o crime em estudo. O terceiro que faz uso do menor praticava a contravenção penal descrita no art. 60, *c*, da LCP, que, todavia, foi revogada pela Lei n. 11.983/2009.

7.3.4.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, pois só pode ser cometido pelos pais ou tutores, ou por outras pessoas a quem tenha sido confiada a guarda ou a vigilância da vítima.

7.3.4.4. Sujeito passivo

Apenas o menor de 18 anos que se encontre nas condições elencadas no tipo penal — sob o poder, guarda ou vigilância do agente.

7.3.4.5. Consumação

No momento em que o menor realiza a conduta elencada no tipo penal, independentemente de se verificar se houve danos à sua moral. Nas hipóteses em que se exige a habitualidade de atos por parte do menor, a consumação só se dará pela reiteração permitida pelo agente.

7.3.4.6. Tentativa

É possível, quando o responsável, por exemplo, dá autorização para que o menor passe a mendigar com terceiro, mas o ato em si não se concretiza.

7.3.4.7. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 585

11/4/2011 17:28:40

IV

DOS CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER,

TUTELA OU CURATELA

7.4. DOS CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

7.4.1. Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes

Art. 248. Induzir menor de 18 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 or -

dem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou curador algum menor de 18 anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa.

7.4.1.1. Objetividade jurídica

No presente dispositivo tutela-se o pátrio poder, a tutela e a curatela.

7.4.1.2. Tipo objetivo

Há, em verdade, três condutas distintas nesse tipo penal, as quais estão dispostas a seguir.

7.4.1.2.1. Induzimento a fuga de menor ou interdito

Nesta modalidade, o agente convence o incapaz a fugir da casa dos pais ou representantes legais. É necessário que a fuga ocorra por tempo razoável. Neste crime, o agente não acompanha o menor em sua fuga, pois, se o fizesse, haveria crime mais grave, previsto no art. 249 (subtração de incapaz).

Premissa do crime em análise é que não haja consentimento dos pais ou representantes do menor.

O delito só se consuma se o incapaz efetivamente empreender fuga.

A tentativa é possível quando o agente entabula conversa a fim de convencer o menor ou interdito a fugir, mas este não o faz.

7.4.1.2.2. Entrega não autorizada de menor ou interdito a terceiro

Nessa modalidade, o agente entrega o incapaz a terceiro sem a anuência do responsável. Se houver a concordância, o fato é atípico por expressa determinação 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 586

11/4/2011 17:28:40

VII Dos Crimes Contra a Família

587

legal. Comete o crime, por exemplo, o diretor de escola ou asilo que entrega o menor ou interdito a terceiro sem autorização do responsável.

A consumação ocorre no momento da entrega.

A tentativa é possível.

7.4.1.2.3. Sonegação de incapaz

Nesta figura, o agente deixa de entregar o menor ou interdito, sem justa causa, a quem legitimamente o reclama. Há justa causa, por exemplo, quando o menor está doente e a locomoção pode lhe agravar o quadro.

O crime se consuma no momento da primeira recusa na devolução. Essa modalidade de crime é omissiva e não admite a tentativa. Assim, tendo havido recusa, o crime estará consumado, ainda que seja acionada a polícia e o menor restituído por intervenção dos policiais.

7.4.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive os pais se tiverem sido afastados do pátrio poder. Trata-se de crime **comum**.

7.4.1.4. Sujeito passivo

As vítimas são os pais, tutores ou curadores, bem como os menores de idade e interditos.

O menor emancipado não pode ser sujeito passivo do crime em análise.

O pródigo só é interditado em relação a questões patrimoniais, de modo que tam bém não pode ser vítima deste delito.

7.4.1.5. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

7.4.2. Subtração de incapazes

Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena — detenção, de dois meses a 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.

7.4.2.1. Objetividade jurídica

A guarda da pessoa menor de 18 anos ou interdita.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 587

11/4/2011 17:28:40

7.4.2.2. Tipo objetivo

Consiste em retirar o menor de 18 anos ou o interdito da esfera de vigilância de quem exerce o pátrio poder, tutela, curatela ou guarda. Para a caracterização do delito, não importa se houve consentimento do menor, uma vez que tal consentimento é totalmente inválido. A lei não exige qualquer intenção específica de agir por parte do sujeito. Assim, há crime ainda que a intenção seja dar um futuro melhor ao menor ou afastá-lo da convivência da mãe que passou a viver em união estável com outro homem etc.

• Subsidiariedade expressa

O legislador, ao tratar da pena do crime do art. 249, determi nou sua tipificação apenas quando o fato não constituir crime mais grave, como, por exemplo, sequestro ou extorsão mediante sequestro.

O crime ficará também absorvido quando a intenção do agente for a colocação do menor subtraído em família substituta, uma vez que o art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) pune com reclusão, de dois a seis anos, e multa, quem subtrai criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial *com o fim de colocação em lar substituto.*

7.4.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive os pais, tutores ou curadores do menor ou interdito, desde que destituídos ou afastados temporariamente do direito de guarda.

7.4.2.4. Sujeito passivo

Os titulares do direito, bem como o menor ou interdito subtraído.

7.4.2.5. Consumação

No momento da subtração efetivada contra a vontade do titular do direito de guarda do menor ou interdito. Trata-se de crime permanente.

7.4.2.6. Tentativa

É possível.

7.4.2.7. Perdão judicial

Prevê o § 2º uma hipótese de perdão judicial quando o agente **restitui** o menor ou interdito sem tê-lo submetido a maus-tratos ou privações de qualquer ordem.

7.4.2.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 588

11/4/2011 17:28:40

TÍTULO VIII

8. DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

Os crimes deste Título são marcados por condutas que atingem ou colocam em risco a segurança da coletividade. Subdividem-se em três Capítulos, dependendo da forma como a coletividade é afetada:

DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

• Capítulo I — Dos crimes de perigo comum;

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

• Capítulo III — Dos crimes contra a saúde pública.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 589

11/4/2011 17:28:40

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 590

11/4/2011 17:28:40

I

DOS CRIMES DE PERIGO COMUM

8.1. DOS CRIMES DE PERIGO COMUM

8.1.1. Incêndio

Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena — reclusão, de três a seis anos, e multa.

8.1.1.1. Objetividade jurídica

Todos os delitos incriminados nesse Título têm por finalidade proteger a incolumidade pública, ou seja, a tranquilidade na vida em sociedade, evitando que a integridade física e os bens das pes soas sejam expostos a risco.

8.1.1.2. Tipo objetivo

No crime de incêndio, o agente provoca intencionalmente a combustão de algum material no qual o fogo se propaga, fogo este que, em face de suas proporções, causa uma situação de risco efetivo (concreto) para número elevado e indeterminado de pessoas ou coisas. A situação de risco pode também decorrer do pânico provocado pelo incêndio (em um cinema, teatro, edifício etc.).

A provocação de incêndio em uma casa de campo afastada não coloca em risco a

coletividade e, assim, caracteriza-se apenas como crime de dano qualificado (art.

163, parágrafo único, II).

O crime pode ser praticado por ação ou por omissão, por exemplo, por parte de quem tem o dever jurídico de evitar o resultado porque causou acidentalmente o in-cêndio e, mesmo podendo fazê-lo, resolve se omitir e deixar o fogo tomar grandes proporções.

Por se tratar de infração que deixa vestígios, exige-se a realização de perícia no local, tanto para demonstrar a ocorrência do incêndio como do perigo comum dele decorrente. Com efeito, dispõe o art. 173 do Código de Processo Penal que "*no caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou o patrimônio alheio, a extensão do* 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 591

11/4/2011 17:28:40

dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do caso". A propósito: "*Prova. Exame de corpo de delito. Os crimes de dano qualificado e incêndio qualificado são daqueles que deixam vestígios. Assim, o exame de corpo de delito direto é da própria substância da acusação, a qual, diante da inexistência de tais provas nos autos, não se reveste de qualquer densidade legal, pelo que a absolvição se impõe*" (TJPB — Rel. Raphael Carneiro Arnaud — *RT* 817/637).

8.1.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do local incendiado. Trata-se de crime **comum**.

8.1.1.4. Sujeito passivo

A coletividade representada pelo Estado e as pessoas expostas a risco em rela-

ção à sua integridade ou patrimônio.

8.1.1.5. Consumação

Quando o incêndio cria a situação de perigo a número indeterminado de pessoas.

8.1.1.6. Tentativa

É possível quando o agente é impedido de dar início às chamas após ter, por exemplo, jogado gasolina no local, ou quando ateia fogo, mas este é imediatamente apagado por terceiros, que impedem que tome as proporções necessárias para provocar perigo comum. A propósito: "*A tentativa de incêndio é admissível tanto na hipótese de o agente ser obstado de atear fogo no objeto visado, desde que iniciados os atos de execução, como no de o fogo ateado não expor a perigo a incolumidade pública, por haver sido logo debelado graças à intervenção de terceiros*" (TJSP —

Rel. Djalma Lofrano — *RT* 600/326).

8.1.1.7. Distinção

Se a intenção do agente era matar alguém, responde por crime de homicídio (consumado ou tentado, conforme o resultado) qualificado pelo emprego de fogo, em concurso formal com o crime de incêndio.

Por outro lado, a caracterização do crime de incêndio absorve o crime de dano qualificado pelo uso de substância inflamável (art. 163, parágrafo único, II, do CP).

Esse crime só se caracteriza quando o fogo não causa perigo comum, aplicando-se, portanto, a situações de menor gravidade. Nesse sentido: "*Para a caracterização do crime de incêndio é indispensável a ocorrência de risco efetivo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas. A destrui*

ção de coisas determinadas, sem produzir perigo coletivo, pode configurar delito de dano" (TJRJ — Rel. Paulo Gomes da Silva Filho — *RDTJRJ* 16/319). A distinção é facilmente visualizada em casos concretos. Se a esposa, por exemplo, por ter visto o marido com outra mulher dentro do carro, coloca por vingança fogo em tal veículo 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 592

de madrugada, quando ele está estacionado em via pública, o crime é o de dano qualificado. Se, entretanto, um grupo de pessoas em um tumulto começa a atirar garrafas com combustível em direção a diversas residências, colocando em risco os moradores que saem em fuga, o crime é o de incêndio. O caráter subsidiário do dano qualificado consta expressamente do art. 163, parágrafo único, II, do Código Penal.

Se o agente havia cometido outro crime no local — um furto, por exemplo — e provoca grande incêndio no imóvel para que não se descubra a subtração anterior, responde por crime de furto em concurso material com o crime de incêndio, aplicando-se, em relação ao último, a agravante genérica do art. 61, II, *b*, do Código Penal

— intenção de assegurar a ocultação de outro crime.

8.1.1.8. Causas de aumento de pena

O § 1º do art. 250 prevê causas de aumento de pena de duas espécies. Na primeira delas (inc. I), a pena é aumentada de um terço em razão da finalidade do agente (obtenção de vantagem) e, na segunda (inc. II), em razão do local em que é provocado o incêndio.

• **Incêndio com intenção de obter alguma vantagem pecuniária (inc. I)** O aumento de um terço incide ainda que o agente não consiga obter a vantagem visada.

O próprio texto legal deixa claro que é indiferente que ele queira a vantagem para si próprio ou para beneficiar terceiro.

A vantagem visada deve ser de caráter patrimonial, já que essa exigência está expressa na lei.

Configuram a majorante provocar incêndio para destruir os títulos de crédito que representavam uma dívida do agente ou para danificar o estoque de um

concorrente para que sua empresa seja contratada para o fornecimento dos mesmos produtos etc.

Se a intenção do agente é a de obter o valor de seguro, fica absorvido o crime de estelionato, respondendo o agente pelo crime de incêndio com a pena majorada pela intenção de obtenção de vantagem pecuniária, que tem pena consideravelmente maior.

• Incêndio em locais onde há maior risco (inc. II)

Nas hipóteses desse inciso, a pena é agravada única e tão somente em razão do local onde o incêndio é provocado, independentemente de qualquer outro requisito.

A agravação se dá quando o incêndio é provocado:

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;*

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 593

11/4/2011 17:28:40

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.*

A enumeração legal é taxativa e não admite ampliação das hipóteses por analogia.

O ato de provocar incêndio em mata ou floresta constitui crime previsto no art. 41

da Lei n. 9.605/98 (Lei de Proteção Ambiental). Esse crime tem pena menor —

reclusão, de dois a quatro anos, e multa —, pois se configura quando referido incêndio não provoca perigo concreto a diversas pessoas. Se o causar, o crime é o de in-cêndio com a pena majorada.

8.1.1.9. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado

Nos termos da 1ª parte do art. 258 do Código Penal, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade será aumentada de metade, e se resultar morte, será aplicada em dobro.

Assim, se do crime doloso de **incêndio**:

a) resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade;
b) resultar morte, a pena será aplicada em dobro.

Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime de perigo comum) e culpa no resultado agravador (lesão corporal grave ou morte). Dessa forma, como já mencionado anteriormente, existindo dolo em relação à morte, o agente responde por homicídio doloso qualificado pelo emprego de fogo (art. 121, § 2º, III, do CP), em concurso formal com o delito de incêndio. Se há dolo de causar as lesões, haverá crime de lesões corporais graves em concurso formal com o crime simples de perigo comum.

8.1.1.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.1.11. Incêndio culposo

Art. 250, § 2º — Se culposo o incêndio, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos.

Trata-se de crime que ocorre quando alguém não toma os cuidados necessários em determinada situação e, por consequên cia, provoca um incêndio que expõe a perigo a incolumidade física ou o patrimônio de número indeterminado de

pessoas.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 594

11/4/2011 17:28:41

Ex.: atirar ponta de cigarro em local onde pode ocorrer combustão, não tomar as cautelas devidas em relação a fios elétricos desen capados etc.

Se o incêndio decorre de um relâmpago, não há crime.

As causas de aumento de pena do § 1º não se aplicam ao crime de incêndio culposo.

8.1.1.12. Causas de aumento de pena

Nos termos da 2ª parte do art. 258, se em razão do crime culposo resultar lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resultar morte, aplica-se a pena cominada ao **homicídio** culposo, aumentada de um terço.

Há, portanto, duas situações:

a) se o incêndio culposo provocar lesão corporal em alguém — qualquer que seja sua natureza, inclusive leve —, a pena será aumentada de metade; **b)** se provocar morte, a pena será a do homicídio culposo (detenção de 1 a 3

anos), aumentada de um terço.

8.1.1.13. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto quando resulta lesão corporal ou morte, hipótese em que a pena máxima supera o limite de dois anos e passa à competência do Juízo Comum.

8.1.2. 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 três a seis anos, e multa.

§ 1º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:
Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

8.1.2.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública, ou seja, a tranquilidade na vida em sociedade, evitando que a integridade física e os bens das pes soas sejam expostos a risco.

8.1.2.2. Tipo objetivo

São previstas as seguintes condutas típicas:

a) ***Provocar explosão***. Significa provocar o estouro de substância, com a produção de estrondo e violento deslocamento de ar pela brusca expansão das substâncias que a compõem.

b) ***Arremessar explosivo***. É o lançamento feito à distância, com as mãos ou aparelhos. Para a configuração da situação de risco, basta o arremesso, sendo desnecessária a efetiva explosão.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 595

11/4/2011 17:28:41

c) ***Colocação de explosivos***. Significa armar o explosivo em determinado local, como, por exemplo, colocar minas explosivas em um terreno. A situação de risco existe, ainda que não haja a efetiva explosão. A propósito: "*Comete o crime de explosão, previsto no art. 251 do CP, aquele que enterra no chão bombas de dinamite, expondo a perigo evidente a vida, a integridade física e o patrimônio de outrem*" (TJSP — Rel. Thomaz Carvalhal — *RT* 393/243).

O objeto material nesses crimes é a dinamite ou substância de efeitos análogos (*caput*) ou qualquer outra substância explosiva de menor potencial (forma privilegiada do § 1º).

8.1.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do local onde ocorreu a explosão. Trata-se de crime **comum**.

8.1.2.4. Sujeito passivo

O Estado e as pessoas expostas a risco em relação à sua integridade ou patrimônio.

8.1.2.5. Consumação

Dá-se com a provocação da situação de perigo a número indeterminado de pessoas.

8.1.2.6. Tentativa

É possível.

8.1.2.7. Distinção

Se a intenção do agente é provocar a morte de alguém com uma grande explosão, responde pelo homicídio qualificado pelo emprego de explosivo (art. 121, § 2º, III, do CP), em concurso formal como o delito de explosão.

A configuração do crime de explosão absorve o crime de dano qualificado pelo uso de substância explosiva (art. 163, parágrafo único, II, do CP). A diferença é a de que o crime de dano pressupõe intenção de danificar bens individualizados com explosão de pequenas proporções, enquanto no crime em estudo o agente provoca explosão de proporções consideráveis ou faz arremesso ou colocação de explosivos capaz de provocá-la.

A pesca mediante utilização de explosivos constitui crime contra o meio ambiente, previsto no art. 35 da Lei n. 9.605/98, que tem pena de reclusão, de um a cinco anos. Caso, entretanto, sejam empregados razoavelmente próximos de pessoas que estejam nadando ou em outras embarcações, gerando, portanto,

perigo para estes, configura-se o crime de explosão, que é mais grave. Nesse sentido: "*Pratica o delito do art. 251 do CP quem explode bombas para abater peixes, perto de outras embarcações ocupadas por terceiros*" (TFR — Rel. William Patterson — JTFR —

Lex 77/317).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 596

11/4/2011 17:28:41

Por fim, o art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) pune com reclusão, de três a seis anos, e multa, quem possui, detém, fabrica ou emprega artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. No crime do art. 251, é necessário que a explosão crie perigo concreto a número indeterminado de pessoas, o que não ocorre no crime do Estatuto.

8.1.2.8. Causas de aumento de pena

O § 2º do art. 251 prevê causas de aumento de pena de duas espécies. Na primeira delas (inc. I), a pena é aumentada de um terço em razão da finalidade do agente (obtenção de vantagem) e, na segunda (inc. II), em razão do local em que é provocada a explosão.

• **Explosão com intenção de obter alguma vantagem pecuniária (inc. I)** O aumento de um terço incide ainda que o agente não consiga obter a vantagem visada.

O próprio texto legal deixa claro que é indiferente que ele queira a vantagem para si próprio ou para beneficiar terceiro.

A vantagem visada deve ser de caráter patrimonial, já que essa exigência está expressa na lei.

Se a intenção do agente é a de obter o valor de seguro, fica absorvido o crime de

estelionato, na medida em que o crime de explosão agravada tem pena consideravelmente maior.

• Explosão em locais onde há maior risco (inc. II)

Nas hipóteses desse inciso, a pena é agravada única e tão somente em razão do local onde a explosão é provocada, independentemente de qualquer outro requisito.

A agravação se dá quando a explosão é provocada:

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.*

A enumeração legal é taxativa e não admite ampliação das hipóteses por analogia.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 597

11/4/2011 17:28:41

8.1.2.9. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado

Nos termos da 1ª parte do art. 258 do Código Penal, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de

liberdade será aumentada de metade, e se resultar morte, será aplicada em dobro.

Assim, se em razão do crime doloso de explosão:

a) resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade;
b) resultar morte, a pena será aplicada em dobro.

Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime de perigo comum) e culpa no resultado agravador (lesão corporal grave ou morte). Dessa forma, como já mencionado anteriormente, existindo dolo em relação à morte, o agente responde por homicídio doloso qualificado pelo emprego de explosivo (art. 121, § 2º, III, do CP) em concurso formal com o delito de explosão. Se há intenção de causar as lesões, responderá por crime de lesões corporais graves em concurso com o crime simples de perigo comum.

8.1.2.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.2.11. Modalidade culposa

Art. 251, § 3º — No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; nos demais casos, é de detenção de três meses a um ano.

Trata-se de crime que ocorre quando alguém não toma os cuidados necessários em determinada situação e, por consequên cia, provoca uma explosão que expõe a perigo a incolumidade física ou o patrimônio de número indeterminado de pessoas.

Ex.: colocação de tambores de gás para utilização como combustível em veículo sem as cautelas necessárias, gerando explosão; estocagem de fogos de artifício ou pólvora em condições perigosas, que vem a causar fortes explosões etc. A propósito: "*Explosão culposa. Negligência. Falta de cuidado na prevenção e combate a incêndio. Contato de agente ignitor com os explosivos. Condenação mantida. O fato de ser o agente dono, responsável pela distribuidora de fogos, obrigao aos cuidados especiais que sua atividade exige. As corretas embalagens, conservação, resguardo e proteção dos explosivos, por manifesto não permitiria, evitaria, seu contato com o agente ignitor*" (Tacrim-SP — Rel.

Marrey Neto — *RJDTacrim* 12/221).

Ressalte-se que também na explosão culposa existe diferenciação na pena se há o uso de dinamite ou apenas explosivo de menor potencial lesivo.

As causas de aumento de pena do § 2º não se aplicam ao crime de explosão culposa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 598

11/4/2011 17:28:41

8.1.2.12. Causas de aumento de pena

Nos termos da 2ª parte do art. 258, se em razão do crime culposo resultar lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resultar morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Há, portanto, duas situações:

a) se a explosão culposa provocar lesão corporal em alguém — qualquer que seja sua natureza, inclusive leve —, a pena será aumentada de metade; **b)** se provocar morte, a pena será a do homicídio culposo (detenção de 1 a 3

anos), aumentada de um terço.

8.1.2.13. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto quando resulta lesão corporal ou morte em decorrência do uso de dinamite ou explosivo similar, hipótese em que a pena máxima supera o limite de dois anos e passa à competência do Juízo Comum.

8.1.3. 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 um a quatro anos, e multa.

8.1.3.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.1.3.2. Tipo objetivo

Este delito, que também é de perigo **concreto**, pressupõe que o agente exponha a risco número indeterminado de pessoas pelo uso de gás tóxico ou asfixiante. **Tóxi-co** é o gás venenoso, ainda que não mortal. **Asfixiante** é aquele que causa sufocação.

Comete o crime, por exemplo, quem faz uso irregular de bomba de gás lacrimogêneo ou, como também já se viu, quem, por molecagem, libera gás tóxico dentro de boate fazendo com que os frequentadores sejam intoxicados ou que tenham mal-estar.

No tipo penal em análise, a exposição a risco deve ser: a) da vida ou da integridade física; b) do patrimônio (gases que coloquem em risco animais ou plantações, por exemplo).

O art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98 (Lei de Proteção ao Meio Ambiente) pune mais severamente quem causa poluição pelo lançamento de **resíduos** gasosos em tais níveis que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que **provoquem** a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Em face desse dispositivo, boa parte da doutrina entende derrogado o art. 252 no que diz respeito à provocação de perigo à saúde humana. Não comungamos desse entendimento, na 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 599

11/4/2011 17:28:41

medida em que o art. 54, § 2º, V, da Lei Ambiental refere-se exclusivamente ao lan-

çamento de resíduos que provoquem poluição. **Resíduos** são apenas os materiais

que sobram após uma ação ou processo produtivo. Resíduo é lixo. De acordo com o dicionário Michaelis, resíduo é "*a substância que resta depois de uma operação química ou de uma destilação; resto, sobra*". Ora, não há que cogitar de não estar mais em vigor o crime do Código Penal nas condutas acima mencionadas de acionar bomba de gás lacrimogêneo em público ou lançar gases em estabelecimentos noturnos, na medida em que nada têm a ver com lançamento de resíduos gasosos. Tampouco estamos diante de hipótese de poluição.

Distingue-se o crime em análise da contravenção do art. 38 da Lei das Contravenções Penais, em que basta a emissão abusiva de fumaça, vapor ou gás que possam ofender ou molestar alguém, hipóteses em que o perigo é individual. Ademais, não é necessário na contravenção que o gás seja tóxico ou asfixiante.

8.1.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

8.1.3.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas efetivamente expostas a risco no caso concreto.

8.1.3.5. Consumação

No momento em que é criada a situação de perigo comum.

8.1.3.6. Tentativa

É possível.

8.1.3.7. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado

Nos termos da 1ª parte do art. 258 do Código Penal, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade será aumentada de metade, e se resultar morte, será aplicada em dobro.

Assim, se em razão do crime doloso de uso de gás tóxico ou asfixiante: **a)** resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade; **b)** resultar morte, a pena será aplicada em dobro.

Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime de perigo comum) e culpa no resultado agravador (lesão corporal grave ou morte).

8.1.3.8. Ação penal

Pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 600

11/4/2011 17:28:41

8.1.3.9. Modalidade culposa

Art. 252, parágrafo único — Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de três meses a um ano.

A conduta culposa mostra-se presente, por exemplo, em casos de vazamentos de gases tóxicos em empresas, decorrentes de negligência na manutenção das máquinas em que são usados ou de imprudência ou imperícia no manuseio.

8.1.3.10. Causas de aumento de pena

Nos termos da 2ª parte do art. 258, se, em razão do crime culposo, resultar lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resultar morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Há, portanto, duas situações:

a) se o crime culposo provocar lesão corporal em alguém — qualquer que seja sua natureza, inclusive leve —, a pena será aumentada de metade; **b)** se provocar morte, a pena será a do homicídio culposo (detenção de 1 a 3

anos), aumentada de um terço.

8.1.3.11. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.4. Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivo, 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 seis meses a dois anos, e multa.

8.1.4.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.1.4.2. Tipo objetivo

No presente tipo penal, o agente não provoca explosão ou faz efetivo uso de gás tóxico ou asfixiante. As condutas típicas têm menor periculosidade e, por consequência, pena menor, consistindo em fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

Em relação a substâncias ou engenhos explosivos, o dispositivo está revogado pelo art. 16, parágrafo único, III, do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 601

11/4/2011 17:28:41

que pune mais gravemente (reclusão, de três a seis anos, e multa) aquele que possui, detém, fabrica ou emprega artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Embora esse tipo penal não men cione alguns verbos contidos no art. 253, como, por exemplo, “transportar” ou

“adquirir”, a verdade é que tais condutas estão abrangidas pelo verbo “possuir”

existente na Lei n. 10.826/2003.

O art. 253 continua em vigor em relação a gases tóxicos ou asfixiantes, bem como no que diz respeito às substâncias explosivas (tolueno, por exemplo), e materiais destinados à sua fabricação (pólvora ou detonador, por exemplo), já que o Estatuto do Desarmamento só se refere a artefato explosivo (dinamite já pronta, por exemplo).

O tipo penal possui **elemento normativo** ao exigir que a conduta ocorra sem **licença da autoridade**. É claro, portanto, que não há crime quando o agente efetua o transporte de gás tóxico devidamente **autorizado** pela autoridade competente.

Cuida-se de crime de perigo abstrato, em que a lei presume o perigo à coletividade quando inexistente a licença da autoridade.

8.1.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

8.1.4.4. Sujeito passivo

A coletividade.

8.1.4.5. Consumação

No instante em que é realizada a conduta típica, independentemente de qualquer resultado.

8.1.4.6. Tentativa

Considerando que o dispositivo transformou em crime atos preparatórios do delito descrito no art. 251, a conclusão é de que a tentativa não é admissível.

8.1.4.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Jecrim.

8.1.5. Inundação

Art. 254. Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena — reclusão, de três a seis anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de seis meses a dois anos, no caso de culpa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 602

11/4/2011 17:28:41

8.1.5.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.1.5.2. Tipo objetivo

Causar inundação significa provocar o alagamento de um local de grande extensão pelo desvio das águas de seus limites naturais ou artificiais, de forma que não seja possível controlar a força da corrente. O crime pode ser praticado por ação (rompimento de um dique, represamento) ou por omissão.

É indiferente que a inundação seja violenta (abertura total de comporta, rompimento de um dique, por exemplo) ou lenta (represamento, por exemplo), bastando que tenha o potencial de expor a perigo a coletividade.

8.1.5.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o dono do local que venha a ser inundado.

8.1.5.4. Sujeito passivo

A coletividade representada pelo Estado e as pessoas expostas a risco em rela-

ção à sua integridade ou patrimônio.

8.1.5.5. Consumação

Quando as águas se espalham de tal maneira que criam efetiva situação de perigo (concreto) para número indeterminado de pessoas.

8.1.5.6. Tentativa

É possível.

8.1.5.7. Distinção

Por ser crime mais grave, o delito de inundação absorve o crime de usurpação ou desvio de águas (art. 161, § 1º, do CP).

O crime de inundação pode ser praticado dolosa ou culposamente, sendo que, no último caso, o fato resulta da não observância de um cuidado necessário (no sentido de evitar a inundação), e a pena evidentemente é mais branda.

Se a intenção do agente é provocar a morte de alguém, responde por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III, do CP), em concurso formal com o crime de inundação.

8.1.5.8. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado

Nos termos da 1ª parte do art. 258 do Código Penal, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade será aumentada de metade, e se resultar morte, será aplicada em dobro.

Assim, se em razão do crime doloso de inundação:

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 603

11/4/2011 17:28:42

a) resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade; **b)** resultar morte, a pena será aplicada em dobro.

Essas hipóteses são exclusivamente preterdolosas, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime de perigo comum) e culpa no resultado agravador (lesão corporal grave ou morte). Dessa forma, como já mencionado anteriormente, existindo dolo em relação à morte, o agente responde por homicídio doloso qualificado em concurso formal com o crime doloso de inundação. Se há intenção de causar as le-sões, haverá crime de lesões corporais graves em concurso com o crime simples de perigo comum.

Já a 2ª parte do art. 258 estabelece que, se em razão do crime culposo resultar lesão corporal, a pena aumenta-se de metade e, se resultar morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Há, portanto, duas situações:

a) se a inundação culposa provocar lesão corporal em alguém — qualquer que seja sua natureza, inclusive leve —, a pena será aumentada de metade; **b)** se provocar morte, a pena será a do homicídio culposo (detenção de 1 a 3

anos), aumentada de um terço.

8.1.5.9. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.6. 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 um a três anos, e multa.

8.1.6.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.1.6.2. Tipo objetivo

Esse crime se caracteriza pela não ocorrência da inundação, uma vez que a existência desta tipifica o crime previsto no artigo anterior. A conduta incriminada no delito em tela consiste apenas em tirar, eliminar ou tornar ineficaz algum obstáculo (margem, por exemplo) ou obra (barragem, dique, comporta etc.) cuja finali dade é evitar a inundação.

De acordo com Nélson Hungria,211 se sobrevém a inundação, o agente responde por concurso formal entre o crime de perigo de inundação e o delito de inundação 211 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, p. 50.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 604

11/4/2011 17:28:42

culposa. Entendemos, porém, que quem remove ou destrói obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, ainda que não queira provocá-la de forma específica, assume o risco de produzir o resultado e, caso este efetivamente sobrevenha, o agente responde por crime de inundação dolosa (com dolo eventual).

8.1.6.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, até mesmo o dono do imóvel de onde foi retirado o obstáculo ou obra destinada a impedir a inundação.

8.1.6.4. Sujeito passivo

A coletividade representada pelo Estado e as pessoas expostas a risco em rela-

ção à sua integridade ou patrimônio.

8.1.6.5. Consumação

Trata-se de crime doloso, em que o agente objetiva provocar uma situação de risco à coletividade pela simples remoção do obstáculo, não visando à efetiva ocorrência da inundação. Assim, o crime se consuma com a situação de perigo concreto decorrente de sua conduta.

8.1.6.6. Tentativa

É possível quando o agente, por exemplo, não consegue remover o obstáculo.

Não se confunde o crime de tentativa de inundação (art. 254), em que o agente quer, mas não consegue provocá-la, com o crime de perigo de inundação, em que o agente efetivamente não quer provocá-la.

8.1.6.7. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.7. 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 um a quatro anos, e multa.

8.1.7.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.1.7.2. Tipo objetivo

a) Causar desabamento. Significa provocar a queda de obras construídas pelo homem (edifícios, pontes ou quaisquer outras construções).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 605

11/4/2011 17:28:42

b) Causar desmoronamento. Significa provocar a queda de parte do solo (barrancos, morros, pedreiras etc.).

A propósito: "*Os verbos 'desabar' e 'desmoronar' expressam, em significado precioso, a envolver ideia de enorme e pesada estrutura que vem abaixo, no seu todo ou em partes, de modo que a simples queda de materiais isolados não basta para configurar o delito do art. 256 do CP*" (Tacrim-SP — Rel. Ralpho Waldo — *RT*

582/345).

8.1.7.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o dono do imóvel atingido.

8.1.7.4. Sujeito passivo

A coletividade representada pelo Estado e as pessoas expostas a risco em rela-

ção à sua integridade ou patrimônio.

8.1.7.5. Consumação

O crime se consuma com a provocação de perigo concreto à integridade física ou ao patrimônio de número indeterminado de pessoas. Não basta criar a situação de perigo de desabamento. A consumação do delito pressupõe que a queda se concretize e exponha a perigo a vida ou o patrimônio de diversas pessoas. Nesse sentido:

"*Não basta, para a consumação do crime, criarse o perigo de desabamento ou desmoronamento: é preciso que tal resultado ocorra efetivamente, ameaçando in concreto pessoas ou coisas, isto é, criando perigo comum. Se este não se apresenta, objetivamente, de modo direto e imediato, o fato deixará de ser crime contra a incolumidade pública, para configurar simples contravenção, quando não seja penalmente indiferente*" (Tacrim-SP — Rel. Barros Monteiro — *Jutacrim* 62/313).

8.1.7.6. Tentativa

É possível.

8.1.7.7. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado

Nos termos da 1ª parte do art. 258 do Código Penal, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade será aumentada de metade, e se resultar morte, será aplicada em dobro.

Assim, se em razão do crime doloso de desabamento ou desmoronamento: **a)** resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade; **b)** resultar morte, a pena será aplicada em dobro.

Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime de perigo comum) e culpa no resultado agravador (lesão corporal grave ou morte). Dessa forma, como já mencionado anteriormente, existindo dolo 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 606

11/4/2011 17:28:42

VIII Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública

607

em relação à morte, o agente responde por homicídio doloso qualificado pelo perigo comum causado (art. 121, § 2º, III, do CP), em concurso formal com o delito de desabamento ou desmoronamento. Se há intenção de causar as lesões, haverá crime de lesões corporais graves em concurso com o crime simples de perigo comum.

8.1.7.8. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.7.9. Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de seis meses a um ano.

É bastante comum a ocorrência da modalidade culposa do crime de desabamento ou desmoronamento. É o que ocorre, por exemplo, quando não são observadas as regras próprias na edificação de casas ou prédios, quando são construídas

valas pró-

ximas a edificações ou quando é retirada terra ou desmatada área que impede a queda de barrancos. Nesse sentido: "*Casa contígua a terreno em que se procedia a escavação. Falta de escoramento. Negligência do engenheiro responsável pelas obras.*

Não se pode levar a efeito obras de escavações vizinhas a prédios sem o necessário escoramento destes, agindo, pois, com negligência o responsável pelas mesmas, que omite cuidados que até aos olhos de leigos se impõem" (Tacrim-SP — Rel. Camargo Sampaio — *RT* 458/375).

Também na figura culposa exige-se que o desabamento tenha colocado em situa-

ção de risco concreto número indeterminado de pessoas. A conduta de provocar desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa, sem, todavia, gerar perigo comum, constitui a contravenção penal do art. 29 da LCP. Nesse sentido: "*Havendo erro na execução de projeto de demolição de edifício, ocorrendo desabamento sem danos pessoais, caracterizase a contravenção do art. 29, e não o delito de desabamento ou desmoronamento culposo*" (STF — Rel. Djaci Falcão — *RT* 612/419).

8.1.7.10. Causas de aumento de pena

A 2ª parte do art. 258 estabelece que, se em razão do crime culposo resultar lesão corporal, a pena aumenta-se de metade e, se resultar morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Há, portanto, duas situações:

a) se o desabamento culposo provocar lesão corporal em alguém — qualquer que seja sua natureza, inclusive leve —, a pena será aumentada de metade; **b)** se provocar morte, a pena será a do homicídio culposo (detenção de 1 a 3

anos), aumentada de um terço. Essa hipótese é muito comum em desabamentos de prédios, viadutos, obras do metrô em construção etc.

8.1.7.11. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto se resultar morte, hipótese em que a pena máxima supera o patamar de dois anos.

8.1.8. Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento Art. 257. Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrá-

gio 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 dois a cinco anos, e multa.

8.1.8.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública

8.1.8.2. Tipo objetivo

O presente tipo penal possui duas partes.

Na primeira delas, o agente **subtrai** (tira o bem do local), **oculta** (esconde) ou **inutiliza** (destrói ou torna de outra forma imprestável) objeto destinado a salvamento. É necessário que o fato ocorra por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre, ou calamidade, razão pela qual a lei presume o risco que decorre da conduta do agente. Esta deve recair sobre aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento. Ex.: extintor de in-cêndio, escadas, mala de primeiros socorros, bote salva-vidas, bomba de água, rede de salvamento etc.

CONDUTA TÍPICA

OBJETO MATERIAL

OCASIÃO

Subtrair

Aparelho ou objeto destinado ao combate ao perigo

Incêndio

Ocultar

Aparelho ou objeto destinado a socorro

Inundação

Inutilizar

Aparelho ou objeto destinado a salvamento

Naufrágio, desastre ou

calamidade

Na segunda figura típica, o agente **dificulta** ou **impede** o serviço de socorro. A conduta pode se dar por ação (violência ou fraude) ou por omissão (deixar de retirar um veículo que impede a chegada do socorro, por exemplo).

Se foi o próprio agente quem provocou o perigo e depois dificultou o socorro, responde pelo dois crimes em concurso material.

8.1.8.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do material de salvamento.

Trata-se de crime **comum**.

8.1.8.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas efetivamente expostas a risco no caso concreto.

8.1.8.5. Consumação

No instante em que o agente subtrai, oculta ou inutiliza os objetos, ainda que não consiga impedir o socorro.

Trata-se de crime de perigo **abstrato**. Na segunda modalidade criminosa, o delito se consuma quando o agente efetivamente dificulta ou impede o socorro.

8.1.8.6. Tentativa

É possível.

8.1.8.7. Causas de aumento de pena decorrentes do resultado

Nos termos da 1ª parte do art. 258 do Código Penal, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade será aumentada de metade, e se resultar morte, será aplicada em dobro.

Assim, se do crime doloso em análise:

a) resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade;
b) resultar morte, a pena será aplicada em dobro.

Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime de perigo comum) e culpa no resultado agravador (lesão corporal grave ou morte). É difícil, todavia, visualizar na prática mera conduta culposa quanto ao evento agravador. Com efeito, ainda que o agente não tenha tido a inten-

ção específica de causar lesão grave ou morte (dolo direto), se intencionalmente impediu o socorro em situação de incêndio ou inundação, e a vítima acabou morrendo pela falta de socorro, sua conduta será interpretada como dolo eventual em rela-

ção ao resultado morte, devendo ser responsabilizado por homicídio doloso em concurso com o crime em estudo em sua figura simples.

8.1.8.8. Ação penal

É pública incondicionada.

8.1.9. 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 dois a cinco anos, e multa.

Parágrafo único. No caso de culpa, a pena é detenção, de um a seis meses, ou multa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 609

11/4/2011 17:28:42

A figura principal desse dispositivo encontra-se revogada, tacitamente, pelo art.

61 da Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98), que pune com reclusão, de um a quatro anos, e multa quem "*disseminar doença ou praga ou espécies que pos sam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas*".

Esse era o único crime do Capítulo em que se punia tão somente o perigo ao patrimônio, já que, nos demais tipos penais, o perigo envolve a vida e a integridade física das pessoas.

A modalidade culposa ainda se encontra em vigor por não haver figura semelhante na lei ambiental. Pressupõe que, por falta de cuidado, o agente dê causa à difusão de doenças ou pragas potencialmente perigosas a florestas, plantações ou animais de utilidade doméstica.

8.1.10. Quadro comparativo dos crimes do Capítulo (perigo concreto ou abstrato)

PERIGO CONCRETO

PERIGO ABSTRATO

• Incêndio;

• Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou trans-

• Explosão;

porte de explosivo, gás tóxico ou asfixiante;

• Uso de gás tóxico ou asfixiante;

• Subtração, ocultação ou inutilização de material

• Inundação;

de salvamento.

• Perigo de inundação;

• Desabamento ou desmoronamento.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 610

11/4/2011 17:28:42

II

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS

MEIOS DE COMUNICAÇÃO E TRANSPORTE

E OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

8.2. DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E

TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

8.2.1. 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 interrompen-do ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia; IV — praticando outro ato de que possa resultar desastre:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

8.2.1.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.2.1.2. Tipo objetivo

Impedir é fazer com que pare de funcionar o serviço ferroviário, e **perturbar** é sinônimo de atrapalhar seu funcionamento.

A própria lei elenca as formas de criar a situação de perigo comum: **a)** Destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, a linha férrea (trilhos, dormentes), material rodante (vagões) ou de tração (locomo-tivas), obra de arte (túneis e pontes) ou instalação (aparelho de sinalização, chaves de desvio, cabines etc.).

b) Colocando obstáculo na pista. O obstáculo pode ser uma pedra de grandes proporções, o corpo de um boi ou cavalo, um veículo etc.

c) Transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrom-pendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia. A interrupção do sistema de comunicação deve gerar perigo de desastre ferroviário, pois, caso contrário, estaria presente o crime do art. 266.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 611

11/4/2011 17:28:42

d) Praticando outro ato de que possa resultar desastre. Trata-se aqui de fórmu -

la genérica que tem a finalidade de abranger qualquer outra situação provocadora de perigo. Abrange até mesmo omissões por parte de ferroviários que possam provocar risco.

Pode parecer, à primeira vista, que o tipo penal em estudo é de ação vinculada porque o legislador, inicialmente, elencou, pormenorizadamente, as formas pelas quais o agente impede ou perturba o serviço de estrada de ferro, gerando perigo de desastre ferroviário. Acontece que, ao final, com a inserção da fórmula genérica no inc. IV, o crime admite qualquer meio de execução, sendo, assim, de ação livre.

Estrada de ferro, nos termos do art. 260, § 3º, do Código Penal, é "*qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo*". Engloba os trens, teleféricos, metrôs, bondes etc. Por se tratar de crime de perigo comum, exige-se que se trate de estrada de ferro destinada a transporte público. Apesar de não haver menção expressa nesse sentido no art. 260, a conclusão não pode ser outra em face da redação dada ao crime do art. 262, previsto no mesmo Capítulo: "expor a perigo **outro meio de transporte público** impedindo-lhe ou dificultando-lhe o funcionamento".

Para a configuração do crime em estudo, basta o dolo de realizar uma das condutas típicas, a fim de impedir ou perturbar o serviço ferroviário, tendo ciência do perigo de desastre que deles decorre. Não é necessário que o agente queira especificamente provocar a situação de perigo, basta que tenha ciência de que sua ação poderá desencadeá-la.

8.2.1.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

8.2.1.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas expostas a perigo.

8.2.1.5. Consumação

No momento em que é gerado o perigo concreto, ou seja, o risco imediato de desastre.

8.2.1.6. Tentativa

É possível.

8.2.1.7. Ação penal

Pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 612

11/4/2011 17:28:43

8.2.1.8. Desastre ferroviário

Art. 260, § 1º — Se do fato resulta desastre:

Pena — reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Premissa do crime simples descrito no *caput* é que a conduta do agente não cause o desastre, mas apenas perigo de sua ocorrência. Caso este se concretize em razão de uma das condutas descritas no *caput*, estará configurado o delito de desastre ferroviário, cuja pena é consideravelmente maior.

• Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 263, combinado com o art. 258 do Código Penal, se do desastre culposo resultar lesão grave, a pena de reclusão será aumentada em metade e, se resultar morte, será aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, pois, se o agente quer provocar a morte, responde por crime de homicí-

dio qualificado.

8.2.1.9. Desastre ferroviário culposo

Art. 260, § 2º — No caso de culpa, ocorrendo desastre:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Na modalidade culposa, não há qualquer relação com as condutas elencadas no *caput*. Basta que alguém, por qualquer tipo de imprudência, negligência ou imperí-

cia, dê causa a um acidente ferroviário. Ex.: motorista de veículo que cruza os trilhos sem a atenção devida e causa colisão; maquinista que não reduz a velocidade ao se aproximar de local habitado etc.

• Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 263, combinado com o art. 258 do Código Penal, se do desastre resulta lesão, ainda que leve, a pena aumenta-se em metade e, se resulta morte, aplica-se a pena do homicídio culposo aumentada de um terço.

8.2.1.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.2. 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 dois a cinco anos.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 613

11/4/2011 17:28:43

8.2.2.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública, no sentido de manter a segurança nos meios de transporte referidos no tipo penal.

8.2.2.2. Tipo objetivo

O dispositivo em questão tem duas partes, as quais estão dispostas a seguir.

8.2.2.2.1. Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia

Embarcação é toda construção destinada a navegar sobre águas (lancha, navio, ca tamarã, balsa). Aeronave é "*todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentarse e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas*" (art. 106 da Lei n. 7.565/86 — Código Brasileiro de Aeronáutica). Abrange não só os aviões de qualquer porte mas também helicópteros, balões, dirigíveis etc.

Para a configuração do delito, é necessário que a embarcação ou aeronave sejam destinadas ao transporte público, mesmo que realizados por particulares. Essa conclusão é inevitável em razão de o delito subsidiário previsto no art. 262 punir o atentado contra a segurança de **outro meio de transporte público**.

A conduta típica consiste em, de alguma forma, colocar em situação de perigo concreto a embarcação ou aeronave (própria ou de terceiro). Ex.: fazer manobras arriscadas para se exibir.

O responsável por rádio pirata que, ciente do risco, atrapalha com a transmissão a conversa entre o piloto e a torre de comando na aproximação com a pista comete o crime em tela.

8.2.2.2.2. Praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea

Podem configurar o crime a colocação de obstáculos, as falsas informações a respeito de tormentas, a remoção de sinalizações ou de peças da embarcação ou aeronave etc.

8.2.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o dono da aeronave ou embarcação, conforme esclarece o próprio tipo penal.

8.2.2.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas efetivamente expostas ao perigo.

8.2.2.5. Consumação

Entendemos tratar-se de crime de perigo **concreto** em suas duas figuras, de modo que a consumação só ocorrerá quando se verificar a situação de perigo.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 614

11/4/2011 17:28:43

8.2.2.6. Tentativa

É possível.

8.2.2.7. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.2.8. Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

Art. 261, § 1º — Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarca-

ção ou queda ou destruição de aeronave:

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

A figura qualificada foi prevista para punir mais gravemente a conduta da qual decorra resultado danoso à embarcação ou aeronave, ainda que pertencente ao pró-

prio autor do crime. Diverge a doutrina em torno da natureza dessa forma qualificada. Para Damásio de Jesus,212 Júlio Fabbrini Mirabete213 e Nélson Hungria,214 não se trata de hipótese exclusivamente preterdolosa, abrangendo também o dolo quanto ao sinistro. Já para Magalhães Noronha,215 Alberto Silva Franco,216 Fernando Capez217 e Heleno Cláudio Fragoso,218 a figura é

exclusivamente preterdolosa.

• Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 263, combinado com o art. 258 do Código Penal, se do sinistro resulta lesão grave, a pena de reclusão é aumentada em metade e, se resulta morte, é aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, pois, se o agente quer provocar a morte, responde por crime de homicídio qualificado.

8.2.2.9. Prática do crime com intenção de lucro

Art. 261, § 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.

É o que ocorre com piloto de aeronave que, por aposta, efetua acrobacia, ou que recebe dinheiro de empresa concorrente para dificultar a prestação de serviço daquela em que trabalha etc.

212 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 3, p. 306.

213 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 125.

214 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, p. 83.

215 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 3, p. 400.

216 Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 2.725.

217 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 3, p. 193.

218 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. II, p. 188.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 615

11/4/2011 17:28:43

Victor Eduardo Rios Gonçalves

8.2.2.10. Modalidade culposa

Art. 261, § 3º — No caso de culpa, se ocorre o sinistro:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito dá causa ao evento pela falta de manutenção no equipamento, provocando o sinistro.

• Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 263, combinado com o art. 258 do Código Penal, se do sinistro resulta lesão, ainda que leve, a pena aumenta-se em metade e, se resulta morte, aplica-se a pena do homicídio culposo aumentada de um terço.

8.2.2.11. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.3. 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 um a dois anos.

§ 1º Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de dois a cinco anos.

8.2.3.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública.

8.2.3.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são as mesmas do arts. 260 e 261, isto é, impedir ou dificultar o funcionamento de um meio de transporte, gerando perigo concreto à incolumidade pública. A diferença é que, naqueles dispositivos, que têm pena maior, o risco é gerado em estrada de ferro, embarcação ou aeronave, enquanto, no delito ora em análise, é causado em outro meio qualquer de transporte público (ônibus, táxis, lota-

ções etc.). Abrange também a exposição a perigo de embarcação lacustre, já que o dispositivo anterior só menciona as marítimas e as fluviais.

Comete o crime quem deixa um grande tronco de madeira ou pedras em via pública, quem retira uma placa sinalizadora, quem atira uma pedra e quebra um semáforo, quem instala inadequadamente um tanque de gás em seu táxi etc.

8.2.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive os proprietários do veículo ou seus funcionários. Trata-se de crime **comum**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 616

11/4/2011 17:28:43

8.2.3.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas efetivamente expostas a risco no caso concreto.

8.2.3.5. Consumação

Quando ocorre a situação de perigo coletivo decorrente da conduta do sujeito.

8.2.3.6. Tentativa

É possível.

8.2.3.7. Figura qualificada e causa de aumento de pena

Se do fato resulta desastre, o crime é qualificado, nos termos do § 1º. Além disso, nos termos do art. 263, combinado com o art. 258 do Código Penal, se do desastre resulta lesão grave, a pena de reclusão é aumentada em metade e, se resulta morte, é aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, pois, se o agente quer provocar a morte, responde por crime de homicídio qualificado.

8.2.3.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Jecrim em sua figura simples.

8.2.3.9. Modalidade culposa

Art. 262, § 2º — No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena — detenção, de três meses a um ano.

A modalidade culposa somente é punida quando dela decorre desastre. Não há crime em, culposamente, expor a perigo os meios de transporte acima referidos.

• Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 263, combinado com o art. 258 do Código Penal, se do desastre culposo resulta lesão, ainda que leve, a pena aumenta-se em metade e, se resulta morte, aplica-se a pena do homicídio culposo aumentada de um terço.

8.2.3.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.4. 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 um a seis meses.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 617

11/4/2011 17:28:43

8.2.4.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública, no que se refere à segurança nos meios de transporte coletivos.

8.2.4.2. Tipo objetivo

O delito consiste em **arremessar**, que significa atirar, jogar um projétil. Este é um objeto sólido capaz de ferir ou causar dano em coisas ou pessoas (pedaços de pau, pedras etc.). Não estão compreendidos pelo conceito os corpos líquidos ou gasosos. Além disso, o disparo de arma de fogo nas proximidades de veículo em movimento configura crime mais grave previsto no art. 15 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

Para que exista crime, é necessário que o projétil seja lançado contra veículo em movimento por terra, mar ou ar. Exige-se também que o veículo seja destinado a transporte coletivo (ônibus, navios, aviões etc.). Assim, o arremesso de projétil contra veículo de uso particular ou de transporte público que esteja parado pode caracterizar apenas outro crime (lesões corporais, dano etc.).

8.2.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

8.2.4.4. Sujeito passivo

A coletividade.

8.2.4.5. Consumação

Com o arremesso, ainda que não atinja o alvo. Trata-se de crime de perigo **abstrato**, cuja configuração independe da efetiva demonstração da situação de risco. O

perigo, portanto, é **presumido**.

8.2.4.6. Tentativa

É possível quando o agente movimenta o braço para lançar o projétil e é detido por alguém.

8.2.4.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do parágrafo único, se do fato resulta lesão, ainda que leve, a pena é aumentada para seis meses a dois anos de detenção e, se resulta morte, a pena é a do homicídio culposo, aumentada de um terço. Essas qualificadoras são exclusivamente preterdolosas, pois, se o agente quer provocar a morte, responde por crime de homicídio doloso, que absorve o delito de arremesso de projétil.

8.2.4.8. Distinção

O crime de atentado contra a segurança de outro meio de transporte coletivo (art. 262) pressupõe dolo específico de expor a perigo o meio de transporte público,
03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 618

11/4/2011 17:28:43

colocando em risco grande número de pessoas, ou de dificultar ou impedir seu funcionamento, requisitos que não existem no delito de arremesso de projétil. Nesse sentido:

"*agente que indignado com o aumento da tarifa arremessa pedra contra coletivo em movimento. Não se confundem as figuras típicas dos arts. 262 e 264 do CP de 1940, que, não obstante guardem entre si alguma afinidade representada pelo corresponder comum a crime contra a segurança dos meios de transporte, distinguemse fundamentalmente, pelo elemento subjetivo componente de um e de outro dos tipos considerados. No primeiro — art. 262 — o elemento subjetivo que o identifica é o dolo, a vontade deliberada de expor a perigo qualquer meio de transporte público, ou a vontade de impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento. É o intuito de frustrar a prestação do serviço de transporte público genericamente considerado, o que, certamente, é um plus em relação ao elemento subjetivo integrante do tipo descrito no art. 264. Nesse último, ao contrário, vislumbrase o elemento subjetivo no singelo gesto de atirar projétil, na vontade de lançá-lo contra o veículo em movimento, sem qualquer consideração ao propósito consciente de expor a perigo o transporte ou de impedirlhe ou dificultar-lhe o funcionamento. Basta-lhe a vontade livre e consciente de praticar a ação incriminada, sabendo o agente que cria*

possibilidade de causar dano pessoal ou patrimonial” (Tacrim-SP — Rel. Canguçu de Almeida — *Jutacrim* 85/537).

8.2.4.9. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.5. 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 um a 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.

8.2.5.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública no sentido da manutenção dos serviços de utilidade pública.

8.2.5.2. Tipo objetivo

As condutas típicas consistem em:

a) Atentar contra a segurança dos serviços, isto é, torná-los inseguros, perigosos. Ex.: deixar desencapados fios de alta tensão em postes públicos.

b) Atentar contra o funcionamento dos serviços, ou seja, provocar a paralisa-

ção destes. Ex.: cortar os cabos elétricos fazendo faltar luz em uma região.

Não basta à configuração do delito quebrar a luz de um único poste. É necessá-

rio que pessoas indeterminadas sejam ou possam ser atingidas.

Além dos serviços expressamente mencionados no texto legal — água, luz, for-

ça ou calor —, estão também abrangidos os serviços de gás, de limpeza etc., em razão da fórmula genérica contida no dispositivo — "qualquer outro serviço de utilidade pública".

É indiferente que o serviço seja prestado por entidade pública ou particular (concessionárias de serviço público, sociedades de economia mista etc.).

Se existir motivação política na conduta, poderá restar configurado o crime do art. 15 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83).

8.2.5.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o próprio fornecedor do serviço ou algum funcionário da empresa prestadora.

8.2.5.4. Sujeito passivo

A coletividade, além das pessoas eventualmente prejudicadas pela falta ou má prestação do serviço.

8.2.5.5. Consumação

No momento em que o agente realiza a conduta capaz de perturbar a segurança ou o funcionamento do serviço. Trata-se de crime de perigo **abstrato** em que se presume o risco decorrente da ação.

8.2.5.6. Tentativa

É possível.

8.2.5.7. Causa de aumento de pena

Haverá uma agravação de um terço da pena quando o dano ocorrer em razão de furto de material essencial ao funcionamento dos serviços. Ex.: a subtração de fios elétricos.

8.2.5.8. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.6. 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 um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 620

11/4/2011 17:28:44

8.2.6.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública no que diz respeito à regularidade dos serviços telegráficos e telefônicos.

8.2.6.2. Tipo objetivo

O texto legal incrimina aqueles que provocam a interrupção total do serviço e também os que apenas prejudicam seu funcionamento. Pune, ainda, aqueles que, de algum modo, impedem ou criam óbices ao restabelecimento do serviço cujo defeito não foi por eles provocado.

Para a configuração do crime, não basta prejudicar o funcionamento de um aparelho telefônico ou telegráfico, já que o tipo penal tutela o interesse coletivo na manutenção do serviço. É preciso que a conduta afete o serviço de uma região considerável, prejudicando número indeterminado de pessoas (todos os moradores de uma rua ou de um bairro, por exemplo).

O impedimento de contato telefônico entre duas pessoas determinadas configura

o crime do art. 151, § 1º, III, do Código Penal.

8.2.6.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, inclusive os funcionários da prestadora do serviço.

8.2.6.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas prejudicadas por não poderem utilizar o serviço adequadamente.

8.2.6.5. Consumação

No momento em que o agente realiza a conduta descrita no tipo penal. Trata-se de crime de perigo **abstrato**.

8.2.6.6. Tentativa

É possível. Ex.: pessoa flagrada quando estava prestes a cortar os cabos telefô-

nicos que possibilitam o funcionamento dos aparelhos em certa região.

8.2.6.7. Causa de aumento de pena

Se a conduta for cometida por ocasião de calamidade pública, as penas (deten-

ção e multa) serão aplicadas em dobro. São hipóteses de calamidade pública as grandes enchentes, inundações, deslizamentos de encostas de morros etc. Em tais situa-

ções, a necessidade de uso do telefone, por exemplo, se exacerba e a impossibilidade de sua utilização prejudica o socorro e impede ou dificulta que as pessoas atingidas peçam auxílio.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 621

11/4/2011 17:28:44

8.2.6.8. Ação penal

É pública incondicionada.

8.2.7. Quadro comparativo entre os crimes do Capítulo (perigo concreto ou abstrato)

PERIGO CONCRETO

PERIGO ABSTRATO

• Perigo de desastre ferroviário;

• Arremesso de projétil;

• Atentado contra a segurança de transporte marí-

• Atentado contra a segurança de serviço de utili-

timo fluvial ou aéreo;

dade pública;

• Atentado contra outro meio de transporte.

• Interrupção ou perturbação de serviço telegráfi-

co ou telefônico.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 622

11/4/2011 17:28:44

III

DOS CRIMES CONTRA

A SAÚDE PÚBLICA

8.3. DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

8.3.1. Epidemia

Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena — reclusão, de dez a quinze anos.

§ 1º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

8.3.1.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.1.2. Tipo objetivo

Propagar germes patogênicos, que implica difundir, espalhar vírus, bacilos ou protozoários capazes de produzir moléstias infecciosas. Ex.: meningite, sarampo, gripe, febre amarela etc. O crime pode ser praticado por qualquer meio: contamina-

ção do ar, da água, transmissão direta etc.

É necessário, também, que a conduta provoque epidemia, ou seja, surto de uma doença que atinja grande número de pessoas em determinado local ou região. Por isso, a doutrina costuma dizer que se trata de crime de perigo **concreto**. Entendemos, porém, cuidar-se de crime de dano, pois, conforme mencionado, exige a efetiva transmissão da doença a grande número de pessoas. O perigo é para aqueles que ainda não foram contaminados.

Trata-se de crime doloso que pressupõe a específica intenção de provocar a disseminação dos germes. Se a conduta visa apenas à transmissão da moléstia a pessoa determinada, configura-se o crime de lesão corporal.

8.3.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, não apenas os que já estejam contaminados.

8.3.1.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas que forem contaminadas.

8.3.1.5. Consumação

Quando se verifica a epidemia, vale dizer, com a ocorrência de inúmeros casos da doença.

8.3.1.6. Tentativa

É possível na hipótese de o agente propagar os germes patogênicos, mas não provocar a epidemia que vi sava.

8.3.1.7. Causa de aumento de pena

A pena é aplicada em dobro se resulta morte. Quanto ao resultado agravador, é possível que se tenha verificado dolosa ou culposamente, tendo em vista o *quantum* final da pena (que fica entre 20 e 30 anos). Para que se verifique a causa de aumento, basta a ocorrência de uma única morte. O crime de epidemia qualificada pela **morte** é considerado crime hediondo pelo art. 1º, VII, da Lei n. 8.072/90.

8.3.1.8. Modalidade culposa

§ 2º — No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Se a provocação da epidemia for culposa, aplica-se a pena de detenção de um a dois anos e, se dela resulta morte, de dois a quatro anos.

A transmissão não intencional da doença para pessoa determinada, sem a provocação de epidemia, não configura o crime.

8.3.1.9. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.2. Infração de medida sanitária preventiva

Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena — detenção, de um mês a 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.

8.3.2.1. Objetividade jurídica

A incolumidade pública, no sentido da preservação da saúde.

8.3.2.2. Tipo objetivo

O crime em análise é **norma penal em branco**, pois exige complemento por lei ou ato administrativo em que o poder público faça determinação expressa a fim de 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 624

11/4/2011 17:28:44

VIII Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública

625

impedir a introdução no País de doença contagiosa ou a sua propagação. No ano de 2009, o Ministério da Saúde publicou **recomendação** no sentido de que se deveria evitar viagens a países em que a gripe A (H1N1) já se encontrava disseminada, por exemplo, no Chile e na Argentina. O descumprimento a essa recomendação, entretanto, não constituiria crime, já que o tipo penal exige descumprimento a **determinação** do poder público, pressupondo, assim, proibições expressas ou ações imperativas.

Ex.: proibição de viagem e retorno ao Brasil de local onde haja pessoas infectadas.

8.3.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Se for um dos profissionais elencados no parágrafo único (funcionário da saúde pública, médico,

farmacêutico, dentista ou enfermeiro), a pena será aumentada em um terço. Nesse caso, o aumento pressupõe a inobservância do preceito no desempenho das atividades profissionais, e não na vida particular.

8.3.2.4. Sujeito passivo

A coletividade, bem como pessoas que eventualmente venham a ser infectadas.

8.3.2.5. Consumação

Basta o descumprimento da determinação do poder público. Cuida-se, portanto, de crime de perigo **abstrato** em que se presume o risco decorrente da desobediência, sendo desnecessária a efetiva introdução ou propagação da doença contagiosa.

8.3.2.6. Tentativa

É possível.

8.3.2.7. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.3. Omissão de notificação de doença

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notifica-

ção é compulsória:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

8.3.3.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.3.2. Tipo objetivo

O dispositivo em tela constitui **norma penal em branco**, cuja existência pressupõe que o médico desrespeite a obrigação de comunicar doença cuja notificação é 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 625

compulsória, obrigação essa decorrente de lei, decreto ou regulamento administrativo. São exemplos o cólera, a febre amarela, a difteria etc.

A Lei n. 6.259/75 trata da questão da notificação compulsória de doenças. Estabelece seu art. 7º que são de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados: I — de doenças que podem implicar medidas de isolamen-to ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional; II — de doen-

ças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente. A Portaria n. 1.100/96 do Ministério da Saúde complementa o inc. II, elencando o rol de doenças de notificação compulsória.

O art. 8º da referida lei estabelece a obrigação da notificação por parte de médicos e outros profissionais da área da saúde, bem como aos responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino, de casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o art. 7º. Nota-se, entretanto, que o art. 269 considera como crime somente a **omissão do médico**. O

art. 10, VI, da Lei n. 6.437/77, por sua vez, prevê sanções administrativas (multa e ad vertência) ao médico e **outras pessoas** que se omitam na obrigação da notificação compulsória de doença

O art. 10 da referida lei diz que a notificação compulsória de casos de doenças tem caráter sigiloso, obrigando nesse sentido as autoridades sanitárias que a tenham recebido, e seu parágrafo único acrescenta que a identificação do paciente, fora do âmbito médico sanitário, somente poderá efetivar-se, em caráter excepcional, em ca-so de grande risco à comunidade, a juízo da autoridade sanitária e com conhecimento prévio do paciente ou do seu responsável.

Os demais dispositivos da Lei n. 6.259/75 regulamentam as providências que as

autoridades sanitárias devem tomar após a notificação no acompanhamento do paciente a fim de evitar a propagação da doença.

8.3.3.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, que somente pode ser praticado por médico. O profissional não se isenta da responsabilidade ao alegar que a notificação poderia configurar, de sua parte, crime de violação de sigilo profissional, na medida em que este crime só se configura quando não há justa causa para a notificação e, na hipótese em análise, essa justa causa existe por determinação legal. Ademais, conforme acima men cionado, a notificação tem caráter sigiloso.

8.3.3.4. Sujeito passivo

A coletividade, que pode ser prejudicada pela não comunicação da doença, de forma a dificultar ou retardar o combate à sua difusão.

8.3.3.5. Consumação

Cuida-se de crime omissivo próprio, que se consuma no momento em que o médico deixa de observar o prazo previsto em lei, decreto ou regulamento para a efetivação da comunicação. O crime é de perigo **presumido** (abstrato).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 626

11/4/2011 17:28:44

8.3.3.6. Tentativa

É inadmissível, já que se trata de crime omissivo puro.

8.3.3.7. Ação penal

Pública incondicionada.

8.3.4. 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 dez a 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.

8.3.4.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.4.2. Tipo objetivo

Colocar, misturar veneno em água, alimento ou substância medicinal.

Veneno é a substância química ou orgânica que, introduzida no organismo, tem o poder de causar a morte ou sérios distúr bios na saúde da vítima.

Para que haja o crime, o agente deve querer a contaminação de água potável, de uso **comum** ou **particular**. Na realidade, como se cuida de delito de perigo comum, só haverá crime se a água se destinar ao consumo de toda a coletividade ou ao consumo particular de pessoas indeterminadas (hóspedes de um hotel, detentos de uma prisão, funcionários de uma repartição etc.). Assim, o envenenamento da água contida numa garrafa ou num copo o qual se sabe que será ingerida por pessoa determinada caracteriza crime de lesões corporais ou homicídio.

Há crime, também, se o envenenamento recai em alimentos ou em remédios que se destinam à distribuição a pessoas indeterminadas (que estejam em depósito para distribuição, em prateleira de supermercado etc.).

8.3.4.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

8.3.4.4. Sujeito passivo

A coletividade.

8.3.4.5. Consumação

Quando a substância envenenada é colocada em situação na qual possa ser consu-mida por número indeterminado de pessoas. Cuida-se de crime de perigo **abstrato**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 627

11/4/2011 17:28:44

8.3.4.6. Tentativa

É possível.

8.3.4.7. Figuras equiparadas

O § 1º do art. 270 prevê duas figuras equiparadas, para as quais aplica-se a mesma pena do *caput*, incriminando quem:

a) ***Entrega a consumo água ou substância envenenada por outrem.*** É evi -

dente que, por se tratar de figura equiparada, a punição se dá a título de dolo.

b) ***Tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou substância***

en venenada por outrem. Essa figura consuma-se com o ato de ter a água ou substância em depósito, ainda que o agente não consiga atingir sua finalidade de distribuí-la. Trata-se, portanto, de crime **formal**. O crime é também permanente, sendo possível a prisão em flagrante enquanto a água ou substância estiver em depósito.

8.3.4.8. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado

(lesão grave ou morte). Em havendo dolo quanto ao evento morte, o agente responde por homicídio doloso qualificado pelo envenenamento. Da mesma forma, se a provocação de lesão grave é intencional, o agente responde por crime de lesão corporal (em concurso com o crime contra a saúde pública).

A Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em sua redação originária, considerava o crime em estudo, quando qualificado pelo resultado morte, de natureza hedionda. Posteriormente, a Lei n. 8.930/94 alterou referida lei e excluiu tal figura do rol dos delitos hediondos.

8.3.4.9. Distinção

O crime em estudo não foi revogado pelo art. 54 da Lei n. 9.605/98 que pune a poluição de águas. Com efeito, o delito do Código Penal possui pena muito maior porque diz respeito ao **envenenamento** de água potável, enquanto o delito da lei ambiental pune a poluição por outro tipo de substância.

8.3.4.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.4.11. Modalidade culposa

Art. 270, § 1º — Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 628

11/4/2011 17:28:44

A modalidade culposa aplica-se tanto à figura do envenenamento descrita no *caput* como às formas equiparadas do § 1º.

8.3.4.12. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se em decorrência do

crime culposo resultar lesão corporal, ainda que leve, a pena será aumentada em metade e, se resultar morte, será aplicada a pena do crime de homicídio culposo aumentada em um terço.

8.3.4.13. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, salvo se resultar lesão ou morte, hipóteses em que a pena máxima supera dois anos.

8.3.5. Corrupção ou poluição de água potável

Art. 271. Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

8.3.5.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.5.2. Tipo objetivo

Água potável é aquela apta ao consumo (ingestão, banho etc.). Existem águas correntes que são potáveis, porém, em sua maior parte não o são, devendo ser colhidas (em rios, açudes, represas) e submetidas a tratamento pelas empresas responsá-

veis. Assim, quem poluir ou corromper água, de uso comum ou particular, apta ao consumo humano, incorre no crime em análise.

Por sua vez, em seu tratando de poluição lançada sobre água não potável, haverá o crime do art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/98 e, caso tal poluição torne necessária a interrupção do abastecimento público de água em uma comunidade, estará presente o crime qualificado do art. 54, § 1º, III, da mesma lei.

Quando se diz que determinadas águas não são potáveis, não se quer dizer necessariamente que estejam poluídas. Conforme já mencionado, as águas de rios e represas, normalmente, não são potáveis, devendo passar por processos de filtragem e de-cantação para a retirada de impurezas naturais (sujeira, coliformes fecais de animais, detritos provenientes de algas, micro-organismos etc.) e

adição de cloro antes de serem destinadas ao consumo humano. Caso, todavia, alguém lance esgoto ou substâncias nocivas em rio ou represa que sirva à coleta para fornecimento a uma comunidade, incorre no crime do art. 54, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98, porque não se trata de água potável. Caso, porém, se trate de água já tratada ou que seja naturalmente potá-

vel, a conduta tipifica o crime mais grave do art. 271 do Código Penal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 629

11/4/2011 17:28:44

8.3.5.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

8.3.5.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas prejudicadas por não poderem fazer uso da água ou por terem feito uso da água poluída.

8.3.5.5. Consumação

Trata-se de crime **material**, que só se consuma quando a água se tornar impró-

pria para o consumo de número indeterminado de pessoas. Com a poluição, presume-se o risco à coletividade (perigo **abstrato**).

8.3.5.6. Tentativa

É possível quando o agente lança sujeira na água, mas não a torna imprópria para o consumo.

8.3.5.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro.

Essas hi-póteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte). Em havendo dolo quanto ao evento morte, o agente responde por homicídio doloso. Da mesma forma, se a provocação de lesão grave é intencional, o agente responde por crime de lesão corporal (em concurso com o crime contra a saúde pública).

8.3.5.8. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.5.9. Modalidade culposa

Art. 271, parágrafo único — Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de dois meses a um ano.

Trata-se da hipótese em que a poluição é causada por imprudência, negligência ou imperícia.

8.3.5.10. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se em decorrência do crime culposo resultar lesão corporal, ainda que leve, a pena será aumentada em metade e, se resultar morte, será aplicada a pena do crime de homicídio culposo aumentada em um terço.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 630

11/4/2011 17:28:45

8.3.5.11. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, salvo se resultar morte, hipótese em que a pena máxima supera dois anos.

8.3.6. 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 quatro a oito anos.

8.3.6.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.6.2. Tipo objetivo

O dispositivo, com a redação dada pela Lei n. 9.677/98, pune as seguintes condutas:

a) ***corromper* —** sinônimo de estragar, tornar podre, desna turar; **b)** ***falsificar* —** empregar substâncias diferentes das que entram na composi-

ção de um alimento, ou seja, o agente, no momento em que fabrica ou produz o alimento, utiliza substância diversa da que devia;

c) ***adulterar ou alterar* —** modificar para pior a substância alimentícia anteriormente fabricada ou produzida.

Para a existência do crime, a lei exige que, com a conduta, o alimento ou substância alimentícia tornem-se **nocivos à saúde** ou tenham seu valor nutritivo diminuí-

do. No primeiro caso, é necessária a demonstração de que, com a ingestão do alimento, haverá consequências maléficas para a saúde do consumidor (uso de água poluída ou de leite estragado na produção de alimento etc.). Na segunda hipótese, deve-se demonstrar que a conduta do agente reduziu a perfeição calórica, proteica etc. (adi-

ção de água pura em leite ou de carne de segunda em salsichas ou linguiças).

Trata-se de crime de perigo **concreto**, que exige prova de que o produto se tornou nocivo à saúde ou teve seu valor nutritivo reduzido.

O objeto material do crime é a substância alimentícia (qualquer substância que entre na produção do alimento) ou o próprio alimento destinado a consumo, ou seja, a ser consumido por número indeterminado de pessoas, pela população em geral. É, pois, crime de perigo **comum**.

8.3.6.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 631

11/4/2011 17:28:45

8.3.6.4. Sujeito passivo

A coletividade e eventualmente pessoas afetadas pelo produto corrompido.

8.3.6.5. Consumação

No exato instante em que o agente corrompe, adultera, falsifica ou altera a coisa. Por se tratar de crime de perigo, não se exige o efetivo malefício às vítimas. Se da ação resultar lesão grave ou morte, o crime será considerado qualificado, aplicando-se as penas contidas no art. 258 (remissão feita pelo art. 285).

8.3.6.6. Tentativa

Apesar de difícil a constatação, é admissível, já que o *iter criminis* pode ser cindido.

8.3.6.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte). Em havendo dolo quanto ao evento morte, o agente

responde por homicídio doloso. Da mesma forma, se a provocação de lesão grave é intencional, o agente responde por crime de lesão corporal (em concurso com o crime contra a saúde pública).

8.3.6.8. Figuras equiparadas

a) Nos termos do art. 272, § 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*".

O objeto material é o mesmo. O dispositivo acrescenta algumas condutas típicas, como vender, exportar à venda etc.

A venda ou exposição à venda de alimento com data de validade vencida, se não demonstrada sua efetiva nocividade à saúde, constitui crime do art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90: "*vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matériaprima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo*". O art. 18, § 6º, I, da Lei n. 8.078/90 complementa esse dispositivo estabelecendo que, para ser considerado impróprio para o consumo, basta que o produto esteja com data de validade vencida.

Saliente-se que o art. 18, § 6º, II, da Lei n. 8.078/90 dispõe que também se considera impróprio para o consumo o produto corrompido, adulterado, alterado, falsificado ou nocivo à saúde. Contudo, a redação atual do art. 272 é posterior e tem pena maior, de modo que prevalece sua incidência em relação ao delito da Lei n. 8.137/90, quando se demonstra a nocividade do alimento.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 632

11/4/2011 17:28:45

b) O § 1º, por sua vez, esclarece que "*está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico*" (cerveja, uísque, guaraná, suco etc.).

Aqui o objeto material se altera para acrescentar as bebidas com ou sem teor alcoólico.

8.3.6.9. Substância destinada à falsificação

O art. 277 do Código Penal pune quem vende, expõe à venda, tem em depósito ou cede substância destinada à falsificação de produtos alimentícios (bromato de potássio, sulfito de sódio). A pena é de reclusão, de um a cinco anos, e multa.

8.3.6.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.6.11. Modalidade culposa

Art. 272, § 2º — Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de um a dois anos, e multa.

Pune o agente que por imprudência, negligência ou imperícia dá causa à adulteração, corrupção etc.

8.3.6.12. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se em decorrência do crime culposo resultar lesão corporal, ainda que leve, a pena será aumentada em metade e, se resultar morte, será aplicada a pena do crime de homicídio culposo aumentada em um terço.

8.3.6.13. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, salvo se resultar lesão ou morte, hipóteses em que a pena máxima supera dois anos.

8.3.7. 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 dez a quinze anos, e multa.

8.3.7.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 633

11/4/2011 17:28:45

8.3.7.2. Tipo objetivo

O presente dispositivo sofreu duas importantes alterações no ano de 1998

ante o grande número de notícias acerca da enorme quantidade de medicamentos falsos vendidos no País. A primeira delas, Lei n. 9.677/98, modificou o tipo penal antes existente e aumentou a pena para reclusão, de dez a quinze anos, e multa (a pena anterior era de um a três anos). A segunda, Lei n. 9.695/98, incluiu esse delito no rol dos crimes hediondos, passando a constar no art. 1º, VII-B, da Lei n. 8.072/90.

As condutas típicas são as mesmas do delito anterior, que, entretanto, devem recair sobre produto destinado a fim terapêutico ou **medicinal** (objeto material).

Abrange os medicamentos destinados para cura, melhora, controle ou prevenção de doenças de número indeterminado de pessoas ou a serem utilizados em tratamentos médicos (moderadores de apetite, anabolizantes, anestésicos, analgésicos etc.). O

medicamento pode ser alopático ou homeopático.

Estão abrangidos no dispositivo, além dos medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico (§ 1º-A).

Como a antiga redação exigia que a conduta tornasse o produto nocivo à saúde, requisito não repetido na atual legislação, pode-se concluir que o delito atualmente é de perigo **presumido**. É evidente, entretanto, que essa faceta é

questionada pela doutrina em face do princípio da lesividade quando se trata, por exemplo, de mera falsificação de frasco de vitamina C ou de um batom.

8.3.7.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa.

8.3.7.4. Sujeito passivo

A coletividade e, eventualmente, as pessoas afetadas pelo crime.

8.3.7.5. Consumação

No instante em que o agente corrompe, falsifica, adultera ou altera o produto, independentemente de qualquer resultado ou do efetivo consumo por qualquer pessoa. Como já mencionado, trata-se de crime de perigo. Se em virtude de eventual nocividade do medicamento ou da ausência de seus efeitos no doente sobrevém lesão grave ou morte (ou a aceleração desses resultados), serão aplicadas as qualificadoras do art. 258 (com a remissão do art. 285), desde que a lesão grave ou morte sejam culposas (delito **preterdoloso**). À toda evidência, porém, o resultado agravador em geral decorre de dolo (ao menos eventual), hipótese em que há concurso material entre o homicídio doloso e o delito em estudo.

8.3.7.6. Tentativa

É possível.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 634

11/4/2011 17:28:45

8.3.7.7. Figuras equiparadas

A lei pune com as mesmas penas quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo

produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, bem como pratica tais ações previstas em relação a produtos em quaisquer das seguintes condições (§ 1º-B):

"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."

A propósito do inc. I: "*Não se pode trancar ação penal por atipicidade, quando a conduta imputada constitui crime em tese. 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 legisla*

ção penal especial" (STJ — 5ª Turma — RHC 12.264-RS — Rel. Min. Gilson Dipp

— j. 10.12.2002 — v.u. — *DJU* 10.03.2003, p. 243); e "*Crime de exposição à venda de produto sem registro no Ministério da Saúde. Art. 273, § 1º, alínea b, inc. I, do Código Penal. Cacau/chocolate. Produtos dietéticos, listados no anexo II da resolu*

ção n. 23 da Anvisa. Obrigatoriedade do registro".

8.3.7.8. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.7.9. Modalidade culposa

Art. 273, § 2º — Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de um a três anos, e multa.

Pune o agente que por imprudência, negligência ou imperícia dá causa à adulteração, corrupção etc.

8.3.7.10. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se em decorrência do crime culposo resultar lesão corporal, ainda que leve, a pena será aumentada em metade e, se resultar morte, será aplicada a pena do crime de homicídio culposo aumentada em um terço.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 635

11/4/2011 17:28:45

8.3.7.11. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.7.12. Substância destinada à falsificação

O art. 277 do Código Penal pune quem vende, expõe à venda, tem em depósito ou cede *substância destinada à falsificação* de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais. A pena é de reclusão, de um a cinco anos, e multa.

8.3.7.13. Outras condutas ilícitas relacionadas

Os arts. 274 a 276 do Código Penal, todos com redação alterada pela Lei n. 9.677/98, punem, com penas de reclusão de um a cinco anos, e multa, as seguintes condutas ilícitas:

a) *empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legisla*

ção sanitária (art. 274);

b) *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* (art. 275); **c)** *vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275* (art. 276).

Esses tipos penais também não exigem demonstração da nocividade dos produtos.

8.3.8. 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 um a três anos, e multa.

8.3.8.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.8.2. Tipo objetivo

Para a tipificação do crime em estudo, é necessário que a coisa ou substância seja nociva à saúde, isto é, que seja capaz de provocar dano orgânico ou psicológico às pessoas que dele se utilizem. Se o exame pericial constatar a nocividade, ainda que baixa, estará aperfeiçoado o ilícito penal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 636

11/4/2011 17:28:45

Requisito do crime é que a substância ou coisa sejam destinadas ao **consumo público**.

O objeto material pode ser uma pomada, um inseticida, veneno para rato etc.

Caso se trate de produto alimentício ou medicinal, estarão configurados crimes mais graves descritos nos arts. 272 e 273, de modo que o crime em estudo é subsidiário.

Entendemos que, se houver relação de consumo, por ser o adquirente o destinatário final do produto (art. 2º da Lei n. 8.078/90), estará tipificado o crime do art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, que pune com detenção, de dois a cinco anos, ou multa, quem vende, tem em depósito para vender ou expõe à venda, ou de qualquer forma, entrega matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias para o consumo. É

que o art. 18, § 6º, inc. II, da Lei n. 8.078/90 define que todo produto nocivo ao consumidor é impróprio para o consumo.

8.3.8.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa.

8.3.8.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas que eventualmente sofram algum dano em decorrência do crime.

8.3.8.5. Consumação

No momento da realização da conduta típica, independentemente de qualquer resultado. Trata-se de crime de perigo **abstrato**.

8.3.8.6. Tentativa

É possível.

8.3.8.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte). Em havendo dolo quanto ao evento morte, o agente responde por homicídio doloso. Da mesma forma, se a provocação de lesão grave é intencional, o agente responde por crime de lesão corporal (em concurso com o crime contra a saúde pública).

8.3.8.8. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 637

11/4/2011 17:28:45

8.3.8.9. Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de dois meses a um ano.

Quando a conduta for decorrente da falta de cuidado ou de atenção por parte do agente.

8.3.8.10. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se em decorrência do crime culposo resultar lesão corporal, ainda que leve, a pena será aumentada em metade e, se resultar morte, será aplicada a pena do crime de homicídio culposo aumentada em um terço.

8.3.8.11. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto

no caso de evento morte, em que a pena máxima supera dois anos.

8.3.9. Medicamento em desacordo com receita médica

Art. 280. Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica: Pena — detenção, de um a três anos, e multa.

8.3.9.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.9.2. Tipo objetivo

A conduta típica é fornecer, isto é, entregar a substância medicinal. A entrega pode ser dar a título oneroso ou gratuito. Substância medicinal é aquela destinada à cura, melhora, controle ou prevenção de moléstias.

O tipo penal pressupõe que o fornecimento seja feito em **desacordo** com a receita emitida pelo médico. Essa divergência pode dizer respeito à espécie, quantidade ou qualidade da substância. Não há crime, entretanto, quando o princípio ativo é o mesmo, tratando-se de medicamento genérico.

No caso de a receita ter sido emitida por outro profissional que não médico, a entrega em desacordo com a receita é atípica. Ex.: receita emitida por dentista.

Se o farmacêutico entender que a receita está errada, deverá observar o que dispõe o art. 254 do Regulamento do Departamento Nacional da Saúde: "*Para aviar uma receita que lhe pareça perigosa, deverá o farmacêutico consultar o médico, que retificará ou fará declaração expressa e escrita de que assume a responsabilidade da mesma, declaração que o farmacêutico copiará no livro de registro do receituário e* 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 638

11/4/2011 17:28:45

na própria receita, que ficará em seu poder". Caso, todavia, o médico não seja encontrado e a situação seja de urgência, o farmacêutico deverá corrigir a

receita, estando, nesse caso, acobertado pela excludente do estado de necessidade.

8.3.9.3. Sujeito ativo

Normalmente o farmacêutico. O crime, entretanto, pode ser praticado por qualquer funcionário de uma farmácia (balconista, atendente etc.).

8.3.9.4. Sujeito passivo

Costuma-se dizer que é a coletividade; contudo, somente fica exposta efetivamente a risco a pessoa a quem a substância foi entregue para dela fazer uso.

8.3.9.5. Consumação

Cuida-se de crime **formal**, que se consuma no momento em que a substância é entregue, ainda que o destinatário, posteriormente, dela não faça uso. Trata-se, ainda, de crime de perigo **abstrato**.

8.3.9.6. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hi-póteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte). Em havendo dolo quanto ao evento morte, o agente responde por homicídio doloso. Da mesma forma, se a provocação de lesão grave é intencional, o agente responde por crime de lesão corporal (em concurso com o crime contra a saúde pública).

8.3.9.7. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.9.8. Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena — detenção, de dois meses a um ano.

A conduta culposa se mostra presente quando o agente, normalmente o farmacêutico, mostra-se descuidado na análise da receita ou na preparação da substância (em farmácia de manipulação), fornecendo medicamento em desacordo com o constante da receita.

8.3.9.9. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se em decorrência do crime culposo resultar lesão corporal, ainda que leve, a pena será aumentada em 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 639

11/4/2011 17:28:46

640 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

metade e, se resultar morte, será aplicada a pena do crime de homicídio culposo aumentada em um terço.

8.3.9.10. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto no caso de evento morte, em que a pena máxima supera dois anos.

8.3.10. 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 seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

8.3.10.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.10.2. Tipo objetivo

O exercício de determinadas profissões exige conheci mento técnico e teórico

bastante aprofundado; por isso, são fiscalizados pelo Poder Público. É o que ocorre com a medi cina, a odontologia e a farmácia, em que o exercício da profissão por pessoa não capacitada pode gerar danos à saúde pública. Por esse motivo, incriminou o legislador o exercício ilegal dessas profissões.

Prevê o dispositivo duas condutas típicas:

a) *Exercer a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal.*

Trata-se de crime **comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa que não possua diploma universitário ou seu registro no Departamento Nacional de Saúde.

Assim, comete o crime aquele que, sem possuir tal registro, mantém consultório para atender clientes, expede receitas, ministra tratamentos, realiza cirurgias etc.

Nos termos da lei, o crime existe ainda que o fato ocorra a título gratuito, mas, se o agente visa ao lucro, será aplicada também a pena de multa, nos termos do parágrafo único.

A propósito: "*Acusado que se diz biologista mas exerce atos próprios dos médicos. Exames e diagnósticos dos clientes, prescrevendolhes medicamentos.*

Habitua lidade na prática de tais atos. A prática de atos de natureza clínica médica por pessoa leiga constitui fato típico, desde que executados com a habitualidade exigida pelo art. 282 do CP" (Tacrim-SP — Rel. Gonçalves sobrinho — *RT* 430/380);

"*Comete o delito de exercício ilegal quem se faz passar por 'doutor', sem ter concluído qualquer curso universitário, mantendo consultório, expedindo receitas e divulgando avisos pelo rádio sobre os dias em que irá clinicar no interior do município*" (TARS — Rel. Wolney Santos — *RT* 451/467); "*Acusado que, não sendo* 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 640

11/4/2011 17:28:46

médico, atendia como ortopedista e traumatologista. Perigo daí resultante. A traumatologia e a ortopedia são especialidades médicas que, exercidas por leigo, com habitualidade, configuram o exercício ilegal da medicina, como crime de perigo que é, não exigindo a lei qualquer lesão ou prejuízo a terceiro. Basta a potencialidade do dano" (TARS — RE Alaor Wiltgen Terra — *RT* 446/485).

A pessoa que se dedica às atividades de parteira, não se tratando de caso de estado de necessidade pela ausência de médico na região, comete o crime em estudo.

Quem exerce as funções de veterinário sem ser habilitado comete exercício ilegal de profissão — art. 47 da Lei das Contravenções Penais — já que a hipótese não é mencionada no art. 282.

O protético que passa a exercer atividades próprias do dentista comete exercício ilegal da odontologia.

b) *Exercer a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, excedendo-lhe os limites.*

Cuida-se de crime **próprio** que somente pode ser cometido por quem é médico, dentista ou farmacêutico e, no exercício de sua profissão, extrapola os seus limites.

É o que ocorre, por exemplo, quando um dentista faz cirurgia no tórax da vítima; quando um farmacêutico passa a atender clientes e expedir receitas; quando um mé-

dico passa a clinicar fora de sua especialidade etc.

8.3.10.3. Sujeito ativo

Conforme já mencionado, na primeira figura pode ser cometido por qualquer pessoa e, na segunda, apenas por médicos, dentistas ou farmacêuticos que extrapo-lem os limites de sua profissão.

8.3.10.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas que tenham sido atendidas pelo agente.

8.3.10.5. Consumação

Com a habitualidade, ou seja, com a reiteração de condutas privativas de médicos, dentistas ou farmacêuticos, ou pela repetição de atos em que o agente extrapole os limites de sua profissão.

Trata-se de crime de perigo **abstrato**, que se configura ainda que se prove que o agente, embora não fosse médico, por exemplo, clinicava com extrema competência.

8.3.10.6. Tentativa

Inadmissível, pois, ou existe a reiteração de atos e o crime está consumado, ou não existe e o fato é atípico.

8.3.10.7. Estado de necessidade

Tem-se admitido a excludente do estado de necessidade em casos em que a atividade é exercida em locais longínquos onde não existe profissional legalmente 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 641

11/4/2011 17:28:46

habilitado. Nesse sentido: "*Onde não há médicos e a comunicação com lugares de maiores recursos é difícil, não pratica o exercício ilegal da medicina o leigo que, valendose de sua experiência e de seus rudimentares conhecimentos, faz curativos, ministra e prescreve medicamentos, sem comprometer a saúde dos que dele se socorrem*" (*Jutacrim* 81/299); "*Punir-se por exercício ilegal da medicina um farmacêutico que, no sertão, na falta, ainda que momentânea, de médico, atende casos simples, fornecendo remédios a doentes, é solução que o Judiciário tem repudiado em vários arestos*" (*RT* 264/56); "*Reconhecese o estado de necessidade em favor de quem exercita ilegalmente a arte dentária na zona rural, distante dos grandes centros e onde inexiste profissional habilitado*" (TJSC — Rel. Trompowsky Taulois

— *RT* 547/366).

8.3.10.8. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente preterdolosas, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte). Ex.: o falso médico que, durante o tratamento, acaba dando causa à morte por falta de experiência ou conhecimentos aprofundados sobre determinado distúr-bio ou doença.

Se restar demonstrado que houve dolo eventual em relação ao evento morte, o agente responde por homicídio doloso em concurso material com o crime simples do art. 282.

8.3.10.9. Distinção

a) O exercício ilegal de outras profissões, por exemplo, da advocacia, pode configurar a contravenção penal descrita no art. 47 da Lei das Contravenções Penais.

b) O crime do art. 282 não se confunde com o delito de curandeirismo (art. 284).

Neste, o agente se dedica à cura de moléstias por meios extravagantes, não científicos, sendo pessoa sem conhecimentos técnicos da medicina. Naquele, o sujeito ativo é pessoa com alguma aptidão e conhecimento técnico em relação à profissão (enfermeiros, práticos, estudantes de medicina, leigos com algum conhecimento etc.), que procura aplicar métodos científicos imitando os procedimentos médicos.

A propósito: "*No exercício ilegal da medicina, o agente demonstra aptidões e alguns conhecimentos da arte médica, ministrando remédios da farmacopeia oficial; no curandeirismo, o sujeito ativo é pessoa ignorante e rude, que se dedica à cura de moléstia por meios extravagantes e grosseiros*" (Tacrim-SP — Rel. Silva Rico

— *Jutacrim* 87/393).

8.3.10.10. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.11. Charlatanismo

Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa.

8.3.11.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.11.2. Tipo objetivo

Charlatão é o golpista que ilude a boa-fé dos doentes, inculcando ou anunciando cura por meio secreto ou infalível, ciente de que a afirmação é falsa. Normalmente o agente toma essa atitude visando à obtenção de lucro. Tal intento, entretanto, não é pressuposto do delito.

8.3.11.3. Sujeito ativo

Pode o crime ser praticado por qualquer pessoa, inclusive médico, desde que esteja de má-fé. Trata-se de crime **comum**.

8.3.11.4. Sujeito passivo

A coletividade e as pessoas que tenham sido atendidas pelo agente.

8.3.11.5. Consumação

No momento em que o agente inculca (afirma, recomenda) ou anuncia (divulga, propaga) o método secreto ou infalível de cura. Trata-se de crime de perigo **abstrato**, que se configura ainda que ninguém tenha se submetido ao falso tratamento.

8.3.11.6. Tentativa

É possível.

8.3.11.7. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hi-póteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte).

8.3.11.8. Distinção

O charlatanismo não se confunde com o exercício ilegal da medicina, uma vez que neste o agente acredita no tratamento recomendado, enquanto naquele o agente não crê na eficácia do meio de cura que anuncia.

Não se confunde também com o curandeirismo, que, por sua vez, é crime mais grave e pressupõe que o agente prescreva, ministre ou aplique medicamento.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 643

11/4/2011 17:28:46

8.3.11.9. Ação penal

É pública incondicionada.

8.3.12. Curandeirismo

Art. 284. Exercer o curandeirismo:

I — prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II — usando gestos, palavras ou qualquer meio;

III — fazendo diagnósticos:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

8.3.12.1. Objetividade jurídica

A saúde pública.

8.3.12.2. Tipo objetivo

O curandeiro é pessoa sem conhecimentos técnicos e científicos e que deixa isso claro às pessoas, mas que as faz acreditar que pode curar por meio de rezas, passes, ervas, essências, benzeduras, intervenções espirituais etc. A propósito: "*Qualquer princípio de crença a serviço da arte de curar é nocivo à saúde física e moral do povo e, portanto, constitui crime*" (STF — Rel. Lafayette de Andrada — *RT* 310/746);

"*Quem prescreve o uso de água fria, com a aposição de mãos e invocação de forças sobrenaturais, para cura de doença, pratica o curandeirismo, que é crime contra a saúde pública*" (TJRS — Rel. Mário Boa Nova Rosa — *RF* 204/345).

Trata-se de crime de ação vinculada, uma vez que o legislador descreve de forma pormenorizada as condutas típicas que o configuram:

a) Prescrever, ministrar ou aplicar, habitualmente, qualquer substância.

Prescrever é receitar. *Ministrar* é entregar algo para que seja consumido.

Aplicar é injetar, administrar. O objeto da conduta, nos termos da lei, pode ser qualquer substância (de origem animal, vegetal ou mineral, inócua ou não).

É necessário, ainda, que o agente prescreva, ministre ou aplique a substância a pretexto de cura ou de prevenção de doença. Trata-se, entretanto, de crime mais grave que o charlatanismo, no qual o agente se limita a *anunciar, afirmar* a existência de cura secreta ou infalível.

b) Usar gestos, palavras ou qualquer outro meio como método de cura.

Gestos são os passes. *Palavras* são as rezas, benzeduras. Além disso, a lei se utiliza de uma fórmula genérica, punindo quem, por qualquer outro meio, exerce práticas inócuas e fantasiosas no sentido de curar alguém (magias, simpatias

etc.).

c) Fazer diagnósticos, ou seja, afirmar a existência de uma doença com base nos sintomas apresentados pelo paciente. O diagnóstico somente pode ser 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 644

11/4/2011 17:28:46

VIII Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública

645

feito por médicos, e, por isso, responde por curandeirismo o agente que realiza essa conduta.

8.3.12.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, desde que não dotada de conhecimentos técnicos de medicina, pois, conforme já mencionado, responde por exercício ilegal dessa profissão aquele que possui tais conhecimentos, ainda que parcialmente, mas não tem diploma ou registro que o habilite a exercê-la.

A propósito: "*O curandeirismo é uma especial modalidade do crime de exercício ilegal da medicina, consagrada como figura autônoma. No seu exercício a arte de curar despe-se inteiramente dos seus atributos científicos; serve-se da credulidade ingênua, da ignorância e, sobretudo, da superstição*" (Tacrim-SP — Rel. Dante Busana — *Jutacrim* 75/355); "*Apelos obscurantistas aptos a ilaquear a fé de pessoas humildes ou desesperadas de tratamentos médicos convencionais, bem como a utilização de substâncias grosseiras para as prometidas curas, arredando desde o início caráter científico da atividade, caracterizam o delito de curandeirismo e não exercí-*

cio ilegal de medicina" (TARS — Rel. Aristides de Albuquerque Neto).

A liberdade de crença e de culto asseguradas no art. 5º, VI, da Constituição Federal não exclui o crime quando padre, pastor ou líder religioso deixa de lado a pregação da fé e passa a atos concretos de tratamento da saúde de fiéis doentes por meio de benzeduras, tratamentos místicos, passes, ministração de óleos sem poder de cura etc.

8.3.12.4. Sujeito passivo

A coletividade e a pessoa submetida ao crivo do curandeiro.

O curandeirismo é crime de perigo **abstrato**, cuja existência dispensa prova de que pessoa determinada foi exposta a perigo efetivo. A lei presume que a prática dos atos descritos no dispositivo colocam em risco a saúde pública. Nesse sentido: "*O*

curandeirismo é crime de perigo e não de dano, caracterizandose exatamente pela situação de perigo que o fato criminoso estabelece para um número indeterminado e indefinido de pessoas. Por isso mesmo, desde que comprovada a ocorrência do delito, não há necessidade de se indicarem nominalmente os indivíduos a que se tenha ministrado a terapêutica proibida" (Tacrim-SP — Rel. Henrique Machado —

RT 318/349).

8.3.12.5. Consumação

Apesar de só haver menção expressa em relação à habitualidade na hipótese do inc. I, é pacífico que se exige tal requisito em todas as formas do delito (incs. I, II e III). Trata-se, assim, de crime **habitual**, que somente se consuma com a reiteração de condutas.

8.3.12.6. Tentativa

Inadmissível por se tratar de crime habitual.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 645

11/4/2011 17:28:46

8.3.12.7. Intenção de lucro

Nos termos do art. 284, parágrafo único, se o crime for cometido com intuito de

lucro, será aplicada também pena de multa.

8.3.12.8. Causas de aumento de pena

Nos termos do art. 285, em combinação com o art. 258, se resulta lesão grave, a pena será aumentada em metade e, se resulta morte, será aplicada em dobro. Essas hipóteses são exclusivamente **preterdolosas**, ou seja, pressupõem dolo na conduta inicial (crime contra a saúde pública) e culpa em relação ao resultado (lesão grave ou morte). Ex.: vítima que, acreditando nos métodos do curandeiro, deixa de procurar médicos e tratamentos adequados e acaba falecendo.

A propósito: "*A ratio essendi da punição dos curandeiros está justamente na repressão do perigo que representa o desvio, por eles propiciado, daqueles que deveriam buscar um médico, para uma consulta regular, entravando o processo da cura, pelo retardamento e tornando impossível, às vezes, a recuperação da saúde*" (Tacrim-SP — Rel. Manoel Pedro — *RT* 368/254).

8.3.12.9. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

8.3.13. Quadro comparativo entre os crimes do Capítulo (perigo concreto ou abstrato)

PERIGO CONCRETO

PERIGO ABSTRATO

• Epidemia;

• Todos os demais crimes do Capítulo.

• Falsificação ou adulteração de produto alimentício.

8.4. QUESTõES (CAPÍTULOS I, II E III)

1. (Ministério Público/SC — 2008)

I. O crime denominado de invólucro ou recipiente com falsa indicação previsto no art. 275

do CP, para a sua ocorrência, não se exige qualquer espécie de nocividade, quer positiva, quer negativa.

II. A falsidade visada no crime de falsidade ideológica é aquela que se refere ao conteúdo do documento.

III. O crime de concussão se consuma com a obtenção da vantagem.

IV. O crime de omissão de socorro previsto no Código de Trânsito se aplica ao condutor do veículo não causador do acidente.

V. O crime de inundação é de perigo abstrato.

a) apenas I, II e III estão corretos;

b) apenas I, II e IV estão corretos;

c) apenas II, III e IV estão corretos;

d) apenas I, IV e V estão corretos;

e) apenas II, IV e V estão corretos.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 646

11/4/2011 17:28:46

Resposta: " b". A alternativa E está errada porque o crime de inundação é de perigo concreto.

Por sua vez, o crime do art. 275, mencionado na alternativa A, realmente não pressupõe nocividade do produto, nos termos da nova redação dada pela Lei n. 9.677/98.

2. Sobre o crime de perigo de inundação, previsto no Código Penal, é correto afirmar: a) O elemento subjetivo é tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito.

b) Só se consuma com a efetiva inundação.

c) Trata-se de crime de perigo concreto, exigindo a causação de risco para a incolumidade pública.

d) Sujeito ativo do delito é apenas o proprietário do imóvel em que se encontra o obstáculo ou a obra destinada a impedir inundação.

e) Para sua caracterização, basta a ocorrência de perigo eventual.

Resposta: " c". O crime de inundação é mesmo de perigo concreto. A alternativa A está errada porque o crime de perigo de inundação não admite modalidade culposa. A hipótese B está er rada porque, ao contrário do mencionado, o crime de perigo pressupõe a não ocorrência da inundação. A alternativa D contém equívoco, uma vez que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e não apenas o dono do imóvel. A alternativa E está errada porque é necessário perigo concreto e não eventual.

3. (Defensoria Pública/SP — II concurso) Admitem a forma culposa os seguintes crimes no Código Penal:

a) homicídio, lesão corporal, dano, receptação e incêndio.

b) receptação, incêndio, explosão, perigo de inundação e desabamento.

c) difusão de doença ou praga, apropriação indébita, lesão corporal e perigo de desastre ferroviário.

d) homicídio, lesão corporal, explosão, uso de documento falso e ato obsceno.

e) receptação, incêndio, explosão, desabamento e difusão de doença ou praga.

Resposta: " e". O crime culposo de difusão de doença ou praga não foi revogado pela Lei Ambiental. Não admitem a forma culposa os crimes de dano (alternativa A), perigo de inundação (alternativa B), apropriação indébita e perigo de desastre ferroviário (alternativa C) e uso de documento falso e ato obsceno (alternativa D).

4. (Delegado de Polícia/SP — 2001) Pessoa que anuncia cura de doença, por meio secreto ou infalível, pratica:

a) curandeirismo;

b) exercício ilegal da medicina;

c) charlatanismo;

d) exploração da credulidade pública.

Resposta: " c". O enunciado se enquadra na descrição do art. 283 do Código Penal, que trata do crime de charlatanismo.

5. (Delegado de Polícia/SP — 2008) Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa, tipifica:

a) crime material.

b) contravenção penal referente à incolumidade pública.

c) crime de desabamento, previsto no Código Penal.

d) crime contra a administração pública.

e) contravenção penal referente à paz pública.

Resposta: " b". O enunciado amolda-se ao tipo penal da contravenção descrita no art. 29 da Lei das Contravenções e se refere à incolumidade pública.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 647

11/4/2011 17:28:47

6. (Ministério Público/SP — 81º concurso) Quem pratica o crime contra a saúde pública de omissão de notificação compulsória ou doença é:

a) o auxiliar de enfermagem.

b) o atendente.

c) o policial de plantão.

d) o enfermeiro.

e) o médico.

Resposta: "e". O crime do art. 269 do Código Penal refere-se apenas à omissão de médico. Outras pessoas que se omitam ficam sujeitas apenas a sanções administrativas previstas em lei especial.

7. (Magistratura/RS — 2000) O crime de exercício ilegal da medicina (art. 282 do Código Penal) é a) permanente.

b) habitual.

c) continuado.

d) de ação múltipla.

e) de consumação instantânea.

Resposta: "b". Uma das principais características do crime em tela é o seu caráter habitual, ressal tado por toda a doutrina.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 648

11/4/2011 17:28:47

TÍTULO IX

9. DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

9.1. INCITAÇÃO AO CRIME

Art. 28. Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena — detenção, de três a seis meses, ou multa.

9.1.1. Objetividade jurídica

A paz pública.

9.1.2. Tipo objetivo

O crime consiste em instigar, provocar ou estimular a realização de **crime** de qualquer natureza, previsto no Código Penal ou em outras leis. Nos termos do art.

286, a incitação pública à prática de ato **contravencional** não constitui ilícito penal.

É necessário que o agente estimule grande número de pessoas a cometer **determinada** espécie de delito, pois a conduta de estimular genericamente o ingresso de pessoas à delinquência não constitui crime.

Também não caracteriza o delito a simples opinião no sentido de ser legalizada certa conduta (porte de entorpecente, aborto etc.).

A incitação ao crime pode ser exercitada por qualquer meio: panfletos, cartazes, discursos, gritos em público, *emails*, *sites* na internet, entrevista em rádio, revista, jornal ou televisão etc. Comete o delito, por exemplo, quem mantém *site* na internet dizendo que todo marido traído deve espancar ou matar a esposa; ou quem, em entrevista, aconselha as pessoas a não pagar por serviços, devendo fazer ligações clandestinas de água, luz, TV a cabo etc.; ou, ainda, líder sindical que, em discurso, diz que os operários devem depredar as indústrias em que trabalham.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 649

11/4/2011 17:28:47

Exige-se que a conduta seja praticada em **público**, ou seja, na presença de nú-

mero elevado de pessoas, uma vez que a conduta de induzir pessoa certa e determinada à prática de um crime constitui participação no delito efetivamente cometido.

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal considerou, ao julgar a ADPF

n. 130, que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não se encontra mais em vigor o delito de incitação ao crime previsto no art. 19 da referida lei. Assim, quem, em entrevista ao rádio propuser, por exemplo, que todos os empresários passem a sonegar impostos, comete incitação ao crime.

A incitação à prática de crime que envolva preconceito racial constitui infração mais grave prevista no art. 20 da Lei n. 7.716/89.

9.1.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

9.1.4. Sujeito passivo

A coletividade.

9.1.5. Consumação

Com a simples incitação pública, ou seja, quando número indeter minado de pessoas toma conhecimento dela. Trata-se de crime **formal** e de perigo **abstrato**, cuja caracterização dispensa a efetiva prática de crime por parte dos que receberam a mensagem.

9.1.6. Tentativa

A tentativa somente é admitida na forma escrita, quando, por exemplo, extra-viam-se os panfletos que seriam distribuídos, quando o agente é impedido de entregá-los às pessoas etc.

9.1.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

9.2. APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena — detenção, de três a seis meses, ou multa.

9.2.1. Objetividade jurídica

A paz pública.

9.2.2. Tipo objetivo

Fazer apologia significa elogiar de forma eloquente, enaltecer, exaltar um crime já cometido ou o autor do delito por tê-lo cometido. Comete o crime, por exemplo, 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 650

11/4/2011 17:28:47

IX Dos Crimes Contra a Paz Pública

651

quem, em entrevista, elogia um empresário por ter, comprovadamente, sonegado milhões em tributos, ou um assassino porque matou determinada pessoa, ou um estuprador por ter escolhido uma vítima bonita.

A apologia pressupõe o elogio inequívoco e perigoso. Assim, não se configura quando alguém apenas narra o fato ou se limita a tentar justificar as razões do criminoso.

Diferencia da incitação porque se refere a fato pretérito. Comete o crime, dessa forma, quem enaltece fato criminoso já ocorrido (previsto no Código Penal ou outras leis) ou o próprio autor do delito **em função do delito que cometeu**.

A apologia a fato contravencional não se amolda ao tipo penal.

É também requisito desse crime que a apologia seja feita em **público**, isto é, que atinja número indeterminado de pes soas. Pode o delito ser cometido por qualquer meio: discurso, panfletos, cartazes etc. Desde o julgamento da ADPF n. 130, em que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), não se encontra mais em vigor o seu art. 19, § 2º, que previa pena mais grave para a apologia feita por meio de imprensa. Atualmente, portanto, o crime do art. 287 do Código Penal também pode ser cometido por rádio, televisão, jornal etc.

9.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

9.2.4. Sujeito passivo

A coletividade.

9.2.5. Consumação

Com a exaltação feita em público, independentemente de qualquer outro resultado. Cuida-se de crime de **mera conduta** e de perigo **abstrato**.

9.2.6. Tentativa

É possível, por exemplo, na forma escrita.

9.2.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

9.3. QUADRILhA OU BANDO

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 651

11/4/2011 17:28:47

9.3.1. Objetividade jurídica

Preservar a paz pública.

9.3.2. Tipo objetivo

Quadrilha ou bando é a associação estável de pelo menos **quatro** pessoas com

o fim de cometer **reiteradamente** crimes. Pressupõe, portanto, um acordo de vontades dos integrantes, no sentido de juntarem seus esforços no cometimento dos crimes.

As palavras “quadrilha” e “bando” são sinônimas.

O tipo penal do delito de quadrilha pressupõe a associação de um número mínimo de quatro pessoas. Nessa contagem incluem-se os menores de idade que não podem ser punidos pela Justiça Comum, os associados que morreram, os comparsas que não foram identificados ou que foram referidos apenas por meio de alcunhas etc.

É necessário, contudo, que o Ministério Público descreva na denúncia o envolvimento mínimo de quatro pessoas na quadrilha, ainda que não seja possível mencionar o no me completo de todos eles. Ex.: João da Silva e Eduardo de Oliveira associaram-se com outros três indivíduos, identificados apenas como “Zóio”, “Tonho” e

“Pa to”, para a prática reiterada de crimes. Nesse sentido: “*O crime de quadrilha ou bando exige a participação de no mínimo quatro pessoas. Nada impede, entretanto, em face da morte de cinco dos integrantes do bando em confronto com a polícia, que apenas o sexto seja denunciado. Não pode é imputar a denúncia o delito a uma única pessoa, sem referência à sua associação com os demais, cuja punibilidade foi extinta pela morte*” (STJ — HC 8.812/PE — Rel. Min. Fernando Gonçalves — 6ª Turma — *DJU* 21.06.1999, p. 203); “*O fato de não terem alguns componentes do bando sido identificados, não descaracteriza o delito, máxime quando a denúncia menciona que agiam juntos os três acusados e ‘mais dois indivíduos não identificados sem prejuízo da participação de outros mais’*” (TJSP — HC 367.064-4 — Rel. Silva Pinto — j. 28.01.2002)

O crime de quadrilha distingue-se do concurso de pessoas (coautoria ou participação comuns). Na quadrilha as pessoas reúnem-se de **forma estável**, enquanto no concurso elas se associam de forma momentânea. Além disso, na quadrilha os agentes visam cometer número indeterminado de infrações, existindo, portanto, intenção de reiteração delituosa; já no concurso, visam à prática de um crime determinado. A propósito: “*É uma certa permanência ou estabilidade o que distingue o crime de quadrilha ou bando da simples participação criminosa (societas sceleris ou societas in crimine). Se os agentes não se unem para delinquir de modo indeterminado e permanente, mas em*

caráter transitório, ocorre, na realidade, ocasional concurso de agentes" (TJSP — Rel. Bittencourt Rodrigues — *RT* 744/560).

Em outras palavras, se doze pessoas se juntam apenas para cometer um determinado roubo a banco e depois cada qual vai para seu lado, não há crime de quadrilha

— apenas de roubo. Nesse sentido: "*O delito de quadrilha ou bando supõe a permanência do vínculo associativo, para a prática de novos e futuros delitos, não bastando à configuração do tipo a participação em determinado crime de quatro ou mais pessoas, ainda que sob o comando de uma delas, mas sem caráter de associação* 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 652

11/4/2011 17:28:47

para a continuação da atividade criminosa" (TFR — Rel. Min. Dias Duarte — *DJU*

20.11.1986, p. 22.726).

Por sua vez, se duas ou três pessoas unem-se para a prática reiterada de crimes de roubo, também não se mostra presente o crime de quadrilha, porque não foi atingido o número mínimo exigido pelo art. 288 do Código Penal.

A associação necessariamente deve visar ao cometimento de crimes. Estes podem ser de qualquer natureza. Exs.: a) grupo de pessoas que se unem para exterminar pessoas (grupo de extermínio); b) integrantes de torcida organizada que agem em bando sempre que há jogo de sua equipe a fim de agredir torcedores de outro time e para depredar bens alheios (ônibus, trens, automóveis estacionados etc.); c) médicos e seus assistentes e secretários que montam uma clínica a fim de praticar reiteradamente crimes de aborto mediante remuneração; d) grupo de *hackers* que se une para criar *sites* falsos e obter os números da conta e da senha de grande número de vítimas a fim de desviar dinheiro de suas contas-correntes (furtos); e) quadrilha montada para roubar bancos ou cargas de caminhão; f) estelionatários que se unem para dar golpes em grande número de vítimas; g) integrantes de desmanches de veículos que se juntam para a aquisição

de carros de origem ilícita (receptadores); h) pessoas que se unem para falsificar documentos; i) políticos que se unem entre si e com outras pessoas para desfalcar o patrimônio público; j) empresários que se juntam a advogados e contadores para montar esquema a fim de sonegar reiteradamente tributos etc.

Nos exemplos acima, a quadrilha foi montada para o cometimento de crimes de uma espécie determinada. Nada obsta, entretanto, a existência de quadrilhas que pretendam cometer infrações penais diversificadas (furtos, roubos, homicídios, falsificações etc.). Nesse sentido: "*Elemento subjetivo. Para a configuração do delito de quadrilha, basta a vontade de associação criminosa — manifestada por mais de três pessoas — dirigida à prática de delitos indeterminados, sejam estes, ou não, da mesma espécie*" (STF — HC 72.992/SP — Rel. Min. Celso de Mello — 1ª Turma

— *RTJ* 168/864).

Quando a associação visar ao cometimento de crimes hediondos, estará configurado o crime de quadrilha qualificada que será a seguir analisado.

A associação de pessoas para a prática reiterada de **contravenção penal** (jogo do bicho, por exemplo) não constitui crime de quadrilha, já que o art. 288 se refere expressamente à união para a prática de **crimes**.

QUADRILhA

Concurso necessário

Finalidade

Estabilidade

de pelo menos

de praticar

e permanência

quatro pessoas

crimes

da associação

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 653

11/4/2011 17:28:47

9.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Cuida-se, ainda, de crime de **concurso necessário**, pois sua existência depende da união de ao menos quatro pessoas. A hipótese é de concurso necessário **de condutas paralelas** porque os envolvidos auxiliam-se mutuamente, visando um resultado comum.

9.3.4. Sujeito passivo

A coletividade.

9.3.5. Consumação e concurso de crimes

O delito se consuma no momento em que se verifica a efetiva associação, **independentemente da prática de qualquer crime**. Trata de crime **formal**. Ex.: policiais que, em interceptação telefônica, descobrem uma quadrilha que acaba de ser formada e impedem a prática do primeiro crime, prendendo seus integrantes. "*O*

crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrarse ao bando já formado, na adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da rea lização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, consequentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de alguns crimes-fim da associação" (STF — HC 81.260/ES

— Rel. Min. Sepúlveda Pertence — Pleno — *RTJ* 181/680) .

É necessário ressaltar que o crime de quadrilha é autônomo em relação aos delitos que efetivamente venham a ser cometidos por seus integrantes, uma vez que a lei visa punir a simples situação de perigo que representa para a sociedade a associação de pessoas que pretendem cometer crimes. Dessa forma, haverá **concurso material** entre o crime de quadrilha e as demais infrações efetivamente praticadas. Nesse sentido: "*O crime de quadrilha é juridicamente independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na societas delinquentium (RT 88/468). O delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos*" (STF — HC 72.992/SP — Rel. Min. Celso de Mello — 1ª Turma — *RTJ* 168/164).

Quando os delitos cometidos forem furtos ou roubos, que já possuem qualificadora ou causa de aumento de pena pelo envolvimento de pelo menos duas pessoas, há divergência, na doutrina e na jurisprudência, quanto ao correto enquadramento, caso tais crimes sejam praticados por quatro ou mais membros de uma quadrilha.

Para alguns, os agentes respondem por quadrilha em concurso material com furto ou roubo simples porque a aplicação da qualificadora ou causa de aumento seria *bis in idem*. Para outros, os agentes respondem por quadrilha e pelos crimes qualificados porque a quadrilha é um crime de perigo contra a coletividade decorrente da mera associação, enquanto a qualificadora decorre da maior gravidade da conduta contra 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 654

11/4/2011 17:28:47

IX Dos Crimes Contra a Paz Pública

655

a vítima do caso concreto (mais informações sobre o tema nos comentários aos crimes de furto qualificado — art. 155, § 4º, IV do CP — e roubo agravado — art. 157,

§ 2º, II, do CP).

Deve-se salientar, outrossim, que o crime de quadrilha tem natureza **permanente**, de modo que, enquanto não desmantelada ou desfeita por acordo

de seus integrantes, mostra-se possível a prisão em flagrante. É que, enquanto subsiste a inten-

ção de cometer crimes por parte dos membros que se associaram, a paz pública permanece ameaçada a todo momento.

9.3.6. Tentativa

É **inadmissível**, pois, ou existe a associação e o crime está consumado, ou apenas tratativas que constituem mero ato preparatório.

9.3.7. Causa de aumento

O parágrafo único do art. 288 prevê que a pena será aplicada em dobro se a quadrilha ou bando for **armado**. Apesar das divergên cias, prevalece o entendimento de que basta um dos integrantes da quadrilha estar armado, desde que isso guarde relação com os fins criminosos do grupo. A propósito: "*A utilização de arma por* qualquer *membro da quadrilha constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do bando, expondo* todos *que o integram à causa de aumento de pena prevista no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Para efeito de configuração do crime de* quadrilha armada *, basta que* um *só de seus integrantes esteja a portar armas*" (STF — HC 72.992/SP — Rel. Min. Celso de Mello — *RTJ* 168/865).

O dispositivo alcança a utilização de armas **próprias** (fabricadas para servir como instrumento de ataque ou defesa) ou **impróprias** (feitas com outra finalidade, mas que também podem matar ou ferir — facas, navalhas, estiletes etc.).

9.3.8. Figura qualificada

O art. 8º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) dispõe que será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal quando se tratar de união visando à prática de crimes **hediondos, tortura ou terrorismo**. Trata-se de qualificadora que se aplica, portanto, quando a quadrilha é formada para a prática desses crimes de maior gravidade. Nessas hipóteses, haverá concurso material entre o crime de quadrilha qualificado e os crimes efetivamente cometidos. Esse art. 8º

também menciona a associação para a prática de tráfico de entorpecentes,

porém, atualmente, a união de duas ou mais pessoas para a prática de tráfico, de forma reiterada ou não, constitui o crime do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (nova Lei Antitóxicos), punido com reclusão de três a dez anos, e multa, chamado de **"associa-**

ção para o tráfico" . Além disso, o art. 35, parágrafo único, da mesma lei, pune com as mesmas penas a associação de duas ou mais pessoas para o **financiamento** reiterado do tráfico.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 655

11/4/2011 17:28:47

9.3.9. Delação premiada

A Lei dos Crimes Hediondos, em seu art. 8º, parágrafo único, dispõe que o participante ou associado que denunciar à autoridade (juiz, promotor, delegado, policial militar) o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Nos termos da lei, só haverá a diminuição da pena se a delação implicar o efetivo desmantelamento da quadrilha.

No caso do concurso material entre o crime de quadrilha e outros delitos praticados por seus integrantes, a redução da pena atingirá apenas o primeiro (quadrilha).

Esse instituto foi também chamado por Damásio de Jesus de **traição benéfica**, pois implica redução da pena como consequên cia da delação de comparsas.

9.3.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples e de

Comum e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

perigo quanto

concurso necessário

comissivo quanto

permanente quanto

ao elemento

à objetividade

quanto ao sujeito

aos meios de

ao momento

subjetivo

jurídica

ativo

execução

consumativo

9.3.11. Ação penal

É pública incondicionada.

9.4. QUESTõES

1. (Magistratura/SP — 173º concurso) O agente que, ao ver o criminoso

passar algemado e es coltado, bate-lhe acaloradas palmas, pratica:

a) crime de apologia de criminoso.

b) delito de incitação ao crime.

c) contravenção penal de conduta inconveniente.

d) conduta atípica.

Resposta: " a". O enunciado encontra perfeito enquadramento no crime de apologia de criminoso descrito no art. 287 do Código Penal.

2. (Ministério Público/PR — 2002) Assinale a alternativa correta: a) para a caracterização da chamada "organização criminosa" é preciso verificar um mínimo de dez pessoas, que tenham o propósito de praticar crimes;

b) o homicídio, quando praticado em atividade típica de "grupo de extermínio", é crime hediondo, e exige um mínimo de cinco pessoas para sua caracterização, menos do que a

"organização criminosa", justamente por ser apenas um "grupo";

c) para caracterização da "associação criminosa" no caso de tráfico de substância entor pecente, é exigido, a exemplo do crime de quadrilha ou bando, um mínimo de quatro pessoas; d) para a caracterização do crime de quadrilha ou bando é preciso que os agentes pratiquem ao menos dois ou mais crimes;

e) o fato de a quadrilha usar armas já caracteriza a qualificadora do crime autônomo de quadrilha ou bando.

Resposta: " e". A hipótese enquadra-se na previsão do art. 288, parágrafo único, do Código Penal. As alternativas A, B e C estão erradas porque o número de pessoas mencionado nos enunciados está em desacordo com a legislação. A alternativa D está errada porque o crime de quadrilha se aperfeiçoa ainda que seus integrantes não consigam cometer o primeiro crime para o qual se reuniram.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 656

11/4/2011 17:28:48

TÍTULO X

10. DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Fé pública é a crença na veracidade dos documentos, símbolos e sinais que são empregados pelo homem em suas relações em sociedade. Não há, nos dias atuais, como se viver sem o uso de papel-moeda, cheques, documentos de veículos, Carteira de Habilitação e de identidade, contratos, notas fiscais etc. Se a falsificação desses papéis não fosse considerada crime de certa gravidade, ninguém acreditaria quando algum deles lhe fosse apresentado, prejudicando sobremaneira as relações sociais e jurídicas.

A violação da fé pública constitui o crime de **falso**.

• **Requisitos** do crime de falso:

1) Imitação da verdade. Pode ocorrer de duas formas: **a)** *immutatio veri*: mudança do verdadeiro (ex.: modificar o teor de um documento já existente);

b) *imitatio veritatis*: imitação da verdade (ex.: criar um documento falso imitando um verdadeiro).

2) Dano potencial. O prejuízo inerente à falsidade não precisa ser efetivo nem necessariamente patrimonial.

Só há dano potencial, por outro lado, quando o documento falsificado é capaz de iludir ou enganar um número inde terminado de pessoas. A falsificação grosseira, reconhecível *ictu oculi*, não caracteriza, portanto, o crime de falso. Considera-se grosseira a falsidade que pode ser percebida por toda e qualquer pessoa que manuseie o documento. Quando o falso é percebido por policiais que são treinados e acostumados ao manuseio de documentos, mas não é perceptível ao leigo, não se considera grosseira a falsificação.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 657

11/4/2011 17:28:48

3) Dolo. Todos os crimes contra a fé pública são dolosos. Não existe qualquer modalidade culposa.

Além disso, há alguns crimes de falso que exigem um elemento subjetivo específico, como, por exemplo, a falsidade ideo lógica (art. 299), em que o agente deve ter cometido a falsificação com a "finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente rele vante etc.".

• **Modalidades** de falso existentes no Título em estudo:

1) Falsidade **material**: diz respeito aos elementos exteriores que compõem o documento ou outros papéis. Refere-se à **forma** do documento; **2)** Falsidade **ideológica**: é a que diz respeito unicamente ao **conteúdo** de documentos ou outros papéis;

3) Falsidade **pessoal**: consiste em se passar por outra pessoa quanto a suas qua -

lidades (nome, idade, estado civil, profissão etc.).

REQUISITOS DA FALSIDADE

ESPÉCIES DE FALSIDADE

• 1) Imitação ou alteração da verdade;

• 1) Material;

• 2) Dano potencial;

• 2) Ideológica;

• 3) Dolo.

• 3) Pessoal.

DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

• Capítulo I — Da moeda falsa;

• Capítulo II — Da falsidade de títulos e outros papéis públicos;

• Capítulo III — Da falsidade documental;

• Capítulo IV — De outras falsidades.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 658

11/4/2011 17:28:48

I

DA MOEDA FALSA

10.1. DA MOEDA FALSA

10.1.1. 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 três a doze anos, e multa.

10.1.1.1. Objetividade jurídica

Tutelar a fé pública nas moedas em circulação.

10.1.1.2. Tipo objetivo

A conduta típica consiste em **falsificar**, que pode dar-se pela **fabricação** (cria-

ção da moeda falsa) ou **alteração** (modificação de seu valor para maior).

A conduta pode recair sobre a moeda nacional ou qualquer moeda estrangeira.

Se a falsificação for grosseira, não estará configurado o crime, podendo constituir estelionato. De acordo com a Súmula n. 73 do Superior Tribunal de Justiça: "*a utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da justiça estadual*". É de se ver, contudo, que, se a falsidade for grosseira, existe grande chance de ser

reconhecido o crime impossível de estelionato, por absoluta ineficácia do meio, exceto se ficar demonstrado que a víti-ma poderia ser (ou foi) ludibriada, por ser, por exemplo, um estrangeiro, não acostumado com a moeda nacional.

A falsificação de papel-moeda que já deixou de circular não se amolda no tipo, podendo caracterizar estelionato. Ex.: falsificar cédula rara para enganar colecionador.

Não se admite a aplicação do princípio da insignificância ao crime em análise (cédula de R$ 1,00, por exemplo), com o fundamento de que o crime de bagatela é incompatível com delitos que tutelam a fé pública, e não o valor em pecúnia da cédula (*RT* 803/713, 816/713).

10.1.1.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 659

11/4/2011 17:28:48

10.1.1.4. Sujeito passivo

O Estado.

10.1.1.5. Consumação

Consuma-se o crime com a falsificação, independentemente de qualquer outro resultado.

10.1.1.6. Tentativa

É possível.

10.1.1.7. Figuras equiparadas

O § 1º prevê as mesmas penas para quem: a) importa; b) exporta; c) adquire; d)

vende; e) troca; f) cede; g) empresta; h) guarda; i) introduz em circulação. O objeto material em todas as condutas é a moeda que o agente **sabe** ser falsa. Assim, enquanto no *caput* se pune o autor da falsificação, no § 1º pune-se outras pessoas que sabem da falsidade e realizam uma das condutas típicas posteriores.

A propósito: "*Para caracterização do crime de moeda falsa descrito no art. 289,*

§ 1º, do CP, urge que o agente saiba que a moeda por ele adquirida e posta em circulação é falsa. Sem esse conhecimento prévio, deixa de existir o dolo, elemento sub jetivo do tipo. O crime não se configura" (TRF — 1ª Região — Rel. Nelson Gomes da Silva — *DJU* 24.06.1991, p. 14.710); "*Moedafalsa. O simples fato de guardar papel-moeda falsa, de curso no país ou no estrangeiro, sabendo que é falsa, tipifica o crime definido no § 1º do art. 289, do Código Penal"* (TRF — Rel. Min.

Hélio Pinheiro — *DJU* 14.03.1985, p. 3.036).

10.1.1.8. Figura privilegiada

A modalidade descrita no § 2º é uma figura privilegiada (detenção de 6 meses a 2 anos, e multa) e pune a pessoa que, **após ter recebido a moeda falsa de boa-fé**, toma conhecimento da falsidade e a recoloca em circulação.

10.1.1.9. Figuras qualificadas

Os §§ 3º e 4º constituem crimes **próprios**, pois punem o funcionário público, o gerente, diretor ou fiscal do banco que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão de moeda com peso inferior ou em quantidade superior à autorizada, ou, ainda, que desvia ou faz circular moeda verdadeira cuja circulação não estava autorizada naquele momento. São figuras qualificadas porque possuem pena consideravelmente maior.

10.1.1.10. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal, ainda que se trate apenas de moeda estrangeira.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 660

11/4/2011 17:28:48

10.1.1.11. Crimes assimilados ao de moeda falsa

No art. 290 do Código Penal, com a denominação acima, estão tipificadas três condutas que também envolvem moeda e que são punidas com reclusão, de dois a oito anos, e multa:

1) Formação de cédula, nota ou bilhete representativo de moeda: nessa modalidade o agente, de acordo com o tipo penal, junta fragmentos de outras cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros, que se rasgaram, por exemplo, e forma uma nova cédula com aparência real.

2) Supressão de sinal indicativo da inutilização de cédula, nota ou bilhete: nessa modalidade existe carimbo ou outro tipo de sinal indicando que a cédula foi tirada de circulação (por estar muito usada, por exemplo), e o agente consegue retirar esse sinal, mediante processo de lavagem, por exemplo, com a específica finalidade de **restituí-la à circulação**.

3) Restituição à circulação: nessa figura o agente recoloca em circulação a moeda nas condições dos itens 1 e 2, ou aquela recolhida para fim de inutilização. Ressalte-se, todavia, que, quando o próprio autor das condutas previstas nos itens anteriores recoloca o papel-moeda em circulação, só responde pela formação ou supressão (condutas anteriores). Assim, a hipótese em estudo pune a terceira pessoa, não responsável pela formação ou supressão do sinal indicativo, que restitui a cédula à circulação.

10.1.1.12. Figura qualificada

Se o crime for cometido por funcionário que trabalha na repartição em que a moeda se encontra recolhida, ou que nela tem fácil ingresso em razão do cargo, a pena máxima é elevada para doze anos de reclusão (art. 290, parágrafo único, do Código Penal).

10.1.2. Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho ou instrumento ou qualquer objeto especialmente

destinado à falsificação de moeda:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e multa.

10.1.2.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.1.2.2. Tipo objetivo

Cuida-se de tipo misto alternativo em que são punidas as condutas de **fabricar** (produzir), **adquirir** (obter a propriedade), **fornecer** (ceder), **possuir** (ter a posse) ou **guardar** (dar abrigo) qualquer maquinismo, instrumento ou objeto destinado à falsificação de moeda, como **prensas, matrizes, moldes** etc.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 661

11/4/2011 17:28:48

É indiferente que o agente esteja atuando a título oneroso ou gratuito.

Para a configuração do crime, exige-se exame pericial nos objetos apreendidos para que se possa constatar sua eficácia na produção da moeda falsa.

10.1.2.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

10.1.2.4. Sujeito passivo

O Estado.

10.1.2.5. Consumação

Com a prática de um dos comportamentos previstos na lei, sendo que, nas modali dades **possuir** ou **guardar**, o crime é **permanente**.

10.1.2.6. Tentativa

É possível.

10.1.2.7. Subsidiariedade

O crime em análise é subsidiário, ficando absorvido quando o agente, fazendo uso do maquinismo, efetivamente fal sifica a moeda.

10.1.2.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 662

11/4/2011 17:28:48

II

DA FALSIDADE DE TÍTULOS E

OUTROS PAPÉIS PÚBLICOS

10.2. DA FALSIDADE DE TÍTULOS E OUTROS PAPÉIS PÚBLICOS

10.2.1. Falsificação de papéis públicos

Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I — selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer outro papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo;

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, Estado ou Município:

Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa.

10.2.1.1. Objetividade jurídica

A fé pública nos papéis elencados no tipo penal.

10.2.1.2. Tipo objetivo

A conduta típica da figura principal (*caput*) é fabricar, que pode se dar por falsificação (criar imitando) ou alteração (modificação). O objeto material, entretanto, é que é distinto, havendo longo rol de papéis no tipo penal:

I — Selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer outro papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo. O dispositivo se refere a marcas que devem ser inseridas ou afixadas em produtos a fim de demonstrar o pagamento de qualquer tipo de tributo.

Nos termos do art. 293, § 1º, II, incorre na mesma pena quem importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 663

11/4/2011 17:28:48

Além disso, no § 1º, III, do art. 293, pune-se com reclusão, de um a quatro anos, e multa, quem importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósi-to, 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 falsificado que se destine a controle tributário. É necessário, evidentemente, conhecimento a respeito de tal fato, já que o tipo penal faz uso da expressão em proveito próprio ou alheio.

b) Sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

Veja-se que o § 5º do art. 293 equipara a atividade comercial, para os fins desse dispositivo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos ou em residências.

II — Papel de crédito público que não seja moeda de curso legal. O dispositivo se refere a apólices e títulos da dívida pública.

III — Vale postal. Revogado pelo art. 36 da Lei n. 6.538/78.

IV — Cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público. Cautela de penhor é o títu-lo com o qual o sujeito pode retirar o bem empenhado das mãos do credor. Cadernetas de depósito eram utilizadas no passado para anotação de aplicações financeiras, como, por exemplo, a chamada caderneta de poupança.

V — Talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecada-

ção de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável. Tendo em vista a parte final do inciso, que usa a fórmula genérica "qualquer outro documento", pode-se concluir que também o talão, recibo, guia ou alvará a que se refere o dispositivo devem ser referentes à 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, Estado ou Município. Bilhete e passe são papéis que autorizam o transporte de pessoas, de forma gratuita ou não, em veículo de transporte coletivo. Conhecimento, por sua vez, diz respeito ao transporte de mercadorias. É muito comum a falsificação de bilhete de metrô.

De acordo com o art. 293, § 1º, I, incorre nas mesmas penas quem usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere esse artigo.

10.2.1.3. Figuras privilegiadas

O § 2º do art. 293 pune com reclusão, de um a quatro anos, e multa, quem

suprime, em qualquer dos papéis mencionados, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização. Já o § 3º estabelece as mesmas penas para quem usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o § 2º.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 664

11/4/2011 17:28:48

Por fim, o § 4º prevê pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, para quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem este artigo e seu § 2º, depois de conhecer a falsidade ou alteração.

10.2.1.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

10.2.1.5. Sujeito passivo

O Estado e as pessoas, físicas ou jurídicas, eventualmente lesadas.

10.2.1.6. Consumação

No momento em que o agente realiza a conduta típica.

10.2.1.7. Tentativa

É possível.

10.2.1.8. Causa de aumento de pena

Nos termos do art. 295, se o crime for cometido por funcionário público prevalecendo-se de suas funções, a pena será aumentada em um sexto.

10.2.1.9. Ação penal

É pública incondicionada. Na hipótese privilegiada do § 4º, a competência é do Juizado Especial Criminal.

10.2.2. 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 um a três anos, e multa.

10.2.2.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.2.2.2. Tipo objetivo

Cuida-se de tipo misto alternativo, em que são punidas as condutas de **fabricar** (produzir), **adquirir** (obter a propriedade), **fornecer** (ceder), **possuir** (ter a posse) ou **guardar** (dar abrigo). Essas condutas típicas são as mesmas do crime de petrechos para falsificação de moeda (art. 291), sendo diverso apenas o objeto, que visa especificamente falsificar qualquer dos papéis mencionados no artigo anterior, e não a falsificação de moeda.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 665

11/4/2011 17:28:48

É indiferente que o agente esteja atuando a título oneroso ou gratuito.

Para a configuração do crime, exige-se exame pericial nos objetos apreendidos para que se possa constatar sua eficácia na produção da moeda falsa.

10.2.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa.Trata-se de crime **comum**.

10.2.2.4. Sujeito passivo

O Estado.

10.2.2.5. Consumação

Com a prática de um dos comportamentos previstos na lei, sendo que, nas modalidades **possuir** ou **guardar**, o crime é **permanente**.

10.2.2.6. Tentativa

É possível.

10.2.2.7. Subsidiariedade

O crime em análise é subsidiário, ficando absorvido quando o agente, fazendo uso do maquinismo, efetivamente comete a falsificação descrita no artigo anterior.

10.2.2.8. Causa de aumento de pena

Nos termos do art. 295, a pena será exasperada em um sexto se o crime for cometido por funcionário público que, para tanto, se aproveite de alguma facilidade proporcionada pelo cargo.

10.2.2.9. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 666

11/4/2011 17:28:49

III

DA FALSIDADE DOCUMENTAL

10.3. DA FALSIDADE DOCUMENTAL

Os principais crimes deste Capítulo são a falsidade **material** e a **ideo lógica**. Em ambos o objeto material é um **documento**.

• Conceito de documento

É todo escrito devido a um autor determinado, contendo exposição de fatos ou declaração de vontade, dotado de significação ou relevância jurídica e que pode, por si só, fazer prova de seu conteúdo.

• Requisitos para que um papel seja considerado documento

a) Forma escrita, sobre coisa móvel, transportável e trans missível (papel, perga-minho etc.). Não configuram documento um quadro, uma fotografia, uma picha ção, escritos em porta de veículos etc. Assim, quem faz montagem em uma fo tografia isolada não comete falsidade documental, podendo responder por crime contra a honra (ex.: colocar o rosto de certa moça no corpo de mulher nua e divulgar pela internet). Já a troca de fotografia em uma carteira de identidade constitui falsidade material porque, nesse caso, a fotografia é apenas uma das partes que compõe a carteira de identidade, que é escrita. A propósito: "*Falsificação de documento público.*

Art. 297 do Código Penal. Substituição de fotografia em documento de identidade.

Configuração. Sendo a alteração de docu mento público verdadeiro uma das condutas típicas do crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal), a substituição da fotografia em documento de identidade dessa natureza caracteriza a alteração dele, que não se cinge apenas ao seu teor escrito, mas que alcança essa modalidade de modificação que, indiscutivelmente, compromete a materialidade e a individua lização desse documento verdadeiro, até porque a fotografia constitui parte juridicamente relevante dele" (STF — 1ª Turma — HC 75.690-5/SP

— Rel. Min. Moreira Alves — *DJU* 03.04.1998, p. 4).

b) Que tenha autor certo, identificável por assinatura, nome ou, quando a lei não faz essa exigência, pelo próprio conteúdo.

A autoria certa que se exige para que algo seja considerado documento é daquele de quem o documento deveria ter emanado, e não do autor da falsidade. A 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 667

11/4/2011 17:28:49

autoria da falsidade é necessária para a condenação do falsário, mas em nada se relaciona com o conceito de documento. Contratos, carteiras de identidade ou de habilitação, escritu ras etc. são documentos porque neles consta o nome das pessoas que o elaboraram.

c) O conteúdo deve ter relevância jurídica. O documento deve, portanto, expressar uma manifestação de vontade ou a exposição de um fato relevante (ex.: um testamento, um contrato de compra e venda, a qualificação de alguém etc.). Assim, a assinatura em um papel em branco não constitui documento, uma vez que não há qualquer conteúdo. Poderá se transformar em documento, contudo, após ser preenchido, desde que o conteúdo inserido tenha relevância jurídica. Assim, se for preenchido com uma simples receita de bolo de chocolate, ainda que assinado, não é considerado documento.

d) Valor probatório. Para que seja considerado documento, o escrito deve ter o potencial de gerar consequências no plano jurídico, ou, em outras palavras, deve ter valor probatório **por si só**. Assim, apresentado a alguém, deve ter o condão de fazer prova de seu conteúdo. Esse valor probatório decorre de leis, decretos, resoluções etc. O Código Civil, por exemplo, confere valor probatório aos contratos, que, portanto, são considerados documentos.

O escrito a lápis não tem valor probatório em razão da facilidade em ser alterado, razão pela qual não constitui documento.

A fotocópia não autenticada, nos termos do art. 232, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não tem valor probatório e, por isso, não é documento. Se for autenticada, sim.

10.3.1. Falsificação de documento público

Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e multa.

10.3.1.1. Objetividade jurídica

A fé pública nos documentos públicos.

10.3.1.2. Tipo objetivo

A falsificação de documento é também chamada de falsidade **material**.

• Objeto material

Documento **público** é aquele elaborado por funcionário público, de acordo com as formalidades legais, no desempenho de suas funções. Exs.: carteira de identidade, CPF, Carteira de Habilitação, Carteira Funcional, Certificado de Reservista, Título de Eleitor, escritura pública etc.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 668

11/4/2011 17:28:49

Um particular pode cometer crime de falsidade de documento público, desde que falsifique documento que deveria ter sido feito por funcionário público ou altere documento efetivamente elaborado por este. Não se trata, portanto, de crime próprio, podendo ser cometido por funcionário público ou por particular. Na hipótese de a falsificação ter sido feita por funcionário, prevalecendo-se de seu cargo, a pena sofrerá aumento de um sexto, nos termos do art. 297, § 1º.

• Espécies de documento público

a) Formal e substancialmente público. É aquele elaborado por funcionário público, com conteúdo e relevância jurídica de direito público (atos legislativos, executivos e judiciários).

b) Formalmente público e substancialmente privado. É o elaborado por funcionário público, mas com conteúdo de interesse privado. Ex.: escritura pública de compra e venda de bem particular.

A adulteração de chassi de veículo ou de qualquer de seus elementos identificadores (numeração das placas, do motor, do câmbio) caracteriza o crime do art. 311

do Código Penal (com a redação dada pela Lei n. 9.426/96). Se, entretanto, o agente altera o número do chassi ou da placa no próprio documento do veículo (certificado de propriedade), caracteriza-se o crime de falsidade de documento público.

• Documentos públicos por equiparação

O art. 297, em seu § 2º, equipara alguns documentos particulares a documento público, permitindo, assim, a punição de quem os falsifica como incursos em crime mais grave. Os documentos públicos por equiparação são os seguintes: **a)** os emanados de entidade **paraestatal** (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público); **b)** o título ao **portador** ou transmissível por **endosso** (cheque, nota promissória etc.);

c) as **ações** das sociedades mercantis: sociedades anônimas ou em comandita por ações;

d) os **livros** mercantis: utilizados pelos comerciantes para registro dos atos de comércio (livro diário, por exemplo). Veja-se, porém, que a falsificação do livro de registro de duplicatas caracteriza crime específico, previsto no art. 172, parágrafo único, do Código Penal;

e) o testamento **particular** (hológrafo): aquele escrito pessoalmente pelo testador.

• Condutas típicas

1) Falsificar. Significa criar materialmente, formar um documento falso. É chamada, também, de **contrafação**.

A falsificação pode ser:

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 669

11/4/2011 17:28:49

a) Total: quando o documento é integralmente forjado. Ex.: agente que compra uma gráfica e passa a fazer imitações de espelhos de Carteiras de Habilitação, para vendê-los a pessoas que não se submeteram aos exames para dirigir veículo.

b) Parcial: quando uma parte do documento é verdadeira quanto à forma e parte é falsa. Ex.: alguém furta um espelho verdadeiro em branco e o preenche, inserindo carimbos, assinaturas ou fotografias falsas.

2) Alterar. Significa modificar um documento verdadeiro. Ex.: uma pessoa troca a fotografia em um documento de identidade, ou altera a categoria para a qual é habilitado em sua CNH, ou troca o número de seu cadastro no CPF etc.

• Comprovação

A falsidade material é infração que deixa vestígios, de modo que é indispensável o exame de corpo de delito para a prova da materialidade (art. 158 do Código de Processo Penal). Esse exame pericial, feito com a finalidade de verificar a autenticidade do documento, chama-se exame documentoscópico.

• Diferença entre falsificação parcial e alteração

A principal distinção é que, na **alteração**, preexiste um documento verídico cujos dizeres são modificados pelo agente. Este modifica o próprio texto verdadeiro do documento. Na falsidade parcial, *de regra*, o documento já nasce como trabalho de um falsário, ou seja, não há documento verdadeiro preexistente (quando o documento fica pronto já é falso). Assim, se o documento chegou a existir materialmente como verdadeiro e depois foi modificado, temos a figura da alteração. Ex.: uma pessoa muda a sua data de nascimento no documento de identidade verdadeiro que tinha em seu poder.

Por outro lado, se o agente obtém um espelho verdadeiro ainda não preenchido, extraviado do órgão oficial, ele ainda não está na posse de um documento completo, e sim de um papel que só será considerado documento quando estiver formalmente pronto (preenchido em suas lacunas, com a fotografia colocada, com a assinatura do responsável e a inserção dos devidos carimbos). Em tal caso, quando o agente elaborar o documento com um desses elementos falsos, teremos falsidade material parcial, pois, no exato instante em que ele ficar pronto, já será falso. Em suma, os elementos que integram a **forma** de um documento não se restringem ao papel (espelho), mas a todos os que foram acima mencionados (fotografia, carimbos, assinatura etc.). Assim, basta que um

deles seja falso (apenas a assinatura, por exemplo), para que esteja presente a falsidade parcial. É evidente que, em tais casos, o conteúdo costuma também ser falso, pois não faz sentido falsificar a forma para inserir conteúdo verdadeiro. É de se lembrar, entretanto, que, como se trata de um só documento, o agente não pode responder por dois crimes e, em tal hipótese, responde apenas pelo crime mais grave, ou seja, a falsidade material (parcial) que, por ter pena maior, absorve a 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 670

11/4/2011 17:28:49

X Dos Crimes Contra a Fé Pública

671

falsidade ideológica. É por isso que o falso ideológico pressupõe que o documento seja totalmente verdadeiro quanto à forma e só o seu conteúdo seja falso. Ex.: espelho de Carteira de Habilitação verdadeiro, preenchido e assinado pela autoridade competente, com a fotografia e carimbos devidos, no qual se afirma que certa pessoa passou nos exames de habilitação, quando isso é falso.

Em geral, essa é a distinção entre a falsidade parcial e a alteração de documento.

Existe, entretanto, uma situação excepcional em que a falsidade parcial pode se configurar, quando um documento verdadeiro preexiste e nele é feito um acréscimo **totalmente individualizável**, como, por exemplo, a criação de aval falso em um título de crédito verdadeiro. Nesse caso, não se diz ter havido alteração, pois não foi atingida qualquer parte já existente do documento, mas, sim, introduzida uma parte absolutamente autônoma (e falsa em sua assinatura). Em suma, se o agente modifica, por exemplo, o valor contido em um documento, aumentando-o, ele comete alteração, pois está atingindo parte já existente deste. Por outro lado, como a cria ção de um aval falso não atinge a parte já existente e verdadeira do título, caracteriza-se a falsificação parcial.

Em suma:

a) quem falsifica o próprio espelho em uma gráfica e acrescenta dizeres inverídicos comete falsidade material (no todo);

b) quem tem em suas mãos um espelho verdadeiro em branco e, sem possuir legitimidade, o preenche com dados falsos, comete falsidade material (em par -

te). Nesse caso, ao menos a assinatura é falsa;

c) aquele que tem em seu poder um espelho verdadeiro e, tendo legitimidade para preenchê-lo, o faz com dados falsos, comete falsidade ideológica; **d)** quem altera dizeres no texto de documento verdadeiro comete falsidade material, na modalidade alterar. Se o agente, entretanto, acrescenta dizeres totalmente individualizáveis em documento verdadeiro, sem afetar qualquer parte anteriormente dele constante, comete falsificação parcial (material).

10.3.1.3. Elemento subjetivo

A lei não exige qualquer finalidade especial por parte do agente e tampouco que se demonstre a que fim o documento falso se destinava. Basta que a conduta seja dolosa. Desse modo, entendemos que existe o delito até mesmo quando alguém altera sua idade no documento de identidade a fim de se passar por pessoa mais experiente perante as moças da cidade. É que, após falsificado o documento, ele pode ser utilizado para qualquer fim.

10.3.1.4. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Se o delito for cometido por funcionário público, que, para tanto, se prevaleça das suas funções, a pena sofrerá um acréscimo de um sexto (art. 297, § 1º).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 671

11/4/2011 17:28:49

10.3.1.5. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, a pessoa lesada pelo falso.

10.3.1.6. Consumação

Com a falsificação ou alteração, independentemente do uso ou de qualquer outra consequência posterior. Basta a *editio falsi*. Na modalidade falsificar, a

consumação se dá quando o documento falso fica pronto. Na modalidade alterar, quando a modificação se concretiza.

A falsificação é crime de **perigo**, que se aperfeiçoa independentemente do uso.

10.3.1.7. Tentativa

É cabível pois, apesar de ser crime **formal**, é possível que o agente seja surpreendido no momento em que está iniciando a falsificação. Quando alguém já produziu espelhos falsos em uma gráfica clandestina a fim de preenchê-los fraudulentamente, mas é flagrado antes de os dizeres serem preenchidos ou da inserção da assinatu ra falsa, o documento ainda está em formação e o responsável responde por tentativa.

10.3.1.8. Ação penal

É pública incondicionada.

Se o documento foi ou devia ter sido emitido por autoridade federal, a competência é da Justiça Federal. Ex.: passaporte. Se, porém, foi ou devia ter sido emitido por funcionário público estadual ou municipal, a competência é da Justiça Estadual.

Na falsificação de Carteira de Trabalho (CTPS), a competência depende da finali dade da falsificação. Se for para fraudar a previdência social, a competência será da Justiça Federal; se for para fins particulares, da Justiça Estadual (Súmula n. 62 do STJ).

A falsificação de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) é de competência da Justiça Estadual, pois, embora seja válida em todo o território nacional, é emitida por autoridade estadual.

10.3.1.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

10.3.1.10. Falsificação de dados em carteira de trabalho ou outros documentos previdenciários

A Lei n. 9.983/2000 acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 297, punindo com as mesmas penas da falsidade material de documento público a falsificação de determinados documentos que têm reflexos na Previdência Social. Na realidade, entretanto, as 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 672

condutas típicas descritas constituem hipóteses de falsidade ideológica, tendo havido equívoco legislativo no enquadramento das novas condutas figuras no art. 297.

As condutas aqui descritas distinguem-se daquelas elencadas no art. 337-A, em que existe a finalidade específica de sonegar contribuição previdenciária. Nas infrações em estudo não se exige qualquer finalidade especial. Os parágrafos têm a seguinte redação:

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I — na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a faz er prova perante a Pre vidência Social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II — na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a Previdência Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III — em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a Previdência Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

10.3.2. Falsificação de documento particular

Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa.

10.3.2.1. Objetividade jurídica

Preservar a fé pública nos documentos particulares.

10.3.2.2. Tipo objetivo

Documento **particular** é aquele que não é público em si mesmo ou por equiparação. Os requisitos do documento particular são os mesmos do documento público (forma escrita, autor certo, conteúdo com relevância jurídica e valor probatório), sendo que, entretanto, não são elaborados por funcionário público no desempenho de suas funções. Ex.: contratos de compra e venda, de locação, notas fiscais, carteira de sócio de clube etc.

O documento particular registrado em cartório não tem sua natureza alterada. O

registro é apenas para dar publicidade ao documento, no sentido de ficar registrada a sua existência em determinada data, mas não altera seu caráter particular. Assim, quando alguém registra um compromisso de compra e venda, a finalidade é demonstrar que tal contrato já havia sido celebrado em certa data, de modo que uma venda posterior a outra pessoa não tenha valor.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 673

11/4/2011 17:28:49

A cópia autenticada de documento particular continua sendo documento particular.

10.3.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

10.3.2.4. Sujeito passivo

O Estado e eventualmente as pessoas prejudicadas pelo documento falso.

10.3.2.5. Consumação

Consuma-se com a falsificação ou alteração, independentemente do uso ou de qualquer outra consequência posterior. Basta a *editio falsi*.

A falsificação é crime de **perigo**, que se aperfeiçoa independentemente do uso.

10.3.2.6. Tentativa

É cabível pois, apesar de ser crime **formal**, é possível que o agente seja surpreendido no momento em que está iniciando a falsificação.

10.3.2.7. Ação penal

É pública incondicionada.

De acordo com Súmula n. 104 do Superior Tribunal de Justiça, "*compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino*".

10.3.2.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

10.3.3. 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 um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

10.3.3.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 674

11/4/2011 17:28:50

10.3.3.2. Tipo objetivo

A falsidade ideológica também é conhecida por falsidade **intelectual**, **ideal** ou

moral. Nela, o documento é autêntico em seus requisitos extrínsecos e emana realmente da pessoa que nele figura como seu autor. Assim, apenas o seu conteúdo é falso. Conforme menciona o tipo penal, trata-se de falsidade nas **declarações** contidas no documento.

• Condutas típicas

Estão elencadas no art. 299 três condutas típicas:

1) Omitir declaração que devia constar do documento. Nessa modalidade, a conduta é omissiva pois se refere a uma declaração que deixou de constar.

O agente elabora um documento deixando, dolosamente, de inserir alguma informação que era obrigatória. Exs.: não inserir cláusula contratual que havia sido combinada; confeccionar Carteira de Habilitação na qual não consta a necessidade do uso de lentes corretivas etc.

2) Inserir declaração falsa ou diversa da que devia constar. Aqui o agente confecciona o documento inserindo informação inverídica ou diversa da que devia constar. Trata-se de conduta **comissiva**. Exs.: delegado que elabora Carteira de Habilitação declarando que determinada pessoa é habilitada quando ela, em verdade, foi reprovada no exame (declaração falsa); ou declarando que a pessoa é habilitada em categoria diversa da qual ela foi efetivamente aprovada (declaração diversa da que deveria constar).

3) Fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia constar. O agente fornece informação falsa a terceira pessoa, responsável pela elaboração do documento, e esta, sem ter ciência da falsidade, o confecciona. Ex.: alguém declara que é solteiro ao Tabelião durante a lavratura de uma escritura para prejudicar os direitos de sua esposa de quem está se separando.

Nas duas primeiras hipóteses (omitir e inserir) existe a chamada falsidade **imediata**, pois é a própria pessoa que confecciona o documento quem comete o falso ideológico. Na última modalidade (fazer inserir) a lei não pune quem confecciona o documento, mas quem lhe passa a informação falsa (falsidade **mediata**), pois, neste caso, quem o elabora está de boa-fé, desconhece a falsidade da declaração. Se tal pessoa conhecesse a falsidade da declaração e, ainda assim, elaborasse o documento, seria autor do crime na modalidade inserir declaração falsa, ao passo que a pessoa que lhe pediu para desse modo agir seria partícipe de tal crime.

• Objeto material

As condutas podem recair sobre documento público ou particular, sendo que, na primeira hipótese, a pena é de reclusão, de um a cinco anos, e multa, e, na segunda, reclusão, de um a três anos, e multa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 675

11/4/2011 17:28:50

• Elemento subjetivo

Para que exista falsidade ideológica, é necessário que o agente queira prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Ausentes tais finalidades, o fato será atípico.

• Comprovação

A falsidade ideológica é crime que não pode ser comprovado pericialmente, pois o documento é verdadeiro em seu aspecto formal, sendo falso apenas o seu conteúdo. Assim, não se exige o exame pericial. O juiz é quem deve avaliar no caso concreto se o conteúdo é verdadeiro ou falso. A propósito: "*Afigura-se prescindível o exame de corpo de delito para a configuração do crime de falsidade ideológica, mormente em havendo a confissão do acusado sobre os fatos que lhe foram imputados. O exame de corpo de delito é indispensável somente em se tratando do falso material, apresentando-se a perícia até mesmo inócua para demonstrar a existência do falso ideológico, que admite outros meios de prova. Recurso provido*" (STJ —

6ª Turma — Resp. 421.828-PR — Rel. Min. Paulo Medina — j. 02.09.2003 — v.u. —

DJU 22.09.2003, p. 398).

• Preenchimento abusivo de papel assinado em branco por outra pessoa
Duas situações podem ocorrer:

a) Se o papel foi assinado em branco e entregue em con fiança a alguém para que o preenchesse posteriormente com determinado conteúdo, mas o agente o fez em desacordo com as instruções dadas, há crime de **falsidade ideológica**.

b) Se o papel assinado em branco foi obtido de forma ilícita (furto, roubo etc.), o crime é o de falsidade **material**.

A diferença está em que, no primeiro caso, o documento foi elaborado por quem tinha autorização para fazê-lo, sendo falso apenas o seu conteúdo.

• Falsidade ideológica em documento fiscal

A inserção de dados falsos em documentos, livros ou declarações exigidas pelas leis fiscais caracteriza crime contra a ordem tributária (art. 1º da Lei n. 8.137/90).

O crime de sonegação fiscal (contra a ordem tributária) absorve o delito de falsidade ideológica. Aliás, o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade da sonegação fiscal, não subsistindo também o delito de falsidade ideológica. A propósito: "*A sonegação fiscal absorve a falsidade, quando esta é o meio fraudulento empregado para a prática do delito tributário" (RHC*

1.506-SP, Rel. Min. Carlos Thibau). A extinção da punibilidade do réu, no tocante ao crime de sonegação fiscal, porque efetuado o pagamento do tributo, é de -

cisão que motiva o trancamento da ação penal por falta de justa causa, relativa mente aos corréus que se utilizavam do crime de falso para realização do delito
03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 676

11/4/2011 17:28:50

tributário". (STJ — 6ª Turma — HC 4340/RJ — Rel. Min. Anselmo Santiago —

DJU 10.03.1997, p. 5.996).

• Declarações particulares

Declaração particular só caracteriza o crime quando **por si só** pode criar obriga-

ção, prejudicar direito ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Não haverá crime, portanto, se a declaração particular for sujeita a exame obrigatório por parte de funcionário público (exame oficial). Nesse sentido: "*Crime de falsidade ideo lógica. Art. 299, do Código Penal. Declaração de pobreza para obtenção de gratuidade judiciária. Não caracterização como documento para fins penais. Ação penal trancada. Ordem concedida. Declaração passível de averiguação ulterior não constitui documento para fins penais. HC deferido para trancar a ação penal*" (STF

— 2ª Turma — HC 85.976-3-MT — Rel. Min. Ellen Gracie — j. 13.12.2005 — v.u.

— *DJU* 24.02.2006, p. 51).

• Simulação no negócio jurídico

A simulação, quando recai sobre documento, além de constituir ilícito civil, tipifica o falso ideológico. Na simulação, as partes contraentes de um negócio o fazem somente para preju dicar terceiros ou para fraudar a lei. O documento é verdadeiro, mas o conteúdo é falso. Ex.: o marido, para prejudicar a esposa, simula dívidas e emite promissórias em favor de um amigo que lhe repassa o valor.

• Falso conteúdo em petições judiciais

Declarações falsas em requerimentos ou petições judiciais, ainda que sirvam de fundamento para um pedido, não caracterizam o delito porque não têm valor probatório. Assim, se um advogado pede a libertação de seu cliente dizendo que ele é primário, mas fica provado que se trata de pessoa reincidente, o advogado não responde por falsidade ideológica, porque o juiz tem sempre obrigação de conferir a veracidade da informação — verificar se o réu é mesmo primário.

10.3.3.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Em se tratando de crime praticado por **funcionário público prevalecendo-se do cargo**, a pena será aumentada de um sexto, nos termos do art. 299, parágrafo único, do Código Penal.

O **particular** só pode cometer falsidade ideológica em documento público em duas hipóteses: a) Se ele fizer um funcionário público de boa-fé inserir declaração falsa em documento público; b) Se elaborar documento público por equiparação, de sua alçada, com declaração falsa.

10.3.3.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, alguém que sofra prejuízo em razão do documento falso.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 677

11/4/2011 17:28:50

10.3.3.5. Consumação

Quando o documento fica pronto com a efetiva omissão ou inserção de declara-

ção, de forma a tornar falso o seu conteúdo, mesmo que o agente não atinja a sua finalidade de prejudicar direito, criar obrigação etc. Trata-se de crime **formal**.

10.3.3.6. Tentativa

Só é possível nas formas **comissivas**.

10.3.3.7. Falsidade em assento de registro civil

A pena da falsidade ideológica será aumentada de um sexto se a falsificação ou alteração for de **assentamento de registro civil** (nascimento, casamento, óbito, emancipação, interdição etc.), ou seja, se o agente insere ou faz inserir declaração falsa no próprio livro onde os atos são registrados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. O legislador entendeu ser mais grave a

conduta nesse caso, pois, sendo falsificado o próprio assento, todas as certidões dali extraídas posteriormente conterão as impropriedades dele decorrentes.

Veja-se, entretanto, que, dependendo da espécie de falsificação, o fato poderá caracterizar crime autônomo:

a) quem promove a inscrição em registro civil de **nascimento inexistente** comete o crime do art. 241 do Código Penal;

b) quem **registra como seu o filho de outrem** responde pelo crime do art. 242, segunda figura, do Código Penal. Nesse caso, temos a chamada "**adoção à brasileira**", em que os interessados na adoção de um recém-nascido, visando evitar as delongas de um processo de adoção, comparecem ao cartório e registram o filho de outrem como próprio.

Exceto essas duas hipóteses especiais, qualquer outra falsificação feita no assentamento de **nascimento** caracteriza o crime de falsidade ideológica, com a pena majorada (art. 299, parágrafo único). Ex.: data ou local do nascimento. Além disso, caso não se trate de registro de nascimento, mas de qualquer outro tipo de registro civil (casamento, óbito etc.), o delito será sempre o de falsidade ideológica com a pena agravada.

Em todos os casos de falso em assento de registro civil, a prescrição só passa a correr da data em que o fato se torna conhecido (art. 111, IV, do CP).

10.3.3.8. Ação penal

É pública incondicionada.

10.3.3.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

omissivo quanto

quanto ao

subjetivo

ativo

aos meios de

momento

execução

consumativo

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 678

11/4/2011 17:28:50

10.3.4. Falso reconhecimento de firma ou letra

Art. 300. Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma

ou letra que não o seja:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público; e de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

10.3.4.1. Objetividade jurídica

Preservar a fé pública nas letras ou firmas reconhecidas.

10.3.4.2. Tipo objetivo

Trata-se de crime semelhante à falsidade ideológica, porém, com regras pró-

prias. Consiste em reconhecer como verdadeira firma ou letra que não o seja. **Firma** é a assinatura de alguém, e **letra** é o manuscrito de uma pessoa. O reconhecimento de firma é uma atividade corriqueira e tem a finalidade de demonstrar que a pessoa que assinou determinado contrato ou documento é efetivamente aquela. Para isso, em geral, as pessoas possuem nos tabelionatos uma ficha com o modelo de sua assinatura. Assim, se assinam algum contrato ou documento, a outra parte procura o tabelionato para que reconheça se aquela assinatura é verdadeira. Existem várias formas de reconhecimento de firma — por autenticidade, por semelhança ou indireto —, e, como a lei não faz distinção, o crime abrange qualquer hipótese. O reconhecimento de letra é algo muito raro, pois, na prática, só é usado para reconhecer a autenticidade de testamentos lavrados de próprio punho pelo ***de cujus***.

De lembrar-se que se trata de crime doloso, porém, ao contrário do que ocorre na falsidade ideológica, a lei não exige um especial fim de agir. Não existe forma culposa.

10.3.4.3. Sujeito ativo

O crime só pode ser cometido por quem tem atribuição legal para reconhecer firma ou letra (tabelião, escrevente do tabelionato, oficial do cartório de registro civil etc.). Trata-se, pois, de crime **próprio**. Porém, o particular que colabore com o delito responde na condição de partícipe.

10.3.4.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, alguém que seja prejudicado.

10.3.4.5. Consumação

Com o reconhecimento da firma ou letra, independentemente de qualquer consequência poste rior. Entende-se, inclusive, que o crime está consumado antes mesmo da devolução do documento. Trata-se, pois, de crime **formal**.

10.3.4.6. Tentativa

É possível.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 679

11/4/2011 17:28:50

10.3.4.7. Distinção

Quando um particular, agindo sozinho, reconhece uma firma, falsificando a assinatura de um tabelião, comete crime de falsificação de documento público ou particular (arts. 297 e 298).

Se o fato ocorrer para fins eleitorais, estará caracterizado o delito do art. 352 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

10.3.4.8. Ação penal

É pública incondicionada.

10.3.5. 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 dois meses a um ano.

10.3.5.1. Objetividade jurídica

A fé pública, no sentido de evitar que funcionário público emita atestado ou certidão ideologicamente falsos a fim de beneficiar alguém perante a Administração.

10.3.5.2. Tipo objetivo

Não se deve confundir o crime em tela com o delito de falsidade ideológica (art. 299), que se refere à falsidade de um **documento**. Aqui a conduta recai sobre **atestado** ou **certidão** feito por funcionário público acerca de fato ou circunstância.

Além disso, exige-se para a configuração desse delito que o atestado ou certidão tenha por finalidade:

a) habilitar alguém a obter cargo público;

b) isentá-lo de ônus ou de serviço de caráter público;

c) levá-lo à obtenção de qualquer outra vantagem. Essa última hipótese é uma formulação genérica, mas, segundo a doutrina dominante, deve ser interpretada em consonância com as três hipóteses anteriores, ou seja, a vantagem deve ter caráter público.

No dizer de Damásio de Jesus,219 "*atestado é um documento que traz em si o testemunho de um fato ou circunstância. O signatário o emite em face do conhecimento pessoal a respeito de seu objeto, obtido, na espécie do tipo, no exercício de suas atribuições funcionais. Certidão (ou certificado) é o documento pelo qual o funcionário,*

219 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 66.

no exercício de suas atribuições oficiais, afirma a verdade de um fato ou

circunstância contida em documento público". A diferença, portanto, é que a certidão é feita com base em um documento guardado ou em tramitação em uma repartição pública, enquanto o atestado é um testemunho por escrito do funcionário público sobre um fato ou circunstância. Só existe o crime quando o atestado ou certidão emanam originariamente do funcionário público. A conduta de extrair cópia falsa de documento pú-

blico guardado em repartição constitui crime mais grave, de falsidade documental.

O **fato** ou **circunstância** a que a lei se refere devem guardar relação com a pessoa destinatária.

Na doutrina e na jurisprudência os exemplos mais citados são: dar atestado de bom comportamento carcerário para preso conseguir algum benefício ou para determinada pessoa obter cargo público; atestar que alguém é pobre para obter defensor público ou a assistência do Ministério Público, ou, ainda, para obter vaga em hospital público; certificar que alguém já atuou como jurado para isentá-lo de novamente atuar nessa função; certificar que alguém já prestou serviço militar para isentá-lo de qualquer ônus etc.

Ressalte-se que, para a caracterização do delito, é necessário que o funcionário saiba da falsidade da informação e da finalidade a que se destina o atestado ou certidão (obtenção de cargo público, isenção de ônus etc.) e, mesmo assim, dolosamente a emita.

10.3.5.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, que só pode ser cometido por funcionário público no exercício de suas funções. Aquele que recebe o atestado ou certidão e dele faz uso incide no art. 304 do Código Penal, com a pena do art. 301.

10.3.5.4. Sujeito passivo

É o Estado.

10.3.5.5. Consumação

Apesar de ser controvertido o tema, prevalece na doutrina o entendimento de que basta a elaboração do atestado ou certidão falsa, não sendo necessária sua efetiva

entrega ao destinatário. Comungamos, entretanto, da opinião minoritária de Damá-

sio de Jesus,220 segundo a qual o crime só se consuma com a entrega do atestado ou certidão, na medida em que, antes disso, o funcionário pode simplesmente se arrepender e rasgá-lo, hipótese que deve ser interpretada como arrependimento eficaz, exatamente porque o crime ainda não estava consumado.

Há, porém, unanimidade no sentido de que o crime é **formal**, ou seja, sua consumação independe de o destinatário efetivamente conseguir, com o atestado ou certidão, obter o benefício visado.

220 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 67.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 681

11/4/2011 17:28:51

10.3.5.6. Tentativa

Considerando a divergência existente quanto ao momento consumativo, diverge também a doutrina acerca da possibilidade de o crime admitir a forma tentada. Para Nélson Hungria,221 o fato de o crime se consumar com a efetiva elaboração do atestado ou certidão torna inviável a tentativa. Para os que, como nós, pensam que o crime se consuma com a entrega ao destinatário, é possível o *conatus*.

10.3.5.7. Aplicação cumulativa de multa

Se há intenção de lucro, aplica-se também pena de multa (§ 2º).

10.3.5.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

10.3.6. Falsidade material de atestado ou cer tidão

Art. 301, § 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 três meses a dois anos.

10.3.6.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.3.6.2. Tipo objetivo

Nessa modalidade, a falsidade do atestado ou certidão é **material** e, portanto, consiste em falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou atestado verdadeiro. É também necessário que o objeto da falsificação seja fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem.

É necessário que o dolo do agente abranja a finalidade para a qual será utilizado o objeto material do crime.

10.3.6.3. Sujeito ativo

Existe grave divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de quem pode ser sujeito ativo deste crime. A primeira corrente defende que só o funcionário público pode cometê-lo, pois, apesar de não haver menção expressa (ao contrário do que ocorre no *caput*) exigindo que o crime seja praticado no exercício da função pública, a inter pretação deste § 1º deve ser feita em consonância com aquele. Outra 221 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* v. IX, p. 294.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 682

11/4/2011 17:28:51

orientação é no sentido de que também o particular pode cometer o crime de

falsidade material de atestado ou certidão. Para essa corrente, apenas a figura do *caput* exige a condição de funcionário público, porque apenas este pode falsificar ideologicamente um atestado ou certidão pública. Porém, quando se trata de falsidade material, qualquer pessoa — funcionário ou não — pode praticá-la. Por isso, a não menção à qualidade de funcionário público na figura do § 1º teria sido intencional, justamente para permitir que o particular também possa ser incriminado.

Em virtude dessa divergência, decorrente de o § 1º não exigir que o fato ocorra no desempenho de função pública, acaba havendo também forte dúvida quanto à interpretação da fórmula genérica "*qualquer outra vantagem*" utilizada no tipo. Para os seguidores da primeira corrente, a expressão refere-se a qualquer outra vantagem de natureza pública, e para a segunda envolve toda e qualquer espécie de vantagem.

Na prática, tem sido mais aceita a tese de que particulares podem ser autores desse crime, de forma a serem punidos aqueles que, por exemplo, falsificam um atestado com a assinatura de um médico, declarando que certa pessoa está doente e impossibilitada de trabalhar. Por sua vez, quem usa o atestado falso para justificar faltas no trabalho incorre no crime do art. 304 do Código Penal com a pena do art. 301, § 1º.

Nesse sentido: "*Uso de certidão material e ideologicamente falsa. Art. 301, § 1º, do Código Penal. Tipificação. 1. Qualquer pessoa pode ser responsabilizada pela feitura de documento ou atestado que contenha falsidade material, e não apenas o exercente da função pública que o teria expedido ou deveria expedir, porquanto, intencionalmente não incluído pelo legislador o requisito, em razão da função pública, no § 1º do art. 301 do CP, faz com que se tenha, na espécie, crime classificado como comum, quanto ao agente e não crime próprio. Assim, se o agente, ao utilizar o documento público falsificado, visa obter vantagem no serviço público, tem-se que sua ação se amolda no art. 304 com remissão ao art. 301, § 1º, do CP e não ao art. 297*

do mesmo estatuto. Precedentes" (STJ — 6ª Turma — Resp. 210.379-DF — Rel.

Min. Fernando Gonçalves — j. 12.09.2000 — *DJU* 02.10.2000 — p. 187); "*Falsidade material de atestado ou certidão — Crime comum. 1. 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. 2.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiç a" (STJ — 6ª Turma — Resp. 209.245-DF —

Rel. Min. Hamilton Carvalhido — j. 01.03.2001 — *DJU* 13.08.2001, p. 296). No mesmo sentido: STJ — 6ª Turma — Resp. 209.450-DF — Rel. Min. Fontes de Alen-car — j. 09.10.2001 — *DJU* 05.11.2001, p. 146; Resp. 188.184-DF — Rel. Min.

Felix Fischer — 5ª Turma — *DJ* 29.03.1999; Resp. 209.245-DF — Rel. Min. Hamilton Carvalhido — 6ª Turma — *DJ* 13.08.2001; STJ — Resp. 246.592-DF — Rel.

Min. Arnaldo Esteves Lima — decisão de 29.05.2006 — *DJU* 09.06.2006, p. 380/381; STJ — 5ª Turma — Resp. 251.485-DF — Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca —

j. 18.12.2003 — v.u. — *DJU* 16.12.2004, p. 284/285.

10.3.6.4. Sujeito passivo

O Estado e as pessoas lesadas pelo eventual uso do atestado materialmente falso.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 683

11/4/2011 17:28:51

10.3.6.5. Consumação

No exato instante em que o atestado ou certidão é falsificado ou alterado, independentemente da produção de qualquer resultado. Como aqui se trata de terceiro falsificando materialmente o atestado ou certidão, não há divergência quanto ao momento consumativo.

10.3.6.6. Tentativa

É possível.

10.3.6.7. Aplicação cumulativa de multa

Se há intenção de lucro, aplica-se também pena de multa (§ 2º).

10.3.6.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

10.3.7. Falsidade de atestado médico

Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena — detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

10.3.7.1. Objetividade jurídica

A fé pública nos atestados médicos.

10.3.7.2. Tipo objetivo

O tipo penal é expresso no sentido de que o crime em análise pressupõe que um **profissional da medicina** forneça um atestado médico falso a alguém. O crime só se caracteriza quando o conteúdo do atestado refere-se às funções típicas dos médicos: existência de certa doença, necessidade de repouso para convalescência, atendimento de pessoa em consulta médica, atestado de óbito etc. A falsidade pode ser total ou parcial, mas deve referir-se a ato juridicamente relevante. O atestado deve ter sido dado por escrito.

Quem usa o atestado médico falso incorre no crime do art. 304 com a pena do art. 302.

10.3.7.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, pois só pode ser cometido por **médico**. Admite, porém, a participação de terceiro. Conforme já mencionado, quem não é médico e

falsifica atestado médico comete o crime do art. 301, § 1º, do CP.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 684

11/4/2011 17:28:51

Veja-se que, quando o médico fornece o atestado **no desempenho de função pública** (por trabalhar em hospital público, por exemplo), comete o crime do art. 301

do Código Penal, que é mais grave. Se recebeu alguma vantagem para a emissão do atestado falso, haverá crime ainda mais grave — corrupção passiva.

Se o particular, autor de atestado próprio falso, é dentista, veterinário ou qualquer outro profissional que não seja da área médica, não estará configurado o crime em tela, e sim o de falsidade ideológica, do art. 299. Esse tratamento jurídico dado pelo Código Penal merece severas críticas, pois pune o delito praticado pelo médico

— que certamente é mais grave — com pena menor que a de outros profissionais.

Em tais hipóteses, trata-se de dentista emitindo atestado falso de dentista (e não de médico). Conforme mencionado anteriormente, quem não é médico e falsifica atestado dessa natureza incorre no crime do art. 301, § 1º.

10.3.7.4. Sujeito passivo

Sujeito passivo do crime é o Estado e qualquer outra pessoa prejudicada pelo uso do atestado falso, como, por exemplo, o empregador a quem o atestado é apresentado a fim de abonar faltas ao trabalho.

10.3.7.5. Consumação

No momento em que o médico fornece o atestado a alguém.

10.3.7.6. Tentativa

É possível.

10.3.7.7. Aplicação cumulativa de multa

Se o médico dá o atestado falso a alguém por amizade, incorre na figura comum do delito, porém, se o faz com o intuito de lucro, cobrando por sua emissão, incorre na figura agravada do parágrafo único, cuja única consequência é a aplicação cumulativa de pena de multa.

10.3.7.8. Ação penal

É pública incondicionada.

10.3.8. Reprodução ou alteração de selo ou peça filatélica

Art. 303. Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica que tenha valor para coleção, salvo quando a reprodução ou alteração está visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:

Pena — detenção, de um a três anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, para fins de comércio, faz uso do selo ou peça filatélica.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 685

11/4/2011 17:28:51

Esse dispositivo foi revogado pelo art. 39 da Lei n. 6.538/78, que pune as mesmas condutas.

10.3.9. 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.

10.3.9.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.3.9.2. Tipo objetivo

O uso de documento falso é um crime **remetido**, uma vez que a descrição típica se integra pela menção a outros dispositivos legais. Assim, caracteriza o crime o uso de quaisquer dos documentos falsos descritos nos arts. 297 a 302 do Código Penal, como, por exemplo, do documento material ou ideologicamente falso.

O crime em análise enquadra-se no conceito de crime **acessório**, pois sua existência pressupõe a ocorrência de um crime anterior, qual seja, o de falsificação do documento. A pena é a mesma prevista para o falsário.

Fazer uso significa que o agente, visando fazer prova sobre fato relevante, apresenta efetivamente o documento a alguém, tornando-o acessível à pessoa que pretende iludir. Caracteriza-se o crime pela apresentação do documento a qualquer pessoa, e não apenas a funcionário público. É necessário, entretanto, que tenha sido apresentado com a finalidade de fazer prova sobre fato relevante. Não há crime, por exemplo, quando alguém mostra um documento falso a amigos em um bar.

Se o documento é apreendido em poder do agente, em decor rência de busca domiciliar ou revista pessoal feita por policiais, não há crime, pois não houve apresentação do documento. Assim, a **posse** e o **porte** do documento são **atípicos** quando ele não é efetivamente apresentado pelo agente. Esse entendimento não se aplica, ex cepcionalmente, quando o documento falso é a Carteira Nacional de Habilitação (CNH), uma vez que o art. 159, § 1º, do Código de Trânsito, estabelece que esse documento é de porte obrigatório para quem está conduzindo veículo, de modo que os tribunais superiores têm entendido que, nesse caso, o mero porte do documento por parte de quem está dirigindo equivale ao uso.

É praticamente pacífico o entendimento de que há crime quando a pessoa apresenta um documento falso em decorrência de solicitação policial. O tema, porém, torna-se mais polêmico quando o documento é apresentado em razão de exigência (ordem) do policial, prevalecendo atualmente o entendimento de que

também constitui delito. Nesse sentido: "*Reiterada é a jurisprudência desta Corte e do STF no sentido de que há crime de uso de documento falso ainda quando o agente o exibe para a sua identificação em virtude de exigência por parte de autoridade policial*" (STJ — 5ª Turma — Rel. Min. Arnaldo da Fonseca — *DJU* 24.05.1999, p. 190).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 686

11/4/2011 17:28:51

Em se tratando de cópia de documento, só haverá crime se o uso for de cópia autenticada. A cópia não autenticada não tem valor probatório e, por isso, não se enquadra no conceito de documento. "*Crime de uso de documento falso. Procuração.*

Cópia reprográfica não autenticada. Potencialidade lesiva. Tipificação. Não configuração. De fato, a jurisprudência desta Corte tem entendido que a utilização de cópia reprográfica não autenticada não configura ação com potencial de causar dano à fé pública, objeto tutelado pelo art. 304 do Código Penal (RHC 9260/SP —

6ª Turma — Rel. Min. Hamilton Carvalhido — *DJU* 23.10.2000; RHC 7472/PR —

5ª Turma — *DJU* 13.10.1998; RHC 1499/RJ — 5ª Turma — Rel. Min. Edson Vi digal

— *DJU* 04.05.1992; Resp 17584/RJ — 5ª Turma — Rel. Min. José Dantas — *DJU*

14.09.1992)." (STJ — HC 33.538/PR — Rel. Min. Felix Fischer — despacho de 02.03.2004 — *DJU* 12.03.2004, p. 334).

10.3.9.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, exceto o autor da falsificação, visto que o entendimento é de

que o falsário que posteriormente usa o documento responde apenas pela falsificação, sendo o uso um *post factum* impunível. Em suma, o crime será reconhecido quando alguém usar documento falsificado por outrem.

10.3.9.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, a pessoa enganada pela apresentação do documento falso.

10.3.9.5. Consumação

Com o uso, independentemente de o agente ter obtido qualquer vantagem, ou seja, mesmo que não engane o destinatário. A falsificação só não pode ser grosseira, pois, nesse caso, o fato é considerado atípico (crime impossível).

10.3.9.6. Tentativa

De acordo com entendimento unânime da doutrina, não é admissível, pois, ou o agente usa o documento falso, e está consumado o delito, ou não o utiliza, hipótese em que o fato é atípico. Teoricamente poderíamos falar em tentativa no caso de uso feito mediante remessa do documento. Ex.: pessoa que remete pelo correio um diploma falso a fim de se matricular em universidade, mas o documento se extravia. Nesse caso, entretanto, o extravio impede a demonstração da falsidade.

10.3.9.7. Distinção

A pessoa que usa documento verdadeiro de outra pessoa como se fosse próprio infringe o art. 308 do Código Penal (espécie do crime de falsa identidade).

Quem usa documento falso a fim de cometer estelionato só responde por este crime, nos termos da Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça, sendo o uso considerado crime-meio.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 687

11/4/2011 17:28:52

Victor Eduardo Rios Gonçalves

O falsário que usa o documento por ele falsificado só responde pela falsificação, delito que primeiro se consumou sendo o uso um *post factum* impunível, conforme já mencionado. Nesse sentido: "*Uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação. Post factum impunível. Há consumação do crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. No caso do art. 297 do CP, falsificar, no todo, ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro.*

Encerrado o ciclo vital do delito, o uso do documento, pelo autor do falso, caracteriza o exaurimento da infração penal. Não é punível" (STJ — 6ª Turma — Resp.

25.999/RS — Maioria de votos — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — *DJU*

25.11.1996, p. 46.228); "*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 — 2ª

Turma — HC 84.533-9/MG — Rel. Min. Celso de Mello — j. 14.09.2004 — v.u.

— *DJU* 30.06.2006, p. 35).

10.3.9.8. Ação penal

É pública incondicionada.

Caso o documento falso seja apresentado na Justiça Federal ou do Trabalho, a competência será da esfera federal. A propósito: *"Crime de uso de documento particular falso. Competência. Apresentação perante a justiça do trabalho. Falsificação de recibos de pagamento de verbas rescisórias de empregado. Competência da Justiça Federal"* (STJ — Conflito de Competência n. 47.993-PR — Rel. Min. Laurita Vaz — *DJU* 06.09.2005, p. 197).

10.3.9.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

omissivo quanto

quanto ao

subjetivo

ativo

aos meios de

momento

execução

consumativo

10.3.10. 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 dois a seis anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é particular.

10.3.10.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 688

11/4/2011 17:28:52

10.3.10.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são:

a) destruir: queimar, rasgar, eliminar, estragar, dilacerar etc.; **b) suprimir:** fazer desaparecer o documento, sem que tenha havido sua destruição ou ocultação;

c) ocultar: esconder, colocar o documento em local que não possa ser encontrado.

O objeto material do crime é o documento público ou particular.

Exige também a lei um elemento subjetivo específico, qual seja, a intenção de obter uma vantagem em proveito próprio ou alheio ou, ainda, de causar prejuízo a terceiro.

10.3.10.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do documento que dele não podia dispor.

10.3.10.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa a quem a conduta possa causar prejuízo.

10.3.10.5. Consumação

O crime é **formal** e, assim, consuma-se no momento em que o agente destrói, suprime ou oculta o documento, ainda que não atinja sua finalidade de obter vantagem ou causar prejuízo.

10.3.10.6. Tentativa

É possível.

10.3.10.7. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 689

11/4/2011 17:28:52

IV

DE OUTRAS FALSIDADES

10.4. DE OUTRAS FALSIDADES

10.4.1. 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 dois a seis anos, e multa.

10.4.1.1. Objetividade jurídica

A fé pública, no sentido de preservar a confiança nas marcas ou sinais empregados pelo poder público.

10.4.1.2. Tipo objetivo

De acordo com Damásio de Jesus,222 a "*marca corresponde a um selo de garantia com destinação de autenticar certos objetos ou de indicar a qualidade de determinados produtos ou a satisfação de requisitos legais. Sinal é a impressão simbólica do poder público com a finalidade de conferir a legitimidade do metal precioso*".

10.4.1.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. Tal como ocorre com as demais infrações deste título, só pode responder pelo crime de uso quem não tiver sido o autor da própria falsificação.

10.4.1.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, alguém que venha a ser prejudicado pela conduta ilícita.

222 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 88.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 690

11/4/2011 17:28:52

10.4.1.5. Consumação

Na falsificação, o crime se consuma com a fabricação ou alteração da marca ou sinal, independentemente do efetivo uso.

Já na modalidade de uso, o crime se consuma com sua primeira utilização.

10.4.1.6. Tentativa

É possível na falsificação e inadmissível no uso.

10.4.1.7. Figura privilegiada

Nos termos do parágrafo único do art. 306, a pena é de reclusão, de um a três

anos, e multa, 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.

10.4.1.8. Ação penal

É pública incondicionada.

10.4.2. 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 três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

10.4.2.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.4.2.2. Tipo objetivo

Identidade é o conjunto de características que servem para identificar uma pessoa: nome, filiação, estado civil, profissão, sexo etc.

Nesse crime, não há uso de documento falso ou verdadeiro. O agente simplesmente se atribui ou atribui a terceiro uma falsa identidade, mentindo a idade, dando nome inverídico etc.

Para a caracterização do crime, é necessário que o agente vise obter alguma vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou causar dano a outrem. Ex.: fazer uma prova na faculdade para outra pessoa; criar perfil falso de um artista no Orkut etc.

A grande controvérsia que envolve o crime de falsa identidade refere-se à hipó-

tese daquele que, ao ser preso em flagrante, mente verbalmente seu nome no Distrito Policial, a fim de esconder que já ostenta condenações anteriores, de modo que não sejam cumpridos mandados de prisão contra ele existentes. Tem prevalecido o entendimento de que o fato não constitui crime em razão de ter o

acusado direito de não 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 691

11/4/2011 17:28:52

produzir prova contra si mesmo, sendo permitida essa forma de **autodefesa**, nos termos do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Contra esse entendimento, argumenta-se que a Constituição, em verdade, permite apenas que o réu permaneça calado e não que minta em relação à sua qualificação, tanto que os casos mais famosos de prisões de pessoas inocentes decorrem de tal mentira. Com efeito, se a pessoa que foi presa em flagrante por um crime de roubo identifica-se falsamente como Antonio Honorato dos Santos Ribeiro, por exemplo, e, posteriormente, foge da prisão, a pessoa procurada passa a ser o verdadeiro Antonio Honorato que, uma vez preso, terá que passar alguns dias no cárcere até que consiga provar que não é o verdadeiro autor do roubo.

O fato é que a Constituição Federal permite tão somente que o sujeito fique calado quando de seu interrogatório, mas não admite a prática impune de ações defi nidas como crime na lei penal, a exemplo da resistência, do dano, da falsa identi dade etc. A conduta é típica porque o agente obtém vantagem ao se identificar como outra pessoa.

Assim, somente deixaria de existir o crime se ficasse caracterizada, no caso concreto, a ocorrência de uma das causas excludentes de antijuridicidade. A autodefesa certamente não é uma delas, pela simples inexistência de previsão legal. É certo que o agente tem até o direito de fugir ou de calar a verdade quanto ao fato delituoso, mas não pode falsear a própria identidade alegando autodefesa, pois não há defesa legíti-ma contra atos da autoridade praticados com base na lei penal ou proces sual penal.

Nem se argumente que não há crime, ante o princípio do *nemmo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio. Não se trata aqui de produção de prova do crime pelo qual o agente foi preso, e sim de sua correta identificação, que é obrigatória.

Há, ainda, a tese do crime impossível, no sentido de que, em face da sistemática atual, em que se exige a identificação civil ou a colheita de impressões digitais

quando da qualificação do preso, a mentira quanto a sua identidade seria meio absolutamente ineficaz para a obtenção da vantagem visada, já que a autoridade certamente iria descobrir a farsa. A realidade, contudo, mostra-nos que o meio não é ineficaz, até porque, se o fosse, não seria utilizado pelos marginais. Primeiro, porque as autoridades apenas checam as digitais do preso junto ao instituto de identificação quando há desconfiança acerca de sua identidade. Segundo, porque é possível que o sujeito não tenha identificação civil junto aos órgãos públicos, o que torna impossível o confronto ou, mais grave ainda, que possua duas identificações, a verdadeira e a falsa. Ademais, o crime de falsa identidade é **formal**, de modo que se consuma com a falsa atribuição de qualidade, ainda que o fato seja descoberto.

Em nossa opinião, portanto, o fato constitui crime, da mesma forma que responde também por falsa identidade quem mente, por exemplo, alegando ser menor de idade, para evitar o indiciamento ao ser preso por algum delito. Nesses casos, por ser tipo penal específico, o crime é o de falsa identidade, e não o de falsidade ideológica na modalidade de fazer inserir declaração falsa em documento público (auto de indiciamento, boletim de ocorrência etc.).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 692

11/4/2011 17:28:52

Conforme mencionado anteriormente, entretanto, tem prevalecido o entendimento de que o fato é atípico. Nesse sentido: "*I — Não comete o delito previsto no art. 307 do Código penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII, da CF/88. Precedentes. II — Recurso desprovido*" (STJ — 5ª Turma — Resp. 471.252/MG — Rel. Min. Gilson Dipp — j. 18.09.2003 — v.u. — *DJU* 20.10.2003, p. 289); "*O fornecimento de nome falso à autoridade, quando da lavratura do boletim de ocorrência, não configura o crime do art. 307 do Código Penal (Resp. 337.684, DJ 24.02.2002, Rel.*

Min. Fernando Gonçalves). Recurso conhecido, mas desprovido" (STJ — 5ª Turma

— Resp. 439.532/MG — Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — j. 13.05.2003 —

v.u. — *DJU* 09.06.2003, p. 288).

Contra: "*O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão semelhante, compreendeu restar tipificado o crime de falsa identidade, quando o agente, ao ser preso, identifica-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes (HC 72377/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 30/06/95). O crime de falsa identidade é formal, aperfeiçoandose com a falsa atribuição de identidade, independentemente da obtenção da vantagem ou da ocorrência do dano pretendido pelo agente, não configurando impossibilidade absoluta para sua consumação a colheita de impressões digitais. Recurso conhecido e provido*" (STJ — 5ª Turma — Resp. 666.003/SP

— Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — j. 22.03.2005 — v.u. — *DJU* 18.04.2005, p. 379).

10.4.2.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa.

10.4.2.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, alguém que seja prejudicado pelo fato.

10.4.2.5. Consumação

Cuida-se de crime **formal**, que se consuma no instante em que o agente se atribui a falsa identidade, independentemente de conseguir a vantagem visada.

10.4.2.6. Tentativa

É possível, exceto na forma verbal.

10.4.2.7. Subsidiariedade

O legislador, ao estabelecer a pena do crime em estudo, expressamente previu sua subsidiariedade, restando sempre absorvido quando o fato constituir crime mais grave.

Assim, embora no crime de falsa identidade a vantagem visada possa ser de qualquer natureza, caso seja meio para a obtenção de vantagem econômica, respon-03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 693

11/4/2011 17:28:52

derá o agente apenas por estelionato. Na hipótese de se passar por outra pessoa para enganar a vítima e conseguir realizar ato sexual com ela, o crime será o de violação sexual mediante fraude (art. 215).

No caso de o agente atribuir-se a qualidade de funcionário público, haverá o crime de falsa identidade se ficar demonstrado que assim procedeu para obter alguma vantagem ou para causar prejuízo a terceiro. Sem essa intenção específica, haverá apenas a contravenção do art. 45 da Lei das Contravenções Penais ("fingir-se funcionário público"). Caso, entretanto, o agente se passe por policial para exigir dinheiro de pessoa para não a prender, o crime será o de extorsão, que é mais grave.

Igualmente ficará absorvido o crime se o agente se passar por outra pessoa fazendo uso de documento falso, hipótese que caracteriza o crime do art. 304 do Códi-go Penal. Ex.: usar documento alheio no qual foi inserida a própria fotografia.

Quando o agente, para se passar por outra pessoa, usa documento de identidade alheio, porém verdadeiro, incorre na modalidade mais grave do crime de falsa identidade do art. 308 do Código Penal.

10.4.2.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

10.4.3. Subtipo de falsa identidade (uso de documento de identidade alheio)

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 ou de terceiro:

Pena — detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

10.4.3.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.4.3.2. Tipo objetivo, consumação e tentativa

A lei incrimina duas condutas distintas:

a) Usar como próprio documento alheio. Nessa hipótese, o agente tem em suas mãos um passaporte, título de eleitor, carteira de reservista ou qualquer outro documento de identidade (RG, CPF, Carteira de Habilitação etc.) pertencente a terceiro, e deles se utiliza para fazer-se passar por outra pessoa. O documento deve ser verdadeiro, pois, se for falso, caracteriza crime mais grave, qual seja, o do art. 304 do Código Penal.

O crime se consuma com o uso, independentemente de qualquer outro resultado.

A tentativa não é possível: ou o agente usa o documento, e o crime está consumado, ou não o usa, e o fato é atípico.

b) Ceder a outrem, para que dele se utilize, documento próprio ou de terceiro. Nessa modalidade a lei pune apenas o sujeito que cede, entrega a alguém um 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 694

11/4/2011 17:28:52

X Dos Crimes Contra a Fé Pública

695

documento verdadeiro, próprio ou de terceiro, para que dele se utilize. O crime se consuma com a tradição do documento, sendo possível a tentativa quando o agente não consegue efetivá-la.

Aquele que recebe o documento deve estar imbuído da intenção de utilizá-lo para fazer-se passar por outra pessoa, mas, enquanto não faz uso efetivo de tal documento, o fato é atípico em relação a ele. Não se pode cogitar de receptação,

uma vez que, por ser verdadeiro, o documento não é produto de crime.

O legislador, ao disciplinar a pena relativa a essas infrações, estabelece que ela somente se aplica quando não constituir elemento de crime mais grave. Trata-se de hipótese de **subsi diariedade expressa**.

10.4.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

10.4.3.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa a quem o documento é apresentado.

10.4.3.5. Ação penal

É pública incondicionada.

10.4.4. 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 um a três anos, e multa.

10.4.4.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.4.4.2. Tipo objetivo

O crime consiste em apresentar-se o estrangeiro às autoridades, a fim de ingressar ou permanecer em território nacional, usando nome que não é seu. Pressupõe, portanto, que o agente não esteja com sua situação legalizada no País no termos da Lei n. 6.815/80, pois, caso contrário, não haveria razão para a falsa identificação.

O crime existe, quer se trate de nome imaginário ou alheio, quer ocorra de forma verbal ou por escrito.

Ao contrário do que ocorre com o crime de reingresso de estrangeiro expulso,

configura também o crime o uso de nome falso para entrar ou permanecer no território **jurídico** do País (mar territorial, espaço aéreo, navios nacionais em alto-mar etc.).

Trata-se de uma modalidade especial do crime de falsa identidade, que, entretanto, refere-se apenas ao uso do nome suposto, e não a outros dados qualificativos.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 695

11/4/2011 17:28:53

Evidente, ademais, que, se o agente usar documento de identidade alheio falsificado, incorrerá em crime mais grave, previsto no art. 304 do Código Penal.

10.4.4.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, que só pode ser cometido por estrangeiro.

10.4.4.4. Sujeito passivo

O Estado.

10.4.4.5. Consumação

Com a efetiva apresentação com nome fictício ou de terceiro. A redação do dispositivo deixa claro que se trata de crime **formal**, cuja consumação independe de o agente conseguir entrar ou permanecer no território nacional.

10.4.4.6. Tentativa

Não é possível, pois, ou o agente faz uso do nome falso e o delito está consumado, ou não o faz, e o fato é atípico.

10.4.4.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal (art. 109, X, da

Constituição Federal).

10.4.5. Falsa atribuição de qualidade a estrangeiro

Art. 309, parágrafo único — Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

10.4.5.1. Objetividade jurídica

A fé pública.

10.4.5.2. Tipo objetivo

No crime em análise, o agente, que pode ser qualquer pessoa, atesta um falso predicado ao estrangeiro (profissão, boa conduta, nacionalidade diversa da verdadeira), a fim de viabilizar sua entrada no território nacional. A conduta pode se dar de forma verbal ou por escrito e é necessário que tenha o poder de tornar possível o ingresso no território nacional.

10.4.5.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 696

11/4/2011 17:28:53

10.4.5.4. Sujeito passivo

O Estado.

10.4.5.5. Consumação

Trata-se de crime **formal**, que se consuma no momento em que o agente faz a atribuição falsa, ainda que o estrangeiro não obtenha êxito em ingressar no

território nacional.

10.4.5.6. Tentativa

Não é possível.

10.4.5.7. Ação penal

É pública incondicionada.

10.4.6. Falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade 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 seis meses a três anos, e multa.

10.4.6.1. Objetividade jurídica

A fé pública e a ordem econômica.

10.4.6.2. Tipo objetivo

Não basta que o sujeito se preste a figurar como "testa de ferro" em conversa entre amigos ou em reuniões. É necessário que concorde em figurar em **contrato** ou outro tipo de documento como dono ou possuidor de ação, título ou valor que, em verdade, pertence a estrangeiro quando, de acordo com a legislação brasileira, a este era vedada a propriedade ou posse. Cuida-se, pois, de simulação, em hipótese especial de falsidade ideológica.

Trata-se, outrossim, de norma penal em **branco** que depende de complemento por parte de outra lei ou do texto constitucional. Esta, por exemplo, proíbe estrangeiros de serem donos de empresa jornalística (art. 22 da CF).

10.4.6.3. Sujeito ativo

Qualquer brasileiro. Trata-se de crime **comum**.

10.4.6.4. Sujeito passivo

O Estado.

10.4.6.5. Consumação

No instante em que o sujeito se passa por dono ou possuidor daquilo que pertence ao estrangeiro.

10.4.6.6. Tentativa

É possível.

10.4.6.7. Ação penal

É pública incondicionada.

10.4.7. 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 três a seis anos, e multa.

10.4.7.1. Objetividade jurídica

A fé pública no sentido de serem preservados os sinais que identificam o veículo e o seu registro nos órgãos oficiais.

10.4.7.2. Tipo objetivo

Cuida-se de infração penal inserida no Código Penal pela Lei n. 9.426/96, em que o legislador pune o agente que adultera ou remarca número de chassi ou qualquer outro sinal identificador do veículo (placas, numeração do motor, do câmbio, numeração de chassi gravada nos vidros do automóvel etc.).

A **remarcação** do chassi ocorre quando o agente, utilizando-se de material abrasivo (raspagem, ácido), consegue apagar a numeração originária (ou parte dela)

e, em seu lugar, colocar outro número com a utilização de ferramentas apropriadas. A **adulteração** pode dar-se com qualquer espécie de montagem do chassi de um veícu-lo em outro.

É comum que pessoas alterem o último número da placa de seu veículo com uso de **fita isolante**, fato que se observa em cidades como São Paulo, onde existe sistema de rodízio de veículos em determinados horários nos dias úteis. A intenção do agente é burlar a regra sem que seja multado, podendo circular com o carro em horário proibido. Para alguns, o fato é atípico, pois a adulteração não se deu de forma permanente, aspecto que constituiria requisito do crime. Para outros, o fato configura o delito com o argumento de que a lei não exige que a adulteração seja permanente.

Este entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque, ao trocar o último número da placa com a fita isolante, o dono do carro, além de não ser multado pelo desrespeito ao rodízio, acaba também fazendo com que multas sejam 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 698

11/4/2011 17:28:53

X Dos Crimes Contra a Fé Pública

699

lavradas e remetidas ao dono de outro carro quando comete infração de trânsito com a placa modificada.

Nesse sentido: "*Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Transformação de placas de veículo para ludibriar a fiscalização de trânsito. Rodízio de veículos. Art. 311, do Código Penal — Lei n. 9.426/96. Tipicidade em tese. '... a placa de um veículo motorizado, ao lado de outros sinais de identificação, que vem elencados no art. 114, do CTB, se constitui num sinal identificador, um sinal externo de identificação*' . *Aliás, em lição adequada à espécie, afirmou o eminente Desembargador Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, citado pelo ilustre preopinante: '... a adultera*

ção dos caracteres alfanuméricos, mediante emprego de qualquer artifício, com pintura, adesivos, raspagens ou outros métodos, com a intenção de burlar a identificação, constitui o crime previsto no atual art. 311 e que fica como substituto do art. 306, parágrafo único, do CP' (O novo art. 311, do CP, in

IBCCrim 53/13)" (TJSP — 4ª

CCrim. — HC 269.710-3/4-SP — Rel. designado Passos de Freitas — j. 09.02.1999);

"Placas. Adulteração ou remarcação das placas do veículo automotor. Sinais identificadores. Art. 311, do CP e arts. 114 e 115, do CTB. 1. O veículo é identificado externamente por meio das placas dianteira e traseira, cujos caracteres o acompanharão até a baixa do registro. Tipifica, portanto, a conduta prevista no art. 311, do Código Penal, a adulteração ou remarcação destes sinais identificadores, bem como daqueles gravados no chassi ou no monobloco (arts. 114 e 115, do Código de Trânsito Brasileiro). 2. Ordem denegada" (STJ — 6ª Turma — HC 8.949-SP — Rel. Min.

Fernando Gonçalves — j. 28.09.1999 — *DJU* 25.10.1999, p. 130); "*Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311 do Código Penal, com o conteúdo introduzido pela Lei n. 9.426/96). Tipifica, em tese, a sua prática, a adulteração de placa numerada dianteira ou traseira do veículo, não apenas da numeração do chassi ou monobloco*" (STF — 1ª Turma — HC 79.780-6-SP — Rel. Min. Octavio Gallotti — j. 14.12.1999 — *DJU* 18.08.2000, p. 82); "*Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Art. 311,* caput *, do Código Penal. Retirada das placas. Sinal identificador externo. Enquadramento nos núcleos 'adulterar' e 'remarcar'. Possibilidade — ordem denegada. I. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática, dentre outros, do crime de adulteração de veículo automotor e corrupção de menores. II. É possível identificar um veículo tanto a partir de caracteres gravados no chassi ou no monobloco pelo montador ou fabricante, quanto pelas placas, dianteira e traseira, sendo esta lacrada, as quais são identificadores externos do automóvel.*

III. Não se pode excluir do elemento do tipo 'qualquer sinal identificador de veículo'

as placas, as quais constituem sinal identificador externo. VI. Ordem denegada" (STJ — 5ª Turma — HC 45.082-ES — Rel. Min. Gilson Dipp — j. 17.11.2005 —

v.u. — *DJU* 12.12.2005, p. 405).

O crime em estudo é autônomo em relação a even tual furto ou receptação do

veículo automotor, bem como no que diz respeito à falsificação do documento.

Assim, quem furta um carro, adultera o número do chassi e troca suas placas, bem como falsifica a numeração no respectivo documento (tornando o veículo um dublê), 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 699

11/4/2011 17:28:53

comete três infrações penais em concurso material. Esse tipo de conduta, aliás, gera enormes transtornos ao dono do carro verdadeiro que, comumente, começa a receber multas por infrações de trânsito que não cometeu e encontra grande dificuldade para provar sua inocência. Ademais, ainda que o faça, o real autor da infração acaba não sendo identificado, exceto se for preso na posse do veículo dublê. É muito comum, ademais, que, com a criação dos carros dublês, os agentes visem enganar um comprador descuidado que adquire um carro de origem ilícita por preço similar a um original. Esta pessoa, que desconhece a origem criminosa do bem, não responde por receptação dolosa, podendo incorrer na figura culposa se ficar demonstrado que poderia ter percebido a adulteração se agisse com mais cautela na negociação. Existem, porém, algumas adulterações, como transplantes de chassi, que podem enganar até mesmo pessoas experientes, hipótese em que o fato é atípico por parte de quem compra o carro. Em tais casos, sendo o veículo apreendido, será devolvido para o verdadeiro dono, ficando o comprador com o prejuízo.

10.4.7.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, mas, se o crime for praticado por funcionário público, no exercício de suas funções ou em razão dela, a pena será aumentada de um terço (§ 1º).

10.4.7.4. Sujeito passivo

O Estado e outras pessoas eventualmente prejudicadas.

10.4.7.5. Consumação

Com a efetiva remarcação ou adulteração.

10.4.7.6. Tentativa

É possível.

10.4.7.7. Figura equiparada

Por fim, estabelece o § 2º que na mesma pena incorre o fun cionário que contribui para o licenciamento ou registro do veículo com sinal identificador remarcado ou adulterado **fornecendo indevidamente material** (espelho de registro de veículo, documento de licen ciamento, carimbos etc.) ou **dando informação oficial** (para que os marginais possam, por exemplo, providenciar a documentação de veículo dublê).

Essas condutas do funcionário público dificultam sobremodo a descoberta e a apura-

ção dos delitos, pois visam "esquentar" a documentação, que normalmente é de origem ilícita, de modo a fazer com que o veículo seja considerado em situação regular.

Trata-se de crime **próprio**, que somente pode ser praticado por funcionário público (em geral em atuação junto ao Detran ou às Ciretrans).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 700

11/4/2011 17:28:53

10.4.7.8. Ação penal

É pública incondicionada.

10.5. QUESTõES

1. (Ministério Público/PE — 2008) A conduta do agente que altera, em parte, testamento particular, configura crime de:

a) corrupção ativa.

b) falsificação de documento particular.

c) corrupção passiva.

d) favorecimento pessoal.

e) falsificação de documento público.

Resposta: " e". O art. 297, § 2º, do Código Penal equipara o testamento particular a documento público.

2. (Ministério Público/PE — 2008) No crime de falsificação de documento público, se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, a) aumenta-se a pena de um terço.

b) aumenta-se a pena de um sexto.

c) a pena não sofre alteração em razão da função pública do agente.

d) a pena pode ser reduzida de 1/3 até metade se o funcionário tiver mais de dez anos de serviço.

e) a pena pode ser reduzida de 1/6 até metade se o funcionário tiver mais de dez anos de serviço e não tenha sofrido nenhuma punição administrativa nesse período.

Resposta: " b". O art. 297, § 1º, do Código Penal expresamente prevê esse aumento de 1/6.

3. (Delegado de Polícia/SP — 2002) A inserção de declaração falsa, em documento público ou particular, colimando a criação de obrigação, é tipificada como: a) falsificação de papéis públicos;

b) falsificação de documento público;

c) falsidade ideológica;

d) falsificação de documento particular.

Resposta: “ c”. A conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal do art. 299 do Código Penal

— falsidade ideológica.

4. (Ministério Público/SP — 83º concurso) O funcionário público que, ao informar seus dados pessoais para elaboração de compromisso de compra e venda de um apartamento, fornece falsa declaração de estado civil, com a intenção de prejudicar o cônjuge, de quem pretendia se separar, responde pelo crime de:

a) falsificação de documento particular, com o aumento de pena pelo fato de ser funcionário público.

b) falsidade ideológica.

c) falsificação de documento público, com o aumento de pena pelo fato de ser funcionário público.

d) falsidade ideológica, com o aumento de pena pelo fato de ser funcionário público.

e) falsificação de documento particular.

Resposta: “ b”. A conduta foi de fazer inserir declaração falsa em documento formalmente verdadeiro, que constitui falsidade ideológica. A pena não sofre exasperação porque o agente não cometeu o crime prevalecendo-se de suas funções.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 701

11/4/2011 17:28:53

5. (Magistratura Federal/3ª Região — 5º concurso) Se o funcionário, ainda que fora de seu ofício, insere, a pedido de amigo, em documento público a que ajudou a redigir, declaração falsa com o fim de beneficiá-lo, alterando a

verdade sobre fato relevante e em prejuízo de terceira pessoa, comete crime de:

a) falsificação de documento público.

b) falsidade ideológica.

c) prevaricação.

d) corrupção passiva.

Resposta: " b". A falsidade se refere a declaração contida no documento e, por isso, configura falso ideológico.

6. (Ministério Público/SP — 80º concurso) Tratando-se de crime de sonegação fiscal, a falsidade ideológica, como meio para a execução daquele delito é considerada: a) absorvida em face do princípio da especialidade.

b) não absorvida, aplicando-se a pena nos termos do regramento estabelecido para o crime continuado.

c) crime-fim.

d) ação constitutiva de crime continuado, pois encontra-se no contexto de uma única conduta causadora de dois resultados.

e) circunstância agravante ou atenuante prevista na Parte Geral do Código Penal.

Resposta: "a". O crime de sonegação fiscal é especial em relação à falsidade ideológica.

7. (Ministério Público/SP — 81º concurso) Constitui crime de uso de documento particular falso, fazer uso de:

a) título ao portador falsificado.

b) testamento particular falsificado.

c) livro mercantil falsificado.

d) contrato de dação em pagamento falsificado.

e) ações de sociedade comercial.

Resposta: " d". As hipóteses das demais alternativas foram equiparadas a documento particular pelo art. 297, § 2º, do Código Penal.

8. (MP/SP — 87º concurso) Relativamente às assertivas abaixo, assinale, em seguida, a alternativa correta:

I. O crime de falsidade ideológica comporta modalidades comissivas e omissivas.

II. É possível a modalidade culposa do crime de falsificação de documento público.

III. Constitui crime de falsidade ideológica inserir dados inexatos em certidão de casamento verdadeira obtida junto ao cartório competente, mediante alteração dos dizeres, com o fim de prejudicar direito de terceiro.

IV. O objeto material do crime de uso de documento falso constitui-se de papéis materialmente ou ideologicamente falsos.

a) Somente a III é verdadeira.

b) Somente a I e III são verdadeiras.

c) Somente a III e IV são verdadeiras.

d) Somente a I e IV são verdadeiras.

e) Somente a II e IV são verdadeiras.

Resposta: "d". O enunciado II está errado porque os crimes de falsidade documental só admitem a forma dolosa. O enunciado III está errado porque a alteração que recai sobre documento já existente configura falso material e não ideológico.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 702

11/4/2011 17:28:54

TÍTULO XI

11. DOS CRIMES CONTRA

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Título XI, que é o último do Código Penal, possui cinco Capítulos: **DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

• Capítulo I — Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral;

• Capítulo II — Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral;

• Capítulo II-A — Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira;

• Capítulo III — Dos crimes contra a administração da justiça;

• Capítulo IV — Dos crimes contra as finanças públicas.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 703

11/4/2011 17:28:54

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 704

11/4/2011 17:28:54

I

DOS CRIMES PRATICADOS POR

FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA

A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

11.1. DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

11.1.1. Introdução

Os delitos previstos neste Capítulo só podem ser praticados de forma direta por funcionário público, daí serem chamados de crimes **funcionais**. Dentro da classificação geral dos delitos, os crimes funcio nais estão inseridos na categoria dos crimes **próprios**, porque a lei exige uma característica específica no sujeito ativo, ou seja, ser funcionário público. Os crimes funcionais, por sua vez, admitem outras formas de classificação, cujos nomes adotados pela doutrina parecem confundir-se com a mencionada no parágrafo anterior. Trata-se, entretanto, de subdivisão feita apenas entre os crimes funcionais:

a) Crimes funcionais próprios. São aqueles cuja exclusão da qualidade de funcionário público torna o fato atípico. Um exemplo é o crime de prevaricação, pois, provado que o sujeito não é funcionário público, o fato torna-se atípico.

b) Crimes funcionais impróprios. Excluindo-se a qualidade de funcionário público, haverá desclassificação para crime de outra natureza. No peculato, por exemplo, se provado que a pessoa não era funcionário público, desclassifica-se o delito para furto ou apropriação indébita.

• Participação e coautoria por particular

Em todos os crimes deste Capítulo a condição de funcionário público é elementar. Assim, o particular que, ciente da condição de funcionário do comparsa, o ajuda a cometer o delito responde também pela infração penal, uma vez que o art. 30 do Có digo Penal estabelece que as circunstâncias de caráter pessoal, quando **elementares** do crime, se comunicam a todos os demais. O particular, portanto, pode ser coautor e partícipe.

O funcionário público é denominado *intraneus*.

O não funcionário é denominado *extraneus*.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 705

11/4/2011 17:28:54

• Procedimento especial

O Código de Processo Penal estabelece, em seus arts. 513 a 518, rito especial para a apuração dos crimes funcionais.

A única diferença em relação aos ritos comuns, entretanto, é a existência de uma fase de defesa preliminar para os crimes funcionais afiançáveis, que, todavia, perdeu muito de sua importância com a aprovação da Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que essa fase não é necessária se a denúncia se fizer acompanhar de inquérito policial, ou seja, tal fase só precisa ser observada quando a denúncia for oferecida com base em outro tipo de procedimento (cópia de sindicância, peças de informação etc.). Em tais casos, o art. 514 do Código de Processo Penal diz que o juiz, antes de receber a denúncia, deve notificar o funcionário público para que este ofereça defesa preliminar, por escrito, em um prazo de quinze dias. Após essa fase, o juiz receberá ou rejeitará a denúncia. Recebendo-a, os atos procedimentais posteriores serão aqueles previstos para o rito ordinário, ainda que a pena máxima prevista seja inferior a quatro anos (art. 518 do CPP), desde que não se trate de infração de menor potencial ofensivo, pois, quanto a estas, deve ser observado o rito sumariíssimo, tal como acontece com o crime de prevaricação (art. 319 do CP), cuja pena máxima é de um ano.

• **Perda do cargo ou função pública como efeito da condenação** Ao prolatar a sentença, se houver condenação por crime funcional, o juiz deverá atentar para o disposto no art. 92, I, *a*, do Código Penal, que estabelece como efeito da condenação a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Atente-se, ainda, que o art. 92, parágrafo único, ressalva que tal efeito não é automá-

tico, devendo ser motivadamente declarado na sentença.

11.1.2. Conceito de funcionário público

Art. 327. Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Cargos públicos são criados por lei, com denominação própria, em número certo e pagos pelos cofres públicos (Lei n. 8.112/90, art. 3º, parágrafo único). Ex.: Presidente da República, Prefeitos, Vereadores, Juízes de Direito, Delegados

de Po-lícia, escreventes, oficiais de justiça etc.

A expressão **emprego público** refere-se ao servidor contratado em regime especial ou da CLT, normalmente para serviço temporário. Ex.: diaristas, mensalistas, contra tados.

Por fim a expressão **função pública** abrange qualquer conjunto de atribuições públicas que não correspondam a cargo ou emprego público. Ex.: jurados, mesários de eleições etc.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 706

11/4/2011 17:28:54

11.1.3. Funcionário público por equiparação

Art. 327, § 1º — Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, alterou a redação do art. 327, § 1º, para ampliar o conceito de funcionário público por equiparação. Em virtude dessa nova redação, podem ser extraídas algumas conclusões:

1) Em relação ao conceito de entidade **paraestatal**, adotou-se a corrente **amplia-tiva**, pela qual se considera funcionário por equiparação aquele que exerce suas atividades em: a) **autarquias** (ex.: INSS); b) **sociedades de economia mista** (ex.: Banco do Brasil); c) **empresas** públicas (ex.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos); d) **fundações instituídas pelo Poder Público** (ex.: FUNAI).

2) Passaram a ser puníveis por crimes funcionais aqueles que exercem suas funções em **concessionárias ou permissionárias** de serviço público (empresas contratadas) e até mesmo **em empresas conveniadas**, como, por exemplo, a Santa Casa de Misericórdia.

O conceito de funcionário público por equiparação não abrange as pessoas que trabalham em empresas contratadas com a finalidade de prestar serviço para a Administração Pública **quando não se trata de atividade típica desta**. Ex.: trabalhador de empreiteira contratada para construir viaduto.

Por conta desse maior alcance da equiparação, passaram a ser puníveis por crimes como corrupção passiva e concussão médicos (particulares) conveniados com o SUS, que já recebem do Estado pelos serviços prestados e, ao mesmo tempo, cobram dos pacientes. Nesse sentido: "*Nos termos da nova redação atribuída ao § 1º do art. 327*

do Código Penal, equiparase 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. Os médicos e administradores de hospitais particulares participantes do Sistema Único de Saúde exercem atividades típicas da Administração Pública, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do § 1º do art. 199

da Constituição da República, equiparando-se, pois, a funcionário público para fins penais, nos termos do § 1º do art. 327 do Código Penal. Recurso especial provido" (STJ — 6ª Turma — Resp. 331.055-RS — Rel. Min. Paulo Medina — j. 26.06.2003

— v.u. — *DJU* 25.08.2003); "*O médico particular, participante do Sistema Único de Saúde (SUS), exerce atividade típica da Administração Pública, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do §1º do art. 199 da Constituição da República, inserindo-se, pois, no conceito de funcionário público para fins penais*" (STJ — HC 28.373-RS — Rel. Min. Paulo Medina — decisão de 11.03.2005 —

DJU 07.04.2005, p. 416/417).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 707

11/4/2011 17:28:54

Da mesma forma, podem ser punidos por crimes funcionais os advogados dativos, nomeados para defender pessoas carentes, que já recebem do Estado pelos serviços prestados, mas que cobram das pessoas cujos direitos defendem judicialmente.

A propósito: "*O advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais. (Precedente). Recurso desprovido*" (STJ — 5ª Turma — RHC 17.321-SP — Rel. Min.

Felix Fischer — j. 28.06.2005 — v.u. — *DJU* 22.08.2005, p. 304).

• Alcance da equiparação

A equiparação do § 1º, em razão do local em que está prevista no Código Penal

— crimes **praticados por** funcionário público —, só se aplica quando se refere ao **sujeito ativo** do delito e nunca em relação ao **sujeito passivo**. Ex.: ofender funcionário de uma empresa pública é injúria, e não desacato. Se o mesmo funcionário, contudo, apropria-se de um bem da empresa, responde por peculato, e não por mera apropriação indébita. Embora esse entendimento seja quase pacífico na doutrina, existem precedentes no STF em sentido contrário: "*Considerando que o disposto no*

§ 1º do art. 327 do CP, que equipara a funcionário público, para os efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, abrange os servidores de sociedade de economia mista e de empresas públicas e que esta equipara

ção se aplica tanto ao sujeito passivo do crime como ao ativo, a Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de paciente acusado da prática do delito de tráfico de influência (CP, art. 332) — teria recebido determinada importância para exercer influência sobre funcionários de sociedade de economia mista —, em que se alegava a atipicidade do fato (CP, 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'). Precedentes citados: RHC 61.653-RJ (RTJ 111/267) e HC 72.198-PR (DJU 26.05.1995)" (STF —

HC 79.823-RJ — Rel. Min. Moreira Alves, 28.03.2000).

11.1.4. Aumento da pena

Art. 327, § 2º — A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Cargo em comissão é o cargo para o qual o sujeito é nomea do em confiança, sem a necessidade de concurso público. O aumento também será cabível quando o agente ocupa função de direção (Governadores, por exemplo) ou assessoramento (Secretários Municipais, assessores de Deputados etc.).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 708

11/4/2011 17:28:54

11.1.5. Peculato

Apropriação

Doloso

Desvio

Peculato

Furto

Culposo

Mediante erro de outrem

11.1.5.1. Peculato-apropriação

Art. 312, *caput*, 1ª parte — 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...:

Pena — reclusão, de dois a doze anos, e multa.

11.1.5.1.1. Objetividade jurídica

O patrimônio público ou particular e a probidade administrativa.

11.1.5.1.2. Tipo objetivo

• Conduta típica

Apropriar-se significa fazer sua a coisa de outra pessoa, invertendo o ânimo sobre o objeto. O funcionário tem a posse do bem, mas passa a atuar como se fosse seu dono. Exige o tipo penal que essa posse tenha advindo **em razão do cargo**, isto é, que o funcionário tenha recebido o bem em razão da função pública que exerce.

Assim, pode cometer o crime o motorista oficial que tem a posse do carro; o carteiro que tem a posse das correspondências; o funcionário de repartição arrecadadora que tem a posse dos valores etc.

A expressão "posse", nesse crime, abrange também a detenção e a posse indireta. Fora dessas hipóteses, não há peculato.

A posse deve, ainda, ter sido obtida de forma lícita. Dessa forma: a) se a entrega do bem decorreu de fraude, o crime é o de estelionato; b) se decorreu de violência ou grave ameaça, há roubo ou extorsão; c) se alguém, por **engano** quanto à pessoa, coisa ou obrigação, entregou objeto a funcionário público, em razão do cargo deste, e ele se apropriou do bem, há **peculato mediante erro de outrem** (art. 313 do CP).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 709

11/4/2011 17:28:54

Victor Eduardo Rios Gonçalves

• Objeto material

O objeto material do crime deve ser **dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel**. Não existe peculato de bem imóvel. Ex.: recentemente um funcionário de empresa contratada desviou provas do ENEM e foi indiciado por peculato, por serem as provas bem móvel.

Não há crime na conduta de **usar serviços** ou **mão de obra pública**. Assim, a conduta do chefe que manda funcionário subordinado cortar a grama de sua casa constitui apenas ato de improbidade administrativa do art. 9º, IV, da Lei n. 8.429/92, e não peculato. Caso, entretanto, o funcionário público seja **prefeito**, haverá o crime específico do art. 1º, II, do Decreto-lei n. 201/67, que disciplina apenas os crimes praticados por prefeitos.

A lei tutela o bem **público** e também os **particulares** que estejam sob a guarda ou custódia da Administração. No último caso, o crime também é chamado de **peculato-malversação**. Exs.: carcereiro que recebe os objetos do preso e deles se apropria; policial que apreende objeto com bandido e fica com ele. Se a coisa particular não estiver sob a guarda ou custódia da Administração e o funcionário público dela se apropriar, responderá por apropriação indébita.

Se o funcionário fica com dinheiro público para se ressarcir de dívidas que o Estado tem para com ele, há peculato. No entanto, alguns defendem a existência tão somente do crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

11.1.5.1.3. Sujeito ativo

Qualquer funcionário público.

Prefeitos que se apropriam de bens do qual têm posse não respondem por crimes de peculato-apropriação e peculato-desvio previstos no Código Penal, pois, para eles, existem crimes específicos descritos no art. 1º, I, do Decreto-lei n. 201/67.

Tutores, curadores, inventariantes, testamenteiros e depositários judiciais não são funcionários públicos. Por expressa disposição legal, respondem por apropriação indébita com a pena aumentada em um terço (art. 168, § 1º, II, do CP).

Em relação ao administrador judicial da falência que se apodera de bem da massa existe crime específico no art. 173 da Lei n. 11.101/2005.

11.1.5.1.4. Sujeito passivo

O Estado, sempre. Algumas vezes o bem pertence a particular. Nesses casos, haverá dois sujeitos passivos: o Estado e o particular.

11.1.5.1.5. Consumação

No momento em que o funcionário público passa a se comportar como dono do objeto, ou seja, quando ele inverte o ânimo que tem sobre a coisa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 710

11/4/2011 17:28:54

11.1.5.1.6. Tentativa

É possível.

11.1.5.1.7. Ação penal

Pública incondicionada.

11.1.5.2. Peculato-desvio

Art. 312, *caput*, 2ª parte — ... ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena — reclusão, de dois a doze anos, e multa.

11.1.5.2.1. Tipo objetivo

Desviar significa alterar o destino do bem que está em seu poder. O funcionário público emprega o objeto em um fim diverso de sua destinação original, com o intuito de beneficiar-se ou beneficiar terceiro. Exs.: o funcionário público que paga al-guém por serviço não prestado ou objeto não vendido à Administração Pública; o que empresta dinheiro público de que tem a guarda para ajudar

amigos etc.

O desvio deve ser em proveito próprio ou de terceiros, porque, se for em proveito da própria administração, haverá o crime do art. 315 do CP (emprego irregular de verbas ou rendas públicas).

O proveito pode ser material (patrimonial) ou moral — como a obtenção de prestígio ou vantagem política.

Eventual aprovação de contas pelo Tribunal de Contas não exclui o crime.

No que diz respeito à objetividade jurídica, sujeitos ativo e passivo e ação penal, as regras são as mesmas do peculato-apropriação.

• Peculato de uso

A jurisprudência diz que só há crime quando o uso não autorizado do bem pú-

blico pelo funcionário referir-se a bem fungível. Ex.: o funcio nário público usa dinheiro público para comprar uma casa. Nessa hipótese, houve consumação no momento da compra, e, assim, mesmo que ele posteriormente reponha o dinheiro, irá responder pelo delito. Se o funcionário, porém, usa bem infungível e o devolve posteriormente, não responde pelo crime, pois a lei não pune o mero uso. Ex.: usar trator pertencente ao patrimônio público para arar suas terras particulares e depois o devolver. Nesse caso, entende-se que não há crime, exceto se o combustível for público e não for reposto, pois então o objeto material seria o combustível (que é fungível).

Por outro lado, mesmo que o uso seja de bem infungível, haverá crime específico se o funcionário público for prefeito (art. 1º, II, do Decreto-lei n. 201/67).

De qualquer forma, o uso de bem público por funcionário público para fins particulares, qualquer que seja a hipótese, caracteriza ato de improbidade administrativa, previsto no art. 9º, IV, da Lei n. 8.429/92.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 711

11/4/2011 17:28:54

Victor Eduardo Rios Gonçalves

11.1.5.2.2. Consumação

É também pressuposto desse crime que o funcionário tenha a posse lícita do bem e que, depois disso, o desvie. Por isso, o crime se consuma no momento em que ocorre o desvio, pouco importando se a vantagem visada é obtida ou não.

11.1.5.2.3. Tentativa

É possível.

11.1.5.3. Peculato-furto

Art. 312, § 1º — Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

11.1.5.3.1. Tipo objetivo

Essa figura criminosa é também chamada de peculato **impróprio**.

Há duas condutas típicas incriminadas:

a) Subtrair: furtar, tirar, desapossar com ânimo de assenho reamento. Exs.: funcionário público abre o cofre da repartição em que trabalha e leva os valores que nele estavam guardados; policial subtrai rádio (ou toca-CD) de carro apreendido que está no pátio da delegacia.

Caso um policial esteja no interior de uma casa fazendo uma investigação e subtraia dinheiro de uma gaveta, responde por crime comum de furto (art. 155), porque o bem particular só pode ser objeto de peculato quando está sob a guarda ou custódia da administração.

b) Concorrer para que terceiro subtraia: o funcionário público colabora **dolosamente** para a subtração. Ex.: intencionalmente o funcionário deixa a porta aberta para que à noite alguém entre e furte. Há peculato-furto por parte do funcionário e do terceiro. Pouco importa se o terceiro que efetiva a subtração também é funcioná-

rio público ou não. Trata-se de hipótese de concurso necessário, e ambos respondem pelo peculato, nos termos do art. 30 do Código Penal.

Se a colaboração tiver decorrido de imprudência ou negligência, haverá peculato **culposo**. Ex.: funcionário que esquece a porta aberta e alguém se aproveita da situação para furtar objetos da repartição. Em tal hipótese o funcionário incorre em pe culato culposo e o terceiro em crime comum de furto.

Outro requisito do peculato-furto expressamente exigido no texto legal é que o agente se **valha de alguma facilidade proporcionada pelo seu cargo** . Essa faci -

li da de refere-se à menor vigilância que existe na relação entre o funcionário e os bens, ou ao livre ingresso e trânsito na repartição etc. Sem esse requisito, haverá furto comum.

No que diz respeito à objetividade jurídica, sujeitos ativo e passivo e ação penal, as regras são as mesmas do peculato-apropriação.

11.1.5.3.2. Consumação

Tal como no furto comum, consuma-se no instante em que o agente consegue tirar o bem da esfera de vigilância da administração e ter a posse tranquila deste, ainda que por pouco tempo.

11.1.5.3.3. Tentativa

É possível.

11.1.5.3.4. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio e de

De ação livre

Material e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

quanto aos meios

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

de execução

quanto ao

subjetivo

ativo

momento

consumativo

11.1.5.4. Peculato culposo

Art. 312, § 2º — Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena — detenção, de três meses a um ano.

11.1.5.4.1. Tipo objetivo

O reconhecimento do peculato culposo pressupõe a soma de dois fatores: **1)** Que o funcionário público tenha sido descuidado, tenha faltado com a cautela a que era obrigado na guarda ou vigilância da coisa pública. Exatamente aqui reside a conduta **culposa**.

2) Que terceiro pratique um crime **doloso** aproveitando-se da facilidade culposamente provocada pelo funcionário público, pouco importando se o terceiro é também funcionário públi co (peculato-apropriação, desvio ou furto) ou se é particular.

Se em razão da culpa do funcionário há prejuízo ao erário, sem que terceiro pratique crime doloso, o fato não constitui peculato culposo, visto que a hipótese não está abran gida pelo art. 312, § 2º, do Código Penal. Ex.: funcionário que esquece uma janela aberta, de forma a permitir que uma chuva intensa penetre pelo local, danificando objetos em seu interior.

Comete peculato culposo, por exemplo, o policial que deixa uma viatura aberta em via pública e dela se afasta, deixando-a sem vigilância, o que acaba possibilitando o furto do radiotransmissor por pessoa que passava pelo local. Não se trata, entretanto, 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 713

11/4/2011 17:28:54

de hipótese de concurso de agentes entre o autor do peculato culposo e o terceiro que cometeu o crime doloso, pois não agiram em conluio. São, na verdade, crimes autô-

nomos, pois falta, por parte do funcionário público, a consciência de estar colaboran-do para o crime de outrem. Quando há essa consciência, ou seja, quando o funcioná-

rio **dolosamente** contribui para o crime também doloso de outrem, ambos respondem pelo peculato (conforme já estudado no delito anterior).

No exemplo acima, é evidente que não haveria crime se o policial tivesse deixado a viatura aberta no local por não haver tempo de trancá-la durante

perseguição a bandidos. Em tal caso não haveria conduta **culposa**.

A punição do funcionário pelo peculato culposo pressupõe que se prove que terceira pessoa se aproveitou de seu descuido para cometer crime em prejuízo da Administração, mas é desnecessário que tal pessoa seja identificada.

11.1.5.4.2. Consumação

No momento em que se consuma o crime do terceiro.

11.1.5.4.3. Tentativa

Não existe tentativa de crime culposo. Assim, se um terceiro tenta praticar crime doloso, aproveitando-se da colaboração culposa de um funcionário público, responderá por tentativa desse crime doloso, enquanto o funcionário público não responderá por qualquer infração penal, já que, nesse caso, acabou não havendo qualquer pre juízo patrimonial ao erário público.

11.1.5.4.4. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.1.5.4.5. Reparação do dano e extinção da punibilidade

Nos termos do art. 312, § 3º, do Código Penal, a reparação do dano no peculato **culposo** pode gerar dois tipos de consequência, dependendo do momento em que ocorra:

1) se antes da sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; **2)** se após o trânsito em julgado da sentença, reduz metade da pena imposta.

Há reparação do dano quando ocorre a devolução do bem ou o ressarcimento do prejuízo.

No peculato **doloso**, a reparação do dano apenas reduz a pena. Se acontecer antes do recebimento da denúncia, aplicar-se-á o instituto do arrependimento posterior do art. 16 (redução de um a dois terços) e, se ocorrer durante o tramitar da ação, será aplicada a atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do Código Penal.

11.1.6. 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 um a quatro anos, e multa.

11.1.6.1. Objetividade jurídica

A moralidade da Administração Pública, bem como o patrimônio público ou particular.

11.1.6.2. Tipo objetivo

Essa modalidade é denominada **peculato-estelionato**, uma vez que a vítima entrega um bem ao agente por estar em erro. Esse erro, entretanto, **não é provocado pelo agente**. Assim, tal delito, em verdade, guarda relação com o crime de apropria-

ção de coisa havida por erro (art. 169), e não propriamente com o estelionato. Se o próprio funcionário induz a vítima em erro, comete estelionato comum por não existir figura similar no crime de peculato.

O delito se configura quando o funcionário, no exercício de suas atividades, recebe dinheiro ou qualquer coisa móvel de valor econômico e, percebendo o erro da vítima, apodera-se do bem, não o devolvendo ao proprietário. Exige-se que o agente tenha ciência de que o bem lhe foi entregue por engano. O erro da vítima pode consistir em pensar ser necessária a entrega de um bem à Administração quando isso não se faz necessário, ou quando entrega bens ou valores mais valiosos do que deveria, ou quando os entrega em repartição diversa da que deveria etc.

11.1.6.3. Sujeito ativo

Qualquer funcionário público.

11.1.6.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa lesada pela conduta.

11.1.6.5. Consumação

Quando o agente passa a se comportar como dono do objeto que recebeu por erro.

11.1.6.6. Tentativa

Como nas demais hipóteses de peculato doloso, é admissível.

11.1.6.7. Ação penal

É pública incondicionada.

11.1.7. 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 dois a doze anos, e multa.

11.1.7.1. Objetividade jurídica

A preservação dos bancos de dados da Administração Pública.

11.1.7.2. Tipo objetivo

As condutas típicas descritas são:

a) Inserir ou facilitar a inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Em tal hipótese, o próprio funcionário efetua a inserção dos dados falsos ou permite que terceiro o faça.

b) Alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Aqui não ocorre inclusão, e sim a modificação ou retirada indevida de dados verdadeiros do sistema. Necessário que a conduta se dê de forma **indevida** — elemento normativo do tipo.

Por fim, o tipo penal exige uma especial finalidade por parte do funcionário, no sentido de obter, para si ou para outrem, **qualquer espécie de vantagem**.

11.1.7.3. Sujeito ativo

Cuida-se de crime **próprio**, cometido apenas pelo funcionário autorizado a trabalhar com o sistema de dados.

11.1.7.4. Sujeito passivo

O Estado e as pessoas eventualmente prejudicadas pela conduta.

11.1.7.5. Consumação

Trata-se de crime **formal**, que se consuma no momento da conduta típica, ainda que o agente não obtenha a vantagem almejada.

11.1.7.6. Tentativa

É possível.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 716

11/4/2011 17:28:55

11.1.7.7. Ação penal

Pública incondicionada.

11.1.8. 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 três meses a dois anos, e multa.

11.1.8.1. Objetividade jurídica

A preservação dos sistemas de informações e programas de informática da administração.

11.1.8.2. Tipo objetivo

Nesse tipo penal, o funcionário modifica o funcionamento do sistema de informações ou do programa de informática, enquanto no tipo penal anterior a conduta recai sobre os dados constantes do sistema. É evidente que não há crime se o funcionário age com autorização ou mediante solicitação da autoridade competente.

11.1.8.3. Sujeito ativo

Qualquer funcionário público. Ao contrário do dispositivo anterior, não é necessário que se trate de funcionário autorizado a trabalhar no sistema de informações.

11.1.8.4. Sujeito passivo

O Estado e as pessoas que, eventualmente, sejam prejudicadas pela conduta.

11.1.8.5. Consumação

No momento em que o agente modifica ou altera o sistema de informações ou o programa de informática.

11.1.8.6. Tentativa

É possível.

11.1.8.7. Causa de aumento de pena

O parágrafo único estabelece um aumen to de um terço até a metade da pena se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração ou para o administrado.

11.1.8.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto na forma agravada do parágrafo único, quando a pena máxima excede dois anos.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 717

11/4/2011 17:28:55

11.1.9. 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 um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

11.1.9.1. Objetividade jurídica

A regularidade da Administração Pública no sentido da preservação dos livros ou documentos confiados à guarda de funcionários públicos.

11.1.9.2. Tipo objetivo

A lei pune três condutas:

a) extraviar: fazer desaparecer, ocultar;

b) sonegar: sinônimo de não apresentar, não exibir quando alguém o solicita; **c) inutilizar:** tornar imprestável.

Nas três hipóteses, a conduta deve recair sobre **livro ofi cial**, que é aquele pertencente à Administração Pública, ou sobre qualquer documento público ou particular que esteja sob a guarda da Administração. Nos termos da lei, o crime subsiste ainda que a conduta atinja **parcialmente** o livro ou o documento.

É necessário que a conduta tenha sido dolosa. Não existe forma culposa.

11.1.9.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, que só pode ser cometido pelo funcionário responsá-

vel pela guarda do livro ou documento.

11.1.9.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, o particular que tem documento sob a guarda da Administração.

11.1.9.5. Consumação

Com o **extravio** ou **inutilização**, ainda que parcial e independentemente de qualquer outro resultado.

Já na modalidade **sonegar**, o crime se consuma no instante em que o agente deveria fazer a entrega e, intencionalmente, não o faz.

No extravio e na sonegação, o crime é **permanente**.

11.1.9.6. Tentativa

Não é admissível apenas na modalidade omissiva (sonegar).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 718

11/4/2011 17:28:55

11.1.9.7. Absorção

A própria lei estabelece que esse crime é subsidiário, ou seja, deixa de existir se o fato constitui crime mais grave, como corrupção passiva (art. 317), supressão de documento (art. 305) etc.

11.1.9.8. Distinção

Aquele que inutiliza documento ou objeto de valor probatório que recebeu na qualidade de **advogado** ou **procurador** comete o crime do art. 356 do Código Penal.

Por sua vez, o **particular** que subtrai ou inutiliza, total ou par cialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à Administração comete o crime do art. 337

do Código Penal.

11.1.9.9. Ação penal

É pública incondicionada.

11.1.10. Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena — detenção, de um a três meses, ou multa.

11.1.10.1. Objetividade jurídica

A regularidade da Administração Pública, sob o prisma da necessidade de aplicação dos recursos públicos de acordo com os termos da lei.

11.1.10.2. Tipo objetivo

Nesse delito o funcionário público não se apropria ou subtrai as verbas em proveito dele próprio ou de terceiro. Na realidade, o crime se caracteriza pelo emprego de verbas ou rendas públicas em benefício da própria Administração, de forma que o ilícito reside no fato de o funcionário empregá-las de forma diversa da prevista em lei. Ex.: funcionário que deveria empregar o dinheiro público na obra *A* dolosamente o emprega na obra *B*.

É pressuposto desse crime a existência de uma lei regulamentando o emprego da verba ou renda pública e que o agente, **dolosamente**, as empregue de maneira contrária àquela descrita na lei. Nos termos do dispositivo, não basta o desrespeito a decretos ou outros atos administrativos. Para a caracterização do delito, é necessário o desrespeito aos termos de **lei**.

11.1.10.3. Sujeito ativo

Pode ser apenas o funcionário público que tem poder de disposição de verbas ou rendas públicas. Tratando-se, entretanto, de prefeito municipal, a conduta se amolda ao art. 1º, III, do Decreto-lei n. 201/67.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 719

11/4/2011 17:28:55

11.1.10.4. Sujeito passivo

O Estado e a entidade de direito público lesada pelo desvio.

11.1.10.5. Consumação

Com o efetivo emprego irregular da verba ou renda pública, ainda que não haja prejuízo para o erário. Trata-se de crime **formal**.

11.1.10.6. Tentativa

Se houver mera indicação ou destinação irregular, cuja execução acaba sendo impedida, o crime considera-se tentado.

11.1.10.7. Ação penal

É pública incondicionada.

11.1.11. Concussão

Art. 316, *caput* — Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa.

11.1.11.1. Objetividade jurídica

A moralidade da Administração Pública quanto a seu normal funcionamento.

11.1.11.2. Tipo objetivo

Nesse crime, o funcionário público faz **exigência** de uma vantagem. Essa exigência carrega, necessariamente, uma amea ça à vítima, pois, do contrário, haveria mero pedido, que caracterizaria a corrupção passiva.

Tal ameaça pode ser:

a) explícita: exigir dinheiro para não fechar uma empresa, para não instaurar inquérito, para permitir o funcionamento de obras etc.;

b) implícita: nessa hipótese não há promessa de um mal determinado, mas a vítima fica amedrontada pelo simples temor que o exercício do cargo público

inspira.

A exigência pode ser ainda:

a) direta: quando o funcionário público a formula na presença da vítima, sem deixar qualquer margem de dúvida de que está querendo uma vantagem indevida; **b) indireta:** o funcionário se vale de uma terceira pessoa para que a exigência chegue ao conhecimento da vítima ou a faz de forma velada, capciosa, ou seja, o funcionário público não fala que quer a vantagem, mas deixa isso implícito.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 720

11/4/2011 17:28:55

Para que exista concussão, é necessário que o agente exija uma vantagem in de -

vida. Para Damásio de Jesus,223 Nélson Hungria224 e Magalhães Noronha,225 esta de -

ve ser vantagem patrimonial. Já para Júlio Fabbrini Mirabete226 e Fernando Capez,227

pode ser de qualquer espécie, uma vez que a lei não faz distinção. Ex.: proveitos patrimoniais, sentimentais, de vaidade, sexuais etc.

O agente deve visar proveito para ele próprio ou para terceira pessoa.

11.1.11.3. Sujeito ativo

Pode ser cometido por qualquer funcionário público. Trata-se de crime **próprio**.

Não é necessário que o funcionário público esteja trabalhando no momento da exigência. O próprio tipo diz que ele pode estar fora da função (horário de descanso, férias, licença) ou, até mesmo, nem tê-la assumido (quando já passou no concurso, mas ainda não tomou posse, por exemplo). O que é necessário é

que a exigência diga respeito à função pública e as represálias a ela se refiram.

Se o crime for cometido por policial militar, estará configurado o crime do art. 305

do Código Penal Militar, que é igualmente chamado de concussão.

11.1.11.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa contra quem é dirigida a exigência. Como na concussão o funcionário público faz uma ameaça explícita ou implícita, a pessoa ameaçada é considerada vítima e, caso venha a entregar o dinheiro exigido, não cometerá corrup-

ção ativa, uma vez que somente o terá feito por ter se sentido constrangida.

11.1.11.5. Consumação

No momento em que a exigência chega ao conhecimento da vítima, independentemente da efetiva obtenção da vantagem visada pelo agente. Trata-se de crime

formal. A obtenção da vantagem é mero exaurimento. Não desnatura o crime, portanto, a devolução posterior da vantagem (mero arrependimento posterior — art. 16

do CP) ou a ausência de prejuízo. Nesse sentido: "*Crime de concussão: é crime formal, que se consuma com a exigência. Irrelevância no fato do não recebimento da vantagem indevida*" (STF — 2ª Turma — HC 74.009-0/MS — Rel. Min. Carlos Velloso — *DJU* 14.03.1997).

Quando um funcionário exige dinheiro e a vítima se compromete a entregar os valores em data posterior, mas aciona policiais que prendem o funcionário em flagrante no dia em que iria receber o dinheiro, temos crime consumado. Não se trata 223 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 141.

224 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IV, p. 361.

225 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 239.

226 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 3, p. 315.

227 Fernando Capez, *Curso de direito penal,* v. 3, p. 421.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 721

11/4/2011 17:28:55

de crime impossível porque o delito já havia se consumado com a exigência feita em data anterior. Tampouco se trata de flagrante provocado, pois não houve qualquer provocação, ou seja, ninguém induziu o funcionário a fazer a exigência. De ver-se, entretanto, que não há situação de flagrância, já que o delito havia se consumado em dia anterior. O fato de policiais terem presenciado a entrega dos valores ao funcioná-

rio serve apenas como prova do crime, mas o flagrante deve ser relaxado e decretada a prisão preventiva do funcionário, se presentes os requisitos legais.

11.1.11.6. Tentativa

É possível. Exs.: a) o funcionário pede para terceiro fazer a exigência à vítima, mas ele morre antes de encontrá-la; b**)** uma carta contendo a exigência se extravia.

11.1.11.7. Distinção

• Concussão e corrupção passiva

Na concussão, o funcionário público constrange, **exige** a vantagem indevida.

A vítima, temendo alguma represália, cede à exigência. Na corrupção passiva, há mero pedido, mera **solicitação**. A concussão, portanto, descreve fato mais grave e, por isso, deveria possuir pena mais elevada. Ocorre que, após o advento da Lei n. 10.763/2003, a pena da corrupção passiva passou a ser maior que a da concussão, o que é absurdo.

• **Concussão e extorsão**

A concussão é uma forma especial de extorsão praticada por funcionário pú-

blico com abuso de autoridade. Na concussão, como já mencionado, ocorre uma amea ça que, entretanto, não pode ser grave (de morte, de prisão etc.). Assim, como o crime de extorsão tem pena maior, caso o funcionário empregue violência ou grave ameaça para exigir dinheiro da vítima, responderá por este crime. Ex.: um po -

licial simula apreensão de droga com alguém e exige dinheiro para não prendê-lo por tráfico.

Como no crime de extorsão não é necessário que o agente seja funcionário pú-

blico, também haverá tal crime se alguém simular a condição de policial e exigir dinheiro para não prender alguém.

• **Concussão e abuso de autoridade**

Na concussão a vantagem exigida tem de ser indevida. Se for devida, haverá crime de abuso de autoridade do art. 4º, *h*, da Lei n. 4.898/65, em razão da ameaça feita.

11.1.11.8. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 722

11/4/2011 17:28:55

11.1.11.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

11.1.12. Excesso de exação

Art. 316, § 1º — Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena — reclusão, de três a oito anos, e multa.

Nesse tipo penal, a conduta envolve a cobrança de tributos (impostos, taxas ou contribuições de melhoria) ou contribuições sociais.

São duas as condutas típicas:

a) exigir o funcionário público tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido. Nessa modalidade, o funcionário tem ciência de que nada é devido pelo contribuinte, ou tem sérias razões para supor que não existe dívida fiscal ou previdenciária, e, ainda, assim, efetua a cobrança. Na primeira hipótese, ele age com dolo direto e, na segunda, com dolo eventual.

A redação do dispositivo deixa claro tratar-se de crime **formal**, que se consuma com a mera exigência, sendo desnecessário o efetivo pagamento por parte do contribuinte.

b) exigir tributo devido empregando meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza. Configura o crime uma cobrança feita em público de forma acintosa, em alto tom, por exemplo. Cuida-se também de delito **formal** que se consuma no momento em que é empregado o meio vexatório ou gravoso, independentemente do efetivo pagamento do tributo ou da contribuição devidos.

• Figura qualificada

Prevê o § 2º do art. 316 figura qualificada do crime de excesso de exação quando o funcionário recebe o tributo ou contribuição **indevidamente**, para recolhê-los aos cofres públicos, e os desvia em proveito próprio ou alheio. Nesse caso, a pena é de reclusão de dois a doze anos. Essa figura qualificada tem relação apenas com a modalidade de excesso de exação em que o tributo ou contribuição são **indevidos**, e o funcionário os desvia para si ou para outrem. Caso o funcionário receba tributo ou contribuição devidos e deles se apodere, o crime será o de peculato.

Em suma, para a configuração do crime de excesso de exação em sua figura simples, que é formal, basta a exigência. Caso, entretanto, o funcionário receba algum 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 723

11/4/2011 17:28:55

valor e os encaminhe aos cofres públicos, não haverá alteração na capitulação de crime simples. Caso se trate de valores indevidos e ele os desvie, incorrerá na forma qualificada do excesso de exação e, caso sejam valores devidos ao Estado, o desvio constitui peculato.

11.1.13. Corrupção passiva

Art. 317*, caput* — 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 dois a doze anos, e multa.

11.1.13.1. Objetividade jurídica

A moralidade da Administração Pública e seu normal funcionamento.

11.1.13.2. Tipo objetivo

O tipo penal elenca três condutas típicas:

1) Solicitar: significa pedir vantagem ao particular. Na solicitação, a conduta inicial é do funcionário público. Ele é quem pede algo ao particular. Se o particular dá o que foi pedido, não comete corrupção ativa por falta de previsão legal, conforme será estudado no art. 333.

2) Receber: entrar na posse.

3) Aceitar promessa: concordar com a proposta.

No recebimento ou aceitação de promessa, a conduta inicial é do corruptor (particular). Nesses casos, o funcionário responderá por corrupção passiva e o particular por corrupção ativa.

Tais condutas típicas referem-se, necessariamente, a uma **vantagem indevida em razão do cargo**. Assim, na corrupção passiva, a vantagem deve ser indevida porque tem a finalidade de fazer com que o funcionário público beneficie alguém em seu trabalho por meio de ações ou omissões. Ocorre uma espécie de

troca entre a vantagem indevida visada pelo agente público e a ação ou omissão funcional que beneficiará o terceiro. Exs.: receber dinheiro para não multar alguém que cometeu infração de trânsito, para não fechar estabelecimento que não possui alvará, para fornecer habilitação a alguém que não passou no exame (neste exemplo, há concurso material com o crime de falsidade ideológica) etc. Nesse sentido: "*Corrupção passiva. Escrevente de Cartório criminal que, em razão de suas funções, solicita vantagem indevida para influir no processo por infração do jogo do bicho, acenando com eventual prescrição da ação penal. Crime de corrupção passiva caracterizado"* (TJSP —

Rel. Humberto da Nova — *RJTJSP* 16/4343); "*Delegado de Polícia que recebe qualquer quantia para colocar em liberdade quem se encontra detido comete o delito de corrupção passiva*" (TJMT — Rel. Odair da Cruz Bandeira — *RT* 522/438).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 724

11/4/2011 17:28:55

Na concussão, a vítima entrega a vantagem em razão de uma ameaça, para não sofrer um mal. Ela tem medo em razão da conduta do funcionário público. Na corrupção passiva, o particular visa obter benefícios em troca da vantagem prestada.

Normalmente a vantagem indevida tem a finalidade de fazer com que o funcionário público pratique ato **ilegal** ou deixe de praticar, de forma ilegal ou irregular, ato que deveria praticar de ofício. É possível, todavia, que exista corrupção passiva ainda que a vantagem indevida seja entregue para que o funcionário pratique ato **não ilegal**. Tal entendimento doutrinário e juris prudencial reside no fato de que a puni-

ção dessa conduta visa resguardar a probidade administrativa, sendo que o funcionário público já recebe seu salário para praticar os atos inerentes ao seu cargo e não pode receber quantias extras para realizar o seu trabalho. Nesses casos, há crime, pois o funcionário público pode acostumar-se e deixar de trabalhar sempre que não lhe oferecerem dinheiro extra. A corrupção passiva,

portanto, pode ser: a) **própria:** quando se pretende que o ato que o funcionário público realize ou deixe de realizar seja ilegal. Ex.: oficial de justiça que recebe dinheiro para não citar alguém; b) **im-própria:** quando se pretende que o ato que funcionário

venha a realizar ou deixar de

realizar seja **legal**. Ex.: oficial de justiça que recebe dinheiro para citar alguém.

Essa regra, entretanto, não deve ser interpretada de

forma absoluta. A jurispru-

dência, atenta ao bom-senso, tem entendido que gratificações usuais,

de pequena

monta, por serviço extraordinário (não se tratando de ato contrário à lei) não podem ser consideradas corrupção passiva. Pelas mesmas razões, as pequenas doações ocasionais, como as costumeiras "Boas Festas" de Natal ou Ano Novo, não configuram o crime. Nesses casos, não há consciência por parte do funcionário público de estar aceitando uma retribuição por algum ato ou omissão. Não há dolo, já que o funcionário está apenas recebendo um presente. A propósito: "*Excluemse da incriminação de corrupção pequenas doações ocasionais, recebidas pelo funcionário, em razão de suas funções. Em tais casos, não há de sua parte consciência de aceitar retribui*

ção por um ato funcional, que é elementar ao dolo no delito, nem haveria vontade de corromper" (TJSP — Rel. Humberto da Nova — *RT* 389/93).

11.1.13.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer funcionário público. Trata-se de crime **próprio**.

Se o crime for cometido por policial militar, estará configurado o crime de corrupção passiva militar, descrito no art. 308 do Código Penal Militar.

11.1.13.4. Sujeito passivo

O Estado. Na hipótese de solicitação de vantagem, o particular também é vítima.

11.1.13.5. Consumação

Trata-se de crime **formal**. Consuma-se no momento em que o funcionário solicita, recebe ou aceita a vantagem. Na modalidade solicitar, pouco importa, para fim de consumação, se o funcionário público efetivamente obtém a vantagem visada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 725

11/4/2011 17:28:56

726 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Nas modalidades receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, também não importa se o funcionário pratica ou não algum ato em face desta. A ação ou omissão, entretanto, não é mero exaurimento do crime, na medida em que o art. 317, § 1º, prevê que a pena será aumentada em um terço se, em consequência da vantagem ou promessa indevida, o funcionário público retarda ou deixa de praticar ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. O que em princípio seria exaurimento funciona como causa de aumento de pena por expressa previsão legal.

A corrupção pode ser classificada, nesse contexto, como: a) **antecedente:** quando a vantagem é entregue ao funcionário público antes da ação ou omissão funcional; b) **subsequente:** quando a vantagem é entregue depois.

11.1.13.6. Tentativa

Entende-se que a tentativa só é possível na modalidade solicitar (e quando feita por escrito).

11.1.13.7. Distinção

a) O fiscal que exige ou solicita dinheiro para não cobrar tributo ou contribuição social pratica o crime previsto no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/90 (crime contra a ordem tributária). Não há nesse caso concussão ou corrupção passiva, já que, atualmente, existe crime específico para a hipótese. Esse artigo é especial e tem uma pena mínima mais alta (3 a 8 anos de reclusão).

b) A testemunha ou perito **não oficiais** que recebem dinheiro para cometer falso testemunho ou falsa perícia incorrem em crime do art. 342, § 2º, do Código Penal.

c) O art. 299 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral) prevê crimes idênticos à corrupção passiva e ativa, mas praticados com a intenção de conseguir voto, ainda que o agente não obtenha sucesso.

11.1.13.8. Corrupção privilegiada

Nos termos do art. 317, § 2º, se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, **cedendo a pedido ou influência de outrem**, incorre em pena consideravelmente menor — detenção, de três meses a um ano, ou multa. Nesta figura, o funcionário público **não visa vantagem indevida**.

Ele pratica, retarda ou deixa de praticar ato com infração de dever funcional cedendo a pedido ou influência de terceiro. A diferença, portanto, em relação à corrupção passiva comum é que a razão de agir do funcionário público é outra.

A corrupção passiva privilegiada é crime **material** em face da redação do dispositivo. Assim, só se consuma quando o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda o ato de ofício.

11.1.13.9. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 726

11/4/2011 17:28:56

11.1.13.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

11.1.14. Facilitação de contrabando ou desca minho

Art. 318. Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena — reclusão, de três a oito anos.

11.1.14.1. Objetividade jurídica

A Administração Pública, no sentido de serem coibidos o contrabando e o descaminho.

11.1.14.2. Tipo objetivo

Facilitar significa afastar eventuais dificuldades ou empecilhos que possam existir e que se interponham à prática do contrabando ou descaminho. Consiste, pois, em viabilizá-los.

A conduta pode ser **ativa** ou **omissiva**, sendo necessário que o funcionário pú-

blico atue (ou deixe de atuar) com infração de dever funcional. É ativa, por exemplo, quando o funcionário indica uma forma de o contrabandista desviar-se da fiscaliza-

ção. É omissiva quando o funcionário, ciente de que há produto de descaminho em um compartimento, não o inspeciona, liberando as mercadorias.

Trata-se, evidentemente, de crime **doloso**, que pressupõe a específica intenção de facilitar o contrabando ou descaminho. Caso o agente tenha recebido dinheiro ou outra vantagem, responderá por crime de corrupção passiva.

O dispositivo em análise consagra outra exceção à teoria unitária ou monista, uma vez que o responsável pelo contrabando ou descaminho responde por crime autônomo, descrito no art. 334 do Código Penal.

11.1.14.3. Sujeito ativo

Somente pode ser o funcionário público em cujas atribuições esteja inserida a repressão ao contrabando ou descaminho. Nesse sentido: "*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 delito em questão o funcionário estadual, em cujas atribuições não se inclui a repressão ao crime do art. 334 do Código Penal*" (TRF — 1ª Região — Rel. Osmar Tognolo — *DJU*

10.09.1999, p. 278).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 727

11/4/2011 17:28:56

728 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

11.1.14.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.1.14.5. Consumação

No instante em que o funcionário público presta o auxílio (omissivo ou comissivo) a fim de facilitar o contrabando ou descaminho, ainda que este não se concretize. Trata-se de crime **formal**. A propósito: *"O crime definido no art. 318 do Código Penal consumase com a efetiva facilitação por parte do agente, com consciência de estar infringindo o dever funcional, pouco importando que circunstâncias diversas impeçam a consumação do contrabando" (* TFR — Rel. Min. Flaquer Scartezzini

— *DJU* 25.10.1984, p. 17.896).

11.1.14.6. Tentativa

É possível apenas na modalidade comissiva.

11.1.14.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal.

11.1.15. 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 três meses a um ano, e multa.

11.1.15.1. Objetividade jurídica

A moralidade na Administração Pública.

11.1.15.2. Tipo objetivo

Nesse crime, o que faz o funcionário público agir ilicitamente no desempenho de suas funções são razões pessoais, e não a busca por uma vantagem indevida tal como ocorre na corrupção passiva. Na prevaricação, o funcionário, por exemplo, beneficia alguém por ser seu amigo ou parente, ou prejudica uma pessoa por ser seu desafeto ou concorrente etc.

De acordo com o texto legal, na prevaricação, o funcionário deve ser motivado por **interesse** ou **sentimento pessoal**. O interesse pode ser de **qualquer espécie** (promoção no cargo, fama), inclusive patrimonial. Ex.: funcionário que determina a execução de uma obra a fim de valorizar terreno de sua propriedade. O sentimento pessoal, por sua vez, diz respeito à afetividade do agente em relação a pessoas ou fatos, como nos exemplos antes citados de amizade ou inimizade. O sentimento pessoal é do funcionário público, mas o beneficiado pode ser terceiro.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 728

11/4/2011 17:28:56

Na prática é muito comum constatar que um funcionário agiu ou deixou de agir de forma irregular, porém, não conseguir desvendar o que o levou a atuar de tal maneira, isto é, não conseguir apontar qual sua motivação. Em tal caso, torna-se inviá-

vel a condenação por prevaricação, podendo ser o funcionário responsabilizado apenas administrativamente pela ação ou omissão indevidas no desempenho da função.

Assim, é absolutamente necessário que o Ministério Público descreva na denúncia por prevaricação qual o interesse ou sentimento pessoal do réu que o levou a agir ilicitamente. Não basta dizer que ele agiu por interesse ou sentimento pessoal, devendo ser esclarecido exatamente em que este consistiu. A

propósito: "*No crime de prevaricação, inepta a denúncia que não especifica o sentimento pessoal que anima a atitude do autor*" (STF — Rel. Décio Miranda — *RJT* 111/288); "*Cuidandose de crime de prevaricação, é inepta a denúncia que não especifica o interesse ou sentimento pessoal que o autor buscou satisfazer, por infringência ao art. 41 do CPP*" (STJ — Rel. Costa Leite — *RSTJ* 7/108); "*Não é suficiente que a denúncia, cuidando de delito de prevaricação, afirme, genericamente, que o acusado agiu para a satisfação de interesse pessoal. É preciso que o especifique e consigne, de forma expressa, em que consistiu tal interesse, sob pena de inépcia*" (Tacrim-SP — Rel.

Camargo Sampaio — *RT* 578/361).

O **atraso** no serviço por preguiça ou desleixo não constitui, por si só, o crime de prevaricação, podendo configurar infração administrativa. Nesse sentido: "*O erro, a simples negligência, apenas poderão determinar a responsabilidade civil ou legitimar sanções de outra natureza. Para caracterizar o delito exigese o propósito delibe rado, a intenção direta*" (STF — RE 10.351 — Rel. Orozimbo Nonato —

2ª Turma — *RF* 120/357). Caso, entretanto, fique demonstrado que o funcionário, por preguiça, deixa efetivamente de realizar suas funções, comete o crime, como, por exemplo, o Oficial de Justiça que não vai procurar as testemunhas para serem intimadas para ficar jogando cartas.

As condutas típicas são três:

a) retardar: atrasar;

b) deixar de praticar: omitir por completo;

c) praticar: realizar, levar a efeito o ato.

Nessas duas primeiras modalidades, basta que a conduta ocorra **indevidamente** (elemento normativo), enquanto na última exige o tipo penal que o fato se dê **contra expresso texto de lei**.

A conduta pode se referir a qualquer ato de ofício, assim entendido todo aquele que se encontra dentro da esfera de atribuição do agente.

11.1.15.3. Sujeito ativo

Qualquer funcionário público.

11.1.15.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa eventualmente prejudicada pela ação ou omissão funcional.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 729

11/4/2011 17:28:56

11.1.15.5. Consumação

No exato instante em que o funcionário omite, retarda ou pratica o ato de ofício, independentemente de qualquer resultado.

11.1.15.6. Tentativa

Possível apenas na modalidade comissiva.

11.1.15.7. Distinção

O crime em estudo não se confunde com a corrupção passiva privilegiada, em que o agente age ou deixa de agir cedendo a pedido ou influência de outrem. Na prevaricação não existe este pedido ou influência. O agente toma a iniciativa de agir ou se omitir para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Assim, se um fiscal flagra um desconhecido cometendo irregularidade e deixa de autuá-lo em razão de insistentes pedidos deste, há corrupção passiva privilegiada, mas, se o fiscal deixa de autuar porque percebe que a pessoa é um antigo amigo, configura-se a prevaricação.

11.1.15.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.1.15.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio e de

De ação livre

Instantâneo

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

e comissivo ou

quanto ao

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

omissivo quanto

momento

subjetivo

ativo

aos meios de

consumativo

execução

11.1.15.10. Figura equiparada — omissão do dever de vedar acesso a telefone móvel ou rádio a pessoa presa

A Lei n. 11.466/2007 inseriu no art. 319-A uma nova figura criminosa, com a

mesma pena da prevaricação, exceto multa, para punir o diretor de penitenciária e/ou agente público que se omite em 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.

A necessidade de inserção desse dispositivo no Código Penal deve-se à constatação de que enorme número de presos têm tido acesso a telefones celulares com os quais comandam quadrilhas de dentro das cadeias, cometem crimes (extorsões, estelionatos, extorsões mediante sequestro) e organizam fugas.

O crime aqui em análise é **próprio** e só pode ser cometido por diretor de penitenciária ou agente penitenciário. A conduta típica é exclusivamente **omissiva**. Caso o funcionário introduza o aparelho no presídio, incorre no crime do art. 349-A do Código. Caso se omita ou introduza o aparelho no presídio em troca de vantagem indevida, responde por corrupção passiva.

A consumação se dá com a **omissão** e a tentativa não é **possível**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 730

11/4/2011 17:28:56

11.1.16. 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 quinze dias a um mês, ou multa.

11.1.16.1. Objetividade jurídica

A probidade e a regularidade administrativa.

11.1.16.2. Tipo objetivo

Tendo um funcionário público, no exercício de suas funções, cometido infração administrativa ou penal que deva ser objeto de apuração na esfera da Administração, constituirá crime a omissão por parte de seu superior hierárquico que, por clemência ou tolerância, deixe de tomar as providências a fim de responsabilizá-lo.

A lei incrimina duas condutas, ambas de caráter omissivo:

a) deixar o superior hierárquico de **responsabilizar** o funcionário autor da infração;

b) deixar o superior hierárquico de levar o fato ao **conhecimento** da autoridade competente, quando lhe falte autoridade para punir o funcionário infrator.

Deve-se ressaltar novamente que o crime de condescendência criminosa pressupõe que o agente, ciente da infração do subordinado e por **indulgência** (clemência, tolerância), deixe de atuar. Se a intenção de não agir for outra, haverá crime de prevaricação ou corrupção passiva.

11.1.16.3. Sujeito ativo

O superior hierárquico que, dolosamente, se omite. O funcionário beneficiado não responde pelo delito.

11.1.16.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.1.16.5. Consumação

Quando o superior toma conhecimento da infração e não promove de ime diato a respon sabilização do infrator ou não comunica o fato à autoridade competente.

11.1.16.6. Tentativa

É inadmissível, pois se trata de crime omissivo próprio.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 731

11/4/2011 17:28:56

11.1.16.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.1.17. Advocacia administrativa

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena — detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único. Se interesse é ilegítimo:

Pena — detenção, de três meses a um ano, além da multa.

11.1.17.1. Objetividade jurídica

A moralidade administrativa.

11.1.17.2. Tipo objetivo

A infração se configura quando um funcionário público, **valendo-se de sua condição** (amizade, cargo elevado, prestígio junto a outros funcionários), defende interesse alheio, legítimo ou ilegítimo, perante a Administração Pública. Se o interesse for ile gítimo, será aplicada a qualificadora descrita no parágrafo único.

No crime em análise, o agente pleiteia, advoga junto a companheiros ou superiores, o interesse particular. "*Caracterizase a advocacia administrativa pelo patrocínio (valendo-se da qualidade de funcionário) de interesse privado alheio perante a Administração Pública. Patrocinar corresponde a defender, pleitear, advogar junto a companheiros e superiores hierárquicos, o interesse particular*" (TJSP — Rel.

Silva Lema — *RJTJSP* 13/443).

É desnecessário que o fato ocorra na própria repartição em que trabalha o agente,

podendo ele valer-se de sua qualidade de funcionário para pleitear favores em qualquer esfera da Administração.

Nos termos do dispositivo, não existe a infração penal quando o funcionário patrocina **interesse próprio** ou de outro **funcionário público**.

Para a configuração do delito, é indiferente que o funcionário tenha realizado a conduta pessoalmente ou por interposta pessoa, uma vez que a lei pune a advocacia administrativa efetivada **direta** ou **indiretamente**. Tampouco se exige que vise obter alguma vantagem pessoal ou econômica, requisitos que não constam do tipo penal.

11.1.17.3. Sujeito ativo

Deve ser funcionário público, porém, responde também pelo delito o particular que o auxilia, atuando como "testa de ferro". Apesar do nome do delito (*advocacia administrativa*), não é necessário que seja cometido por advogado.

11.1.17.4. Sujeito passivo

O Estado.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 732

11/4/2011 17:28:56

11.1.17.5. Consumação

No momento em que o agente realiza o ato de patrocinar o interesse alheio, por escrito ou oralmente, ainda que não obtenha êxito em beneficiar o particular. Trata-se de crime **formal**.

11.1.17.6. Tentativa

É admissível.

11.1.17.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, tanto na forma simples como na qualificada.

11.1.18. Violência arbitrária

Art. 322. Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: Pena — detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.

Esse dispositivo encontra-se revogado pela Lei n. 4.898/65, que descreve os crimes de abuso de autoridade, o mesmo tendo ocorrido com o crime do art. 350 do Código Penal, chamado "exercício arbitrário ou abuso de poder".

11.1.19. Abandono de função

Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei: Pena — detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:

Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira: Pena — detenção, de um a três anos.

11.1.19.1. Objetividade jurídica

Protege a lei nesse dispositivo a regularidade e o normal desempenho das atividades públicas, no sentido de evitar que os funcionários públicos abandonem seus postos de forma a gerar perturbação ou até mesmo a paralisação do serviço público.

11.1.19.2. Tipo objetivo

Abandonar significa deixar o cargo. Para que esteja configurado o abandono, é necessário que o agente se afaste do seu cargo por tempo juridicamente relevante, de forma a colocar em risco a regularidade dos serviços prestados. Assim, não há crime na falta eventual, bem como no desleixo na realização de parte do serviço, que caracterizam apenas falta funcional, punível na esfera administrativa. A propósito: "*Aban*

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 733

11/4/2011 17:28:56

dono de função. Delito caracterizado. Acusado que, nomeado, compromissado e empossado no cargo público, deixa, porém, de exercê-lo. Prejuízo acarretado à regularidade da função. Condenação mantida. Inteligência do art. 232. Se depois de empossado, não chega o acusado a exercer, por vontade própria, o cargo para o qual foi nomeado, abandonando a função pública com prejuízo para a Administra

ção, incide nas disposições do art. 323 do CP" (Tacrim-SP — Rel. Hoeppner Dutra

— *RT* 388/289); "*Delito caracterizado em tese. Acusado que se ausentou por mais de trinta dias, sem motivo de força maior ou estado de necessidade, da função pública. Escrevente do Poder Judiciário. Prejuízo daí resultante ao serviço da repartição. Justa causa para ação penal. Habeas corpus denegado. Inteligência do art. 323*

do CP. O crime de abandono de função consumase sempre que a ausência injustificada do funcionário público perdure por tempo suficiente para criar a possibilidade de dano" (TJSP — Rel. Hoeppner Dutra — *RT* 522/358).

Não há crime, por sua vez, quando a ausência se dá nos casos permitidos em lei, como, por exemplo, com autorização da autoridade competente, para prestação de serviço militar etc.

Por se tratar de crime doloso, não se configura quando o abandono ocorre em razão de força maior (prisão, doença etc.).

A doutrina tem sustentado também que não existe crime na suspensão, ainda que prolongada, do trabalho por parte de funcionário público — mesmo que de função essencial — quando se trata de ato coletivo na luta por reivindicações da categoria, ou seja, nos casos de greve (enquanto não declarada ilegal).

O funcionário que já entrou com requerimento de aposentadoria ou exoneração pode cometer o crime, caso o pedido ainda não tenha sido deferido.

11.1.19.3. Sujeito ativo

Apesar de o delito ter o nome de “abandono de função”, percebe-se pela descri-

ção típica que o crime somente existe com o abandono de **cargo**, não prevalecendo a regra do art. 327 do Código Penal, que define funcionário público como ocupante de cargo, emprego ou função pública. Assim, pode-se concluir que sujeito ativo desse crime pode ser apenas quem ocupa **cargo** público (criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres públicos).

11.1.19.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.1.19.5. Consumação

Com o abandono do cargo por tempo juridicamente relevante, ainda que não decorra efetivo prejuízo para a Administração. Trata-se de crime **formal**. Aliás, o § 1º

estabelece uma forma qualificada, quando o abandono traz como consequência prejuízo ao erário.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 734

11/4/2011 17:28:56

11.1.19.6. Tentativa

Por se tratar de crime omissivo não admite a tentativa.

11.1.19.7. Figura qualificada em face do local da infração

A pena aplicada para o delito será consideravelmente maior se o fato ocorrer em lugar com preendido na faixa de fronteira (faixa de 150 qui lômetros ao longo das fronteiras nacionais — Lei n. 6.634/79).

11.1.19.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, exceto na figura qualificada do § 2º, em que a pena máxima supera dois anos.

11.1.20. Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado Art. 324. Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências le gais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso:

Pena — detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

11.1.20.1. Objetividade jurídica

Resguardar a regularidade na prestação dos serviços pela Administração Pública, evitando o desempenho de funções por quem não perfaz os requisitos legais.

11.1.20.2. Tipo objetivo

A lei prevê duas figuras típicas:

a) Entrar no exercício da função pública antes de satisfeitas as exigências legais. Essa forma de delito acontece quando o agente já foi nomeado, mas ainda não pode exercer legalmente as funções — por restarem exigências a ser observadas, como, por exemplo, a realização de exame médico ou a posse —, mas, apesar disso, começa a praticar os atos inerentes à função.

b) Continuar a exercer as funções públicas depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso. Para que essa for ma de delito se configure, exige-se que o agente tenha sido comunicado oficialmente de que não mais poderá exercer as funções e, contrariando a determina-

ção, con tinue a exercê-las. É necessária a comunicação pessoal ao fun cionário, não bastando a comunicação via Diário Oficial. "*Crime contra a Administra*

ção Pública. Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado.

Escrivão de Cartório de Notas que recebe custas e emolumentos quando se achava suspenso da função. Condenação mantida. Inteligência do art. 324 do CP. A disposição prevista no art. 324 do CP tem fundamento na confiança que a parte deve depositar no Estadoadministração, do qual o funcionário é 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 735

11/4/2011 17:28:57

representante. Se já não o representa mais, por qualquer mo ti vo de afastamento, o Estado não pode garantir à parte que o ato seja escorreito, passível que é de anulação" (Tacrim-SP — Rel. Edmeu Carmesini — *RT* 585/330).

Veja-se que a própria lei ressalva não haver crime quando existir **autorização superior** para o funcionário continuar exercendo temporariamente as funções após a remoção, suspensão etc.

A doutrina entende que não há crime no ato de continuar exercendo as funções após ter entrado em férias ou licença.

Por fim, por ausência de previsão legal, não constitui crime a conduta de continuar indevidamente a praticar as funções públicas após a **aposentadoria**.

O crime em estudo exige dolo direto. Não se punem as condutas culposas ou revestidas de dolo eventual, pois se exige que o agente saiba da ilegalidade de que se reveste sua conduta. O fim do agente ao antecipar ou prolongar o exercício das fun-

ções é irrelevante, não afastando a responsabilidade penal a alegação de querer auxiliar a Administração Pública. Evidentemente, entretanto, estará afastado o crime se houver estado de necessidade.

11.1.20.3. Sujeito ativo

O crime em tela só pode ser praticado por funcionário público — que se antecipa ou prolonga nas funções. Quando particular pratica ato de ofício de funcionário

público, comete outro crime, chamado usurpação de função pública (art. 328).

11.1.20.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.1.20.5. Consumação

Com a prática de algum ato inerente à função pública.

11.1.20.6. Tentativa

É possível.

11.1.20.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.1.21. 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 seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 736

11/4/2011 17:28:57

11.1.21.1. Objetividade jurídica

Resguardar o regular funcionamento da Administração Pública, que pode ser prejudicado pela revelação de certos segredos. Por isso, será punido o funcionário público que revelar ou facilitar a revelação desses segredos, desde que deles tenha tido conhecimento em razão de seu cargo.

11.1.21.2. Tipo objetivo

A conduta de **revelar** segredo caracteriza-se quando o funcionário público intencionalmente dá conhecimento de seu teor a terceiro, por escrito, verbalmente, mostrando documentos etc. Já a conduta de **facilitar a divulgação** de segredo, também chamada de divulgação indireta, dá-se quando o funcionário, querendo que o fato chegue a conhecimento de terceiro, adota determinado procedimento que torna a descoberta acessível a outras pessoas, como ocorre no clássico exemplo de deixar anotações ou documentos em local que possa ser facilmente visto por outras pessoas.

O segredo a que se refere esse dispositivo é aquele cujo conhecimento é limitado a **número determinado** de pessoas e cuja divulgação afronte o interesse público pelas consequências que possam advir.

O delito em análise é doloso — intenção livre e consciente de revelar o sigilo funcional. Não admite a forma culposa.

Comete o crime, por exemplo, o servidor público incumbido de elaborar provas de concurso público que, antes da prova, faz chegar ao conhecimento de alguns candidatos as questões que serão abordadas. Nesse sentido: "*Pratica o delito do art. 325*

do CP o professor, integrante de banca examinadora de universidade federal, que, antecipadamente, fornece a alguns alunos cópias das questões que iam ser formuladas nas provas" (TFR — *RTFR* 61/100); "*No ilícito do art. 325 do CP, dá-se ato de grave infidelidade ao dever de preservar em segredo o conhecimento que tem de certo fato, ratione oficii, no interesse da coisa pública. No caso, o réu revelou, conscientemente, de forma direta, a quem não tinha o direito de conhecer previamente, questões da prova de física, elaboradas pelo apelante, em virtude do ofício que desempenhava de membro de banca examinadora*" (TFR — Rel. José Néri da Silveira

— *DJU* 14.08.1978, p. 5.779).

11.1.21.3. Sujeito ativo

Apenas o funcionário público pode ser sujeito ativo. Predomina na doutrina o entendimento de que mesmo o funcionário aposentado ou afastado pode cometer o delito, pois o interesse público na manutenção do sigilo permanece. O crime

admite a coautoria e também a participação — de outro funcionário público ou de particular que colabore com a divulgação. A doutrina, contudo, salienta que o particular que se limita a tomar conhecimento do fato divulgado não comete o delito.

A revelação de segredo profissional por quem não é fun cionário público constitui crime de outra natureza, previsto no art. 154 do Código Penal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 737

11/4/2011 17:28:57

11.1.21.4. Sujeito passivo

O sujeito passivo é sempre o Estado e, eventualmente, o particular que possa sofrer prejuízo, material ou moral, com a revelação do sigilo.

11.1.21.5. Consumação

No momento em que terceiro, funcionário público ou particular, que não podia tomar conhecimento do segredo, dele toma ciência. Trata-se de crime **formal**, cuja caracterização independe da ocorrência de prejuízo.

11.1.21.6. Tentativa

É admitida, exceto na forma oral.

11.1.21.7. Subsidiariedade explícita

O art. 325, ao cuidar da pena, expressamente estabelece sua absorção quando o fato constitui crime mais grave, por exemplo, crime contra a segurança nacional, fraude em procedimento licitatório com divulgação antecipada de propostas, crime contra o sistema financeiro etc.

Se o funcionário tiver recebido dinheiro para revelar o segredo, incorrerá no crime de corrupção passiva (art. 317).

11.1.21.8. Figuras equiparadas

A Lei n. 9.983/2000 criou no § 1º do art. 325 algumas infrações penais equiparadas, punindo com as mesmas penas do *caput* quem:

a) 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 (inc. I); **b)** se utiliza, indevidamente, do acesso restrito a tais informações (inc. II).

11.1.21.9. Figura qualificada

O § 2º do art. 325 estabelece uma qualificadora, prevendo pena de reclusão, de dois a seis anos, e multa, se da ação ou omissão resultar dano à Administração ou a terceiro. Como o tipo penal não faz restrição, o dano não precisa ser necessaria mente patrimonial. Abrange tanto o prejuízo para a Administração como para terceiros.

11.1.21.10. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.1.22. 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 três meses a um ano, e multa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 738

11/4/2011 17:28:57

Esta infração penal nada mais é do que uma violação de segredo funcional que se refere especificamente a sigilo quanto a proposta de concorrência pública. Tal dispositivo, contudo, foi tacitamente revogado pelo art. 94 da Lei n. 8.666/93 —

Lei de Licitações, que tem uma redação mais abrangente, punindo com detenção, de dois a três anos, e multa qualquer devassa em sigilo envolvendo procedimento.

11.1.23. Questões

1. (Procurador da República — 17º concurso) Os crimes funcionais: a) circunscrevem-se ao Código Penal.

b) não se aplicam a particular.

c) quando impróprios, ausente a condição de funcionário público, a conduta é atípica.

d) quando impróprios, ausente condição de funcionário público, opera-se a desclassifica-

ção para outro delito.

Resposta: "d". Nos crimes funcionais próprios é que a exclusão da qualidade de funcionário público torna o fato atípico.

2. (Magistratura/SP — 174º concurso) Em relação aos crimes praticados por particular e funcionário público contra a Administração em geral, assinale a alternativa correta: a) O descumprimento, por autoridade administrativa, de sentença proferida em Mandado de Segurança, não configura, sequer em tese, o crime de prevaricação (art. 319 do Có-

digo Penal).

b) Havendo, no crime de concussão (art. 316 do Código Penal), ameaça explícita ou implí-

cita, são inconciliáveis, no mesmo fato, a existência desse delito e o de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) praticado pelo particular.

c) Para sua caracterização, o crime de peculato, na modalidade culposa (art. 312, § 2º, do Código Penal), não reclama a existência de nexo causal entre o comportamento culposo do funcionário e o crime cometido por outra pessoa.

d) Se o funcionário deixa de praticar ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, comete o delito de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

Resposta: "b". No crime de concussão, como o particular é ameaçado, caso ceda à exigência do funcionário, não incorre em corrupção ativa. A alternativa A está errada porque o agente pode responder por prevaricação, dependendo de sua motivação. A alternativa C está errada porque o peculato culposo reclama nexo causal entre a conduta culposa do funcionário e a do autor da infração — embora inexista liame subjetivo entre eles. A alternativa D contém erro porque descreve crime de prevaricação e não de condescendência criminosa.

3. (Ministério Público/SP — 81º concurso) Bruno, previamente ajustado com Eduardo, subtrai dinheiro de entidade paraestatal, valendo-se da facilidade que lhe proporciona o cargo que nela exerce, circunstância, entretanto, desconhecida de Eduardo. Mais tarde, em local seguro, dividem o produto do crime, quando são surpreendidos pela Polícia e presos em flagrante, sendo apreendido todo o dinheiro subtraído, enfim devolvido à vítima. Entende-se que: a) Bruno e Eduardo cometeram peculato consumado.

b) Bruno cometeu peculato e Eduardo cometeu furto, consumados.

c) Bruno e Eduardo cometeram furto tentado.

d) Bruno e Eduardo cometeram furto consumado.

e) Bruno cometeu apropriação indébita e Eduardo cometeu furto.

Resposta: "b". Eduardo não responde por peculato por não saber que Bruno é funcionário público.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 739

11/4/2011 17:28:57

4. (Magistratura/SP — 172º concurso) Funcionário público A. deixa,

propositadamente, a porta do prédio da repartição aberta, sabendo que seu amigo B. irá nele penetrar e subtrair objetos valiosos da Administração. Neste caso:

a) A. responderá por peculato-furto e B. por peculato-apropriação.

b) ambos responderão por peculato-furto.

c) A. responderá por peculato culposo e B. por peculato-furto.

d) A. responderá por peculato-apropriação e B. por furto simples.

Resposta: "b". O funcionário A. é autor de peculato-furto porque concorreu para que o bem fosse subtraído. Em tal crime, tal conduta que, normalmente seria de participação, foi elevada à hipótese de tipo independente. Por isso, B. também responde pelo crime porque estava previamente conluiado.

5. (OAB/SP — 118º exame) Assinale a alternativa em que são apontados os crimes contra a Administração Pública, praticados por funcionário público:

a) Corrupção ativa, contrabando ou descaminho e tráfico de influência.

b) Concussão, peculato e prevaricação.

c) Facilitação de contrabando e descaminho, violência arbitrária e usurpação de função pública.

d) Corrupção passiva, violação de sigilo funcional e desacato.

Resposta: "b". Nas demais alternativas, há crimes praticados por particular dentre os elencados.

6. (Magistratura Federal/3ª Região — 6º concurso) Agentes policiais exigem de pessoa suspeita vantagem indevida, consistente na emissão de dois cheques. Antes do seu pagamento, porém, os cheques são sustados no banco sacado, por ordem do emitente. Nesse caso, aqueles funcionários públicos:

a) cometeram o crime consumado de concussão.

b) cometeram o crime de concussão, na forma tentada, pois o recebimento da

vantagem ilícita não se consumou.

c) cometeram o crime de corrupção passiva, porque lhes foi feita a entrega dos cheques.

d) não cometeram crime algum, mas mera irregularidade administrativa, tendo em vista que os cheques exigidos foram entregues mas não foram pagos.

Resposta: "a". O crime é o de concussão, e não de corrupção passiva, porque o enunciado diz que os policiais exigiram, e não apenas solicitaram a vantagem indevida. O crime se consumou porque a concussão é delito formal que se consuma com a mera exigência.

7. (Ministério Público — 83º concurso) Um jurado, depois de sorteado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri para participar de um julgamento, foi aceito pelas partes. Antes de se dirigir para seu lugar no plenário, exige de familiares do réu, que estão ao seu lado, vantagem indevida para não votar em desfavor do acusado. Entretanto, não obtém sucesso em sua investida, pois as pessoas abordadas levam o caso ao conhecimento do Juiz e do Promotor de Justiça, que tomam as providências cabíveis. Como consequência, referido jurado: a) não responde por nenhum crime, pois o fato é atípico, já que não gerou nenhuma consequência.

b) responde por extorsão, crime formal, pois, como não assumiu a função não é equiparado a funcionário público, e agiu com o intuito de obter indevida vantagem econômica.

c) responde por concussão, pois é equiparado a funcionário público e o crime, por ser formal, se consumou.

d) responde por tentativa de concussão, pois não conseguiu a vantagem indevida exigida.

e) responde por tentativa de corrupção passiva, pois sua conduta foi levada ao conhecimento das autoridades, impedindo a obtenção da vantagem indevida.

Resposta: "c". O crime de concussão é possível mesmo antes de o funcionário assumir as funções desde que faça a exigência em razão dela (art. 316). O Jurado é equiparado a funcionário público 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 740

porque, ainda que transitoriamente e sem remuneração, exerce função pública (judicial). Por fim, a concussão está consumada por ser crime formal, que se consuma no momento da exigência.

8. (Ministério Público — 82º concurso) Leia as afirmações que seguem: I. Para configuração do crime de corrupção passiva, na modalidade solicitar vantagem indevida, é necessário que a solicitação do funcionário seja correspondida pelo *extraneus*.

II. No mesmo crime, na aceitação de promessa de vantagem pelo funcionário público, é o particular promitente quem tem a iniciativa, e este comete o crime de corrupção ativa.

Pode-se dizer que:

a) as duas afirmações mostram-se irreais.

b) ambas as afirmações se apresentam corretas.

c) está errada somente a afirmação I.

d) está errada somente a afirmação II.

e) a afirmação II é parcialmente correta e a afirmação I é inteiramente certa.

Resposta: "c". A corrupção passiva na modalidade solicitar independe da efetiva aceitação por parte do particular, estando errada a assertiva I. Já a alternativa II está certa porque, para que o funcionário aceite uma promessa de vantagem, é lógico que o particular deve tê-la prometido, respondendo pela corrupção ativa.

9. (Magistratura Federal/1ª Região — 2001) Qual o crime praticado pelo funcionário público que exige de um particular indevida vantagem, mediante violência?

a) Corrupção ativa.

b) Concussão.

c) Extorsão.

d) Corrupção passiva.

Resposta: "c". O emprego de violência faz com que o agente responda por crime de extorsão, que é mais grave do que a concussão em que não há este meio de execução.

10. (OAB/SP — 121º exame) Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, como se tipifica o crime de prevaricação?

a) 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.

b) 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.

c) 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.

d) Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Resposta: "d". O crime de prevaricação está descrito no art. 319 do Código Penal exatamente como descreve a alternativa D.

11. (Magistratura/SP — 170º concurso) Policarpo, que exerce a chefia numa repartição pública municipal, surpreendeu o funcionário Belarmino no momento em que ele furtava material do almoxarifado, mas, movido por um sentimento de compaixão, deixou de responsabilizar o subordinado. Que infração penal teria o chefe cometido?

a) Favorecimento pessoal.

b) Prevaricação.

c) Omissão de comunicação de crime.

d) Condescendência criminosa.

Resposta: "d". A omissão, decorrente de indulgência, em responsabilizar subordinado que cometeu infração penal, constitui condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 741

11/4/2011 17:28:57

12. (Ministério Público/PI — 2007) Funcionário público, valendo-se da facilidade que proporciona a ele a qualidade de funcionário público, subtrai, em proveito próprio, bem particular que se encontra na repartição pública e da qual não tem posse. Considerando a assertiva acima, assinale a alternativa correta.

a) O coautor não enquadrável no conceito de funcionário público (CP, art. 327) responderá, necessariamente, por crime contra o patrimônio.

b) O funcionário e o coautor respondem pelo crime de furto.

c) Não se trata de crime contra a Administração Pública.

d) O coautor não enquadrável no conceito de funcionário público (CP, art. 327) poderá responder por crime contra a Administração Pública.

e) Os crimes contra a Administração Pública não admitem a forma culposa.

Resposta: "d". O coautor também responde por peculato em razão da regra do art. 30 do Có-

digo Penal.

13. (Ministério Público/PI — 2007) Lépido, exercendo o *munus publico* de inventariante, tomou para si um computador dos bens deixados pelo *de cujus*, e do qual tinha posse em razão da referida condição. Lépido cometeu, em tese, o crime de:

a) roubo

b) desvio de bem.

c) apropriação indébita.

d) peculato.

e) furto qualificado.

Resposta: "c". O inventariante não é funcionário público, nem propriamente e nem por equiparação, e, nos termos do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, responde por apropriação indé-

bita com a pena aumentada.

14. (Ministério Público/PR — 2008) Assinale a alternativa *correta:*

a) considera-se equiparado a funcionário público para efeitos penais quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

b) o crime previsto no art. 343 do Código Penal, tipificando as condutas de "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 ou interpretação", aplica-se apenas caso o corrompido exerça a fun-

ção como titular de específico cargo público, como os peritos oficiais.

c) incrimina-se no art. 359-G do Código Penal a conduta de *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, consumando-se o delito com a prática de qualquer das condutas típicas, desde que concretizado efetivo prejuízo material para a Administração Pública.

d) não é punível a calúnia contra os mortos, embora possa sê-lo contra a pessoa jurídica, cuja ofensa reputa-se feita aos que a representam ou dirigem, ou desde que a imputa-

ção diga respeito à prática de crime ambiental, previsto na Lei 9.605/98.

e) o tipo culposo retratado no § 3º do art. 180 do Código Penal é aberto, pois o legislador especificou os indícios objetivos da culpa, consubstanciados nas expressões "por sua natureza, pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece".

Resposta: "a". A assertiva encontra-se em consonância com o art. 327, §1º, do Código Penal, que define funcionário público por equiparação. As demais alternativas contêm informações falsas.

15. (Ministério Público/PR — 2002) Assinale a alternativa correta: a) uma banda de rock que, em suas músicas, incentiva o uso de *cannabis sativa* (maconha) não pratica crime algum, haja vista o princípio constitucional da liberdade de expressão.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 742

11/4/2011 17:28:57

b) o fato de o administrador público deixar de ordenar o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei é mera infração administrativa, não caracterizando nenhum crime previsto no Código Penal Brasileiro.

c) quem remarca número de chassi de automóvel pratica o crime de falsidade ideológica, do art. 299, do Código Penal.

d) o fato de o funcionário público ocupar cargo em comissão em órgão da administração direta representa uma qualificadora dos crimes por ele praticados contra a administra-

ção pública.

e) sempre que se verificar a ocorrência de um crime de corrupção ativa verificar-se-á, também, o crime de corrupção passiva.

Resposta: "d". O art. 327, § 2º, do Código Penal prevê um aumento de 1/3 de pena quando o autor do crime ocupa cargo em comissão. Trata-se, em verdade, de causa de aumento de pena, mas é comum doutrinadores se referirem a ela como qualificadora. Ademais, as alternativas restantes estão erradas. Com efeito, não constitui crime a composição de músicas que defendam a liberação da maconha, mas o incentivo ao uso constitui crime. A conduta descrita no tópico B constitui crime descrito no art. 359-F, do Código Penal. Na alternativa C, o erro consiste em afirmar que o crime é o de falsidade ideológica, quando o correto é o crime de adulteração de sinal identificador de veículo (art. 311). Por fim, a alternativa E está errada porque é possível corrupção ativa sem a passiva.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 743

11/4/2011 17:28:57

II

DOS CRIMES PRATICADOS

POR PARTICULAR CONTRA A

ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

11.2. DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRA-

ÇÃO EM GERAL

11.2.1. Usurpação de função pública

Art. 328. Usurpar o exercício de função pública:

Pena — detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único. Se do fato o agente aufere vantagem:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

11.2.1.1. Objetividade jurídica

A regularidade e o normal desempenho das atividades públicas.

11.2.1.2. Tipo objetivo

Usurpar significa desempenhar indevidamente uma atividade pública, ou seja, o sujeito assume indevidamente as atividades de determinada função pública, vindo a executar atos inerentes ao ofício, sem que tenha sido aprovado em concurso ou nomeado para tal função. Exs.: uma pessoa passa a se apresentar como policial e a realizar atos próprios desta função, ou alguém comparece ao Fórum e se apresenta como promotor e passa a fazer as audiências em nome do Ministério Público. Nesse sentido: "*Viola o interesse da Administração Pública, na normalidade, prestígio e decoro do serviço público, aquele que, embriagado, se apresenta como policial e passa a exigir dos circunstantes documentos de identidade e a praticar arbitrariedades*" (TJSP — Rel. Weiss de Andrade — *RT* 507/357 *).*

A configuração do delito pressupõe que o agente tenha ciência de que está usurpando a função pública. Se o agente não tem conhecimento de que determinado ato é específico dos titulares de certo cargo, não comete o delito.

A simples conduta de se intitular funcionário público perante terceiros, sem praticar atos inerentes ao ofício, pode constituir apenas a contravenção descrita no art. 45

da Lei das Contravenções Penais ("fingir-se funcionário público").

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 744

11/4/2011 17:28:57

11.2.1.3. Sujeito ativo

O particular que assume a função pública. Parte da doutrina entende que também comete o crime o funcionário público que assume, indevidamente, as funções de outro. Parece-nos evidente tal possibilidade, como no caso do escrevente que passa a praticar atos próprios de juiz de direito.

11.2.1.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.2.1.5. Consumação

No instante em que o agente pratica algum ato inerente à função usurpada. É

desnecessária a ocorrência de qualquer outro resultado.

11.2.1.6. Tentativa

É admissível.

11.2.1.7. Figura qualificada

Se com a conduta o agente obtém vantagem — material, moral, política etc. —, aplica-se a forma qualificada descrita no parágrafo único. Se o agente efetivamente realiza atos próprios de determinada função pública e, com isso, aufere alguma vantagem, incorre na figura qualificada do delito de usurpação de função pública, que tem pena mais alta do que o estelionato. Este, por sua vez, estará presente quando o agente limitar-se a mentir que exerce certa função pública a fim de induzir al-guém em erro e obter vantagem ilícita em seu detrimento. Ex.: mentindo ser fiscal, o agente pede dinheiro à vítima para regularizar sua situação. A propósito: "*Não há falarse em usurpação de função pública se o escopo do agente, ao irrogarse aquela qualidade, era o de alcançar vantagem patrimonial em prejuízo da pessoa a quem pretendia induzir em erro e não o de exercer, efetivamente, a função irrogada dentro dos quadros da Administração*" (Tacrim-SP — Rel. Ricardo Couto

— *RT* 372/269).

Caso o agente não se passe por funcionário público, mas engane a vítima, pedindo-lhe dinheiro a pretexto de influir em ato praticado por funcionário no exercício da função, estará configurado o crime de tráfico de influência do art.

332 do Código Penal.

11.2.1.8. Ação penal

Pública incondicionada. Na modalidade simples é de competência do Juizado Especial Criminal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 745

11/4/2011 17:28:57

11.2.2. 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 dois meses a dois anos.

§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena — reclusão, de um a três anos.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

11.2.2.1. Objetividade jurídica

A autoridade e o prestígio da função pública.

11.2.2.2. Tipo objetivo

Para a caracterização do crime de resistência, é preciso que o agente empregue **violência** ou ameaça (não é necessário que seja grave) como meio para evitar a prática do ato funcional. Ex.: para evitar uma prisão ou uma reintegração de posse.

Se forem empregadas após a realização do ato, haverá outro crime, como ameaça (art. 147), lesões corporais (art. 129) etc. Isso ocorre porque o tipo da resistência

exige que a violência ou ameaça sejam empregadas **contra a execução do ato**.

Se a violência for empregada com o fim de fuga, após a prisão ter sido efetuada, o crime será aquele do art. 352 do Código Penal.

A caracterização da resistência exige o emprego de:

a) Violência: agressão, desforço físico etc. O tipo refere-se à violência contra a pessoa do funcionário público ou do terceiro que o auxilia. Eventual violência empregada contra coisa (viatura policial, por exemplo) caracteriza crime de dano qualificado.

A chamada resistência passiva, ou seja, sem o emprego de violência ou ameaça, não é crime. Ex.: segurar-se em um poste para não ser conduzido, jogar-se no chão para não ser preso, sair correndo etc. A propósito: "*A simples fuga do infrator, ao ser preso, não configura o delito de resistência, que exige para sua caracterização a presença dos requisitos da violência ou ameaça contra funcionário*" (Tacrim-SP —

Rel. Mattos Faria — *Jutacrim* 10/249).

b) Ameaça: ao contrário do que ocorre normalmente no Código Penal, a lei não exige que a ameaça seja grave. Essa ameaça pode ser escrita ou verbal.

O ato a ser cumprido deve ser **legal** quanto ao conteúdo e à forma (modo de execução). Se a ordem for ilegal, a oposição mediante violência ou ameaça não tipifica resistência. Ex.: prender alguém sem que haja mandado de prisão; prisão para averiguação. "*Um dos elementos caracterizadores da resistência é a oposição a uma ordem legal. Ora, se esta é abusiva, portanto, antijurídica, não se pode falar na existência do delito em questão*" (Tacrim-SP — Rel. Camargo Aranha —

RT 461/378).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 746

11/4/2011 17:28:57

Se a ordem for legal, mas **injusta**, haverá o crime. Ex.: juiz decreta a prisão preventiva de alguém por roubo. A polícia vai prender o sujeito e este emprega violência. Posteriormente, prova-se que ele não era o autor do roubo e é absolvido por esse crime. A resistência, entretanto, continua existindo.

Para a existência do crime, é necessário que o funcionário público seja competente para o cumprimento do ato, conforme exige a descrição típica do delito. Assim, o funcionário público incompetente não pode ser sujeito passivo de resistência.

Também haverá crime se for empregada violência ou amea ça apenas contra terceiro que esteja ajudando o funcionário público a cumprir a ordem. Nesse caso, não importa se houve solicitação de ajuda pelo funcionário público ou se houve adesão voluntária. Ex.: investigador de polícia vai cumprir mandado de prisão e é ajudado por alguém que acaba agredido.

O particular pode efetuar prisão em flagrante, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal. Se o fizer desacompanhado de algum funcionário público e contra ele for empregada violência ou ameaça, não haverá crime de resistência, já que não é funcionário público.

A embriaguez do agente não afasta o crime. Com efeito, embora exista certa controvérsia na jurisprudência, não é aceitável o entendimento de que tal estado inibe o reconhecimento da resistência. É que este crime, ao contrário do que ocorre com o desacato, não contém elemento subjetivo incompatível com o estado de embriaguez. No delito de desacato é compreensível que exista forte entendimento de que a embriaguez não se coaduna com a intenção de ofender, humilhar o funcionário pú-

blico (elemento subjetivo do desacato), uma vez que o avançado estado alcoólico inibe os freios da fala, e é comum ver o bêbado blasfemando ou gritando. Na resistência, entretanto, o agente **agride** ou **ameaça** um funcionário público para evitar a execução de um ato. Não se cuida de mero ato desrespeitoso, e sim de ação agressiva, que não pode ser relevada simplesmente em decorrência da embriaguez, caso contrá-

rio, excluiria também o roubo, a lesão corporal etc. Nesse sentido: *"Resistência. Réu embriagado. Irrelevância. Desnecessidade de dolo específico. Condenação.*

Dispondo a lei penal que a embriaguez voluntária ou culposa do agente não exclui a responsabilidade penal, não se pode, com base nela, absolver o acusado do delito de resistência. Mesmo porque nem dolo específico exige o crime, contentando-se com o genérico" (Tacrim-SP — Rel. Machado Araújo — *Jutacrim* 46/270).

Quando uma pessoa está sendo perseguida por policiais em razão de um delito anteriormente cometido e efetua disparo de arma de fogo na via pública a fim de fazer com que os policiais parem a perseguição, a conduta encontra tipificação tanto no crime de resistência como no delito de disparo de arma de fogo em via pública (art. 15 do Estatuto do Desarmamento). Como este último crime possui pena consideravelmente maior, deve prevalecer em relação à resistência, que se mostrará presente, entretanto, em qualquer outra forma de ameaça perpetrada. A parte final do mencionado art. 15 diz que ele não se configura quando o disparo em via pública tem como finalidade a prática de outro crime que, deve, todavia, ser mais grave (um roubo ou, um homicídio, por exemplo).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 747

11/4/2011 17:28:58

11.2.2.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Não importa se é a pessoa contra quem é dirigido o ato funcional ou terceiro. Assim, tanto comete o crime aquele que agride o Oficial de Justiça que vai despejá-lo como o vizinho que toma a iniciativa de agredi-lo em solidariedade àquele que será despejado. Se ambos agredirem o Oficial, ambos cometem resistência.

A propósito: "*Não se exige do sujeito ativo do crime de resistência qualquer qua lidade especial, podendo ser pessoa diversa daquela contra a qual se dirige o ato praticado por funcionário competente. Assim, responde pelo art. 329 do CP, quem, sem razão plausível, intervém na execução de ato legal por autoridade, opondo-se, por exemplo, à prisão de terceiro por policiais no exercício de suas funções"* (Tacrim-SP — Rel. Lauro Malheiros — *Jutacrim* 26/263).

11.2.2.4. Sujeito passivo

O Estado, que tem interesse no cumprimento dos atos legais, e, de forma secundária, o funcionário público contra quem é dirigida a violência ou ameaça.

O emprego de violência ou ameaça contra dois ou mais funcionários públicos configura **crime único**, e não concurso formal, pois o sujeito passivo direto e principal é o Estado. Nesse sentido: "*O fato de ter sido a resistência oposta pelo réu a dois militares, que efetuaram sua prisão, não configura o concurso formal, porque o sujeito passivo do delito em questão é a Administração Pública como um todo, ou seja, o Estado*" (TJSP — Rel. Onei Raphael — *RT* 577/342).

11.2.2.5. Consumação e figura qualificada

No momento em que for empregada a violência ou ameaça. Trata-se de crime **formal**, pois, para a consumação, não se exige que o sujeito consiga impedir a execução do ato.

Aliás, se isso ocorrer, será aplicada a qualificadora do art. 329, § 1º, do Código Penal: **"Se o ato, em razão da resistência, não se executa"** , a pena é de reclusão, de um a três anos.

Nesse caso, o que seria exaurimento funciona como qualificadora.

11.2.2.6. Tentativa

É possível. Ex.: ameaça escrita que se extravia.

11.2.2.7. Concurso de crimes

Se da violência resulta lesão ou morte, o sujeito responderá por dois crimes (resistência e lesões corporais ou homicídio — consumado ou tentado), nos termos do art. 329, § 2º, do Código Penal. As penas serão somadas, conforme dispõe a pró-

pria redação desse parágrafo. Essa regra se aplicará mesmo se as lesões sofridas forem de natureza leve.

O mero xingamento contra funcionário público constitui crime de desacato. Se, no caso concreto, o agente xinga e emprega violência contra o funcionário público, teria cometido dois crimes, mas a jurisprudência firmou entendimento de que, nesse caso, o desacato fica absorvido pela resistência.

11.2.2.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

11.2.2.9. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal na modalidade simples.

11.2.3. Desobediência

Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena — detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

11.2.3.1. Objetividade jurídica

O prestígio e o cumprimento das ordens emanadas por funcionários públicos no desempenho de suas atividades.

11.2.3.2. Tipo objetivo

Desobedecer é sinônimo de não cumprir, não atender, dolosamente, a ordem recebida.

Pode ser praticada por ação, quando a ordem determina uma omissão, ou por omissão, quando a ordem determina uma ação. Ex.: faltar injustificadamente à au-diência para a qual foi intimada na condição de testemunha, recusar-se a enviar informações ao juízo que as requisitou, efetuar obra em local embargado, abrir estabelecimento interditado etc.

A doutrina costuma apontar os seguintes requisitos para a configuração do crime de desobediência:

a) Deve haver uma **ordem**: significa determinação, mandamento. O não atendimento de mero pedido ou solicitação não caracteriza o crime.

b) A ordem deve ser **legal**: material e formalmente. Pode até ser injusta, só não pode ser ilegal.

c) Deve ser emanada de funcionário público **competente** para proferi-la. Ex.: delegado de polícia requisita informação bancária e o gerente do banco não 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 749

11/4/2011 17:28:58

atende. Não há crime, pois o gerente só está obrigado a fornecer a informação se houver determinação judicial.

d) É necessário que o destinatário tenha o **dever jurídico de cumprir** a ordem. Além disso, não haverá crime se a recusa se der por motivo de força maior ou por ser impossível por algum motivo o seu cumprimento.

Requisitos da

desobediência

Que haja

Que haja uma

Que a ordem

Emanada de

obrigação do

ordem

seja legal

funcionário

destinatário em

competente

cumpri-la

• Previsão de sanção civil ou administrativa

De acordo com a jurisprudência, se alguma norma civil ou administrativa comina sanção da mesma natureza para um fato que poderia caracterizar **crime** de desobediência, mas deixa de ressalvar a sua cumulação com a pena **criminal**, não pode haver a res ponsabilização penal. Exs.: a) o art. 219 do Código de Processo Penal, que se refere a sanção aplicável à testemunha intimada que sem motivo justificado falta à audiência em que seria ouvida, permite a cumulação da multa e das despesas da diligência, "sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência". Assim, o faltoso responde pelo crime; b) o art. 442 do Código de Processo Penal, com a reda-

ção dada pela Lei n. 11.689/2008, prevê pena de multa ao jurado que deixe de comparecer no dia marcado para a sessão ou que se retire antes de ser dispensado, mas não ressalva a aplicação autônoma do crime de desobediência, de modo que o faltoso só incorre na sanção administrativa; c) o art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro prevê multa àqueles que desrespeitam ordens dos agentes de trânsito (de parada, por exemplo), mas não ressalva a aplicação autônoma do crime de desobediência. Assim, o motorista somente responde pela multa de caráter administrativo. Não responde pelo crime caso desrespeite a ordem dada pelo agente de trânsito; d) o art. 165 do Código de Trânsito prevê pena de multa e de suspensão da habilitação a quem se recusa a efetuar o teste de alcoolemia (bafômetro), sem ressalvar a autonomia do crime de desobediência. Igualmente não há crime na recusa. Em re-lação a este tema, inclusive, argumenta-se que ninguém pode ser obrigado a colaborar na produção de prova contra si mesmo, de acordo com as regras do Pacto de São José (art. 8º, IX).

A propósito: "*A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal.* *Hipótese* 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 750

11/4/2011 17:28:58

XI Dos Crimes Contra a Administração Pública

em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, art. 238).

Ordem concedida" (STF — 2ª Turma — HC 88.452-1-RS — Rel. Min. Eros Grau

— j. 02.05.2006 — v.u. — *DJU* 19.05.2006, p. 43).

11.2.3.3. Sujeito ativo

Todo particular pode ser autor do crime de desobediência. Há, contudo, divergência na doutrina e na jurisprudência, em torno da possibilidade de o funcionário público cometer o crime ao não atender a ordem de outro funcionário. Para alguns, não é possível porque o art. 330 está no Capítulo dos crimes cometidos por **particular** contra a Administração. Para outros, o funcionário comete o crime se deso-bedece a ordem em situação similar à de um particular, mas, se o faz no exercício de suas funções, não há desobediência, podendo responder, dependendo da situação, por crime de prevaricação. Ex.: perito judicial que é chamado a depor como testemunha em processo criminal e que falta injustificadamente. Ele tomou conhecimento dos fatos no desempenho das funções, porém o ato de testemunhar é igual para todos, particulares ou funcionários. É o entendimento prevalente. No Superior Tribunal de Justiça há decisões em ambos os sentidos. Existe, ainda, quem defenda que o funcionário sempre pode cometer crime de desobediência, tese menos aceita.

A propósito: "*Para a configuração do delito de desobediência, imprescindível se faz a cumulação de três requisitos, quais sejam, desatendimento de uma ordem, que essa ordem seja legal e que emane de funcionário público. Não há norma jurídica que determine que a conduta mencionada no art. 330 do CP somente possa ser praticada por particular. Recurso provido*" (STJ — 5ª Turma — Resp. 491.212-RS — Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — j. 07.10.2003 — v.u. — *DJU*

10.11.2003, p. 205); "*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 funcionaladministrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica)" (STJ

— 5ª Turma — HC 12.008-CE — Rel. Min. Felix Fischer — j. 06.03.2001 — *DJU*

02.04.2001, p. 313).

11.2.3.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, o funcionário público que emitiu a ordem desobedecida.

11.2.3.5. Consumação

Depende do conteúdo da ordem:

a) Se determina uma **omissão**, o crime se consuma no momento da ação.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 751

11/4/2011 17:28:58

b) Se determina uma **ação**, duas hipóteses podem ocorrer: se a ordem fixou um prazo para a ação, o crime se consumará com a expiração desse prazo, mas, se a ordem não fixou qualquer prazo, o crime estará consumado com o decurso de um tempo juridicamente relevante (a ser analisado no caso concreto), capaz de indicar com segurança a intenção de não cumpri-la.

11.2.3.6. Tentativa

Só é possível na forma comissiva.

11.2.3.7. Distinção

a) O retardamento ou omissão no envio de dados técnicos para instruir inqué-

rito civil indispensáveis à propositura de ação civil pública, quando devidamente requisitados pelo Ministério Público, constitui crime específico da Lei n. 7.347/85.

b) Se, para evitar o cumprimento de um ato legal, o agente emprega violência ou ameaça contra funcionário público, o crime é o de resistência.

c) Quem se recusa a identificar-se perante autoridade quando feita tal exigência por esta incorre na contravenção do art. 66 da Lei das Contravenções Penais.

d) A desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito configura crime do art. 359 do Código Penal.

e) Prefeitos que, injustificadamente, deixem de cumprir ordem **judicial** cometem crime de desobediência específico previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-lei n. 201/67.

11.2.3.8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

omissivo quanto

quanto ao

subjetivo

ativo

aos meios de

momento

execução

consumativo

11.2.3.9. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.2.4. Desacato

Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

11.2.4.1. Objetividade jurídica

O prestígio e o respeito aos servidores públicos.

11.2.4.2. Tipo objetivo

Desacatar significa desrespeitar, desprestigiar, ofender. Admite qualquer meio de execução, como palavras, gestos, vias de fato ou qualquer outro meio que evi
-

dencie a intenção de ofender o funcionário público. Ex.: xingar o policial que o está multando; fazer sinais ofensivos; rasgar mandado de intimação entregue pelo oficial de justiça e atirá-lo ao chão; passar a mão no rosto do policial; atirar seu quepe no chão; mostrar o pênis ao policial que pediu para o agente mostrar o documento; empurrar o funcionário público; atirar um copo de cerveja nele etc. Se o ato agressivo, todavia, visa evitar o cumprimento de um ato funcional, o crime é o de resistência.

O desacato pode, muito excepcionalmente, ser cometido por ato omissivo, como no caso de pessoa que, acintosamente, finge não perceber que o funcionário está lhe dirigindo a palavra.

O crime pode ocorrer em duas circunstâncias:

a) quando a ofensa for feita contra funcionário que está no exercício de suas funções, ou seja, que está trabalhando (dentro ou fora da repartição); **b)** quando for feita contra funcionário que está de folga, desde que a ofensa se refira às suas funções.

A denúncia por crime de desacato deve descrever, sob pena de ser inepta, o meio de execução, mencionando inclusive eventuais palavras de baixo calão utilizadas pelo agente.

A caracterização do crime independe de o funcionário público se julgar ou não ofendido, pois o que a lei visa é prestigiar e dar dignidade ao cargo. Assim, se, no caso concreto, o fun cionário alega não se ter sentido ofendido, mas fica demonstrado que a conduta era objetivamente ofensiva, existe o crime.

O desacato pressupõe que a ofensa seja feita **na presença** do funcionário, pois somente assim ficará tipificada a intenção de desprestigiar a função. A ofensa

feita contra funcionário em razão de suas funções, mas em sua ausência, caracteriza crime de injúria qualificada (art. 140, combinado com o art. 141, II, do Código Penal). Por isso, não há desacato se a ofensa é feita, por exemplo, por carta. Veja-se, entretanto, que a existência do desacato não pressupõe que o agente e o funcionário estejam face a face. Haverá o crime se estiverem, por exemplo, em salas separadas, com as portas abertas, e o agente falar algo para o funcionário ouvir.

O crime de desacato existe mesmo que o fato não seja presenciado por outras pessoas, porque a publicidade da ofensa não é requisito do crime. Basta, portanto, que o funcionário esteja presente.

• Embriaguez

Existem três correntes em torno de a embriaguez excluir a tipificação do crime de desacato:

a) Não, nos termos do art. 28, II, do Código Penal, que estabelece que a embriaguez não exclui o crime.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 753

11/4/2011 17:28:58

b) Sim, pois o desacato exige dolo específico, consistente na intenção de humilhar, ofender, que é incompatível com o estado de embriaguez. Trata-se de entendimento majoritário. De acordo com essa corrente, o ébrio perde os freios inibitórios e fala coisas sem pensar, não agindo com a específica inten-

ção de ofender a Administração.

c) A embriaguez somente exclui o crime quando é completa, capaz de eliminar a capacidade intelectual e volitiva do sujeito. É o que pensa Damásio de Jesus.228

• Exaltação de ânimos

Há também corrente majoritária entendendo que o crime exige ânimo calmo, sendo que a exaltação ou cólera exclui o seu elemento subjetivo. É a posição de Nélson Hungria,229 dentre outros, segundo o qual o delito exige intenção específica de ultrajar, menosprezar, incompatível com o estado de cólera.

De outro lado, entende-se que a emoção não exclui a responsabilidade pelo desacato, uma vez que o art. 28, I, do Código Penal estabelece que a emoção não exclui o crime. É o entendimento de Damásio de Jesus.230

11.2.4.3. Sujeito ativo

Em princípio pode ser qualquer pessoa.

Quanto à possibilidade de um funcionário público cometer desacato contra outro existem três correntes:

a) Não, pois o desacato está contido no Capítulo dos "crimes praticados por **particular** contra a administração em geral". Assim, a ofensa de um funcionário contra outro caracteriza sempre crime de injúria.

b) Só será possível o desacato se o ofensor for subordinado hierarquicamente ao ofendido ou de igual posto. É a opinião de Nélson Hungria.231

c) Sim, sempre, pois o funcionário, ao ofender o outro, se despe da qualida -

de de funcionário público e se equipara a um particular, respondendo pelo crime de desacato. É a opinião majoritária (Damásio de Jesus,232 Heleno Cláu dio Fragoso,233 Magalhães Noronha234 e Júlio Fabbrini Mirabete).235 Adotamos também esse entendimento, na medida em que não se encontra dentre as 228 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 209.

229 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 425.

230 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 208.

231 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 424/425.

232 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 206.

233 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. II, p.

462.

234 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 306.

235 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 366.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 754

11/4/2011 17:28:58

funções do superior ofender o subordinado, de modo que, quando o faz, desrespeita a Administração e comete desacato.

Advogados podem cometer desacato. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIN 1.127/DF, suspendeu a eficácia do art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94

(Estatuto da OAB), no que diz respeito à imunidade de tais profissionais em relação ao crime de desacato, mantendo-a, contudo, em relação aos crimes de injúria e difamação. Entendeu o Pretório Excelso que o art. 133 da Constituição Federal, o qual confere imunidade aos advogados no desempenho das funções, só pode alcançar crimes contra a honra e não aqueles que ofendem a Administração Pública. Nesse sentido: *"A Turma indeferiu habeas corpus impetrado contra decisão de Turma Recursal de Juizado Especial Criminal, que negara provimento a recurso interposto pelo ora paciente, no qual se pretendia a extinção do processo penal de conhecimento contra ele instaurado pela suposta prática do crime de desacato contra policial militar. Invocava-se, na espécie, a aplicação do § 2º do art. 7º da Lei 8.906/94*

('O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer'). Considerou-se o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADIN 1127/DF (acórdão pendente de publicação), no sentido da inconstitucionalidade da expressão 'e desacato' contida no aludido dispositivo" (STF — 2ª

Turma — HC 88.164-5-MG — Rel. Min. Celso de Mello — j. 15.08.2006 — *DJU*

25.08.2006, p. 62 e *Inf. STF* n. 436 — 14 a 18.08.2006, p. 4).

11.2.4.4. Sujeito passivo

O Estado e, de forma secundária, o funcionário público que foi ofendido. Como o sujeito passivo direto e principal é o Estado, a ofensa perpetrada ao mesmo tempo contra mais de um funcionário tipifica um só crime de desacato, e não concurso formal.

11.2.4.5. Consumação

No momento da ofensa.

11.2.4.6. Tentativa

Não é possível, pois o desacato reclama a presença da vítima.

11.2.4.7. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

e comissivo ou

instantâneo quanto

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

omissivo quanto

ao momento

subjetivo

ativo

aos meios de

consumativo

execução

11.2.4.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 755

11/4/2011 17:28:58

11.2.5. 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 dois a 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.

11.2.5.1. Objetividade jurídica

Tutela-se a confiança na Administração Pública, cujo prestígio pode ser afetado pelo agente que, gabando-se de influência sobre funcionário público, pede, exige, cobra ou recebe qualquer vantagem ou promessa de vantagem (material ou de outra natureza), mentindo que irá influir em ato praticado por tal funcio nário no exercício de sua função. Tutela-se, outrossim, o patrimônio da pessoa a quem o pedido ou cobrança é feito.

11.2.5.2. Tipo objetivo

Esse crime é uma modalidade especial de estelionato, em que o agente alardeia influência sobre um funcionário público e, assim, procura tirar vantagem de suas alegações, no sentido de, em troca da vantagem, beneficiar o terceiro. Este, enganado pela conversa do agente, dispõe-se a entregar-lhe a vantagem em troca do ato que o agente pode levar o funcionário a prati car. Veja-se, portanto, que o delito tutela também o patri mônio do terceiro, ludibriado pela conduta do sujeito. Há crime, por exemplo, quando alguém alega ser muito amigo de um fiscal da prefeitura e solicita dinheiro para um comerciante a pretexto de o estabelecimento não passar por vistoria.

Se o agente realmente gozar de influência sobre o funcionário e dela fizer uso, haverá outros crimes, como corrupção ativa e passiva.

11.2.5.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, inclusive funcionário público que alardeie influência sobre outro.

11.2.5.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa ludibriada.

11.2.5.5. Consumação

No exato momento em que o agente solicita, exige, cobra ou obtém a vantagem ou promessa de vantagem.

11.2.5.6. Tentativa

Possível, como, por exemplo, na hipótese de solicitação ou exigência feita por escrito, que se extravia.

11.2.5.7. Causa de aumento de pena

Quando o agente diz ou dá a entender que a vantagem é também endereçada ao funcionário, sua pena é aumentada em metade.

11.2.5.8. Distinção

a) Se a vantagem efetivamente se destina ao funcionário público, que está man co munado com o agente, há crime de corrupção passiva.

b) Se o agente visa vantagem patrimonial a pretexto de influir especificamente em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, o crime é o de **exploração de prestígio**, descrito no art. 357 do Código Penal.

11.2.5.9. Ação penal

É pública incondicionada.

11.2.6. 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 dois a doze anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

11.2.6.1. Objetividade jurídica

Proteger a moralidade da Administração Pública e seu regular funcionamento, que podem ser colocados em risco pela corrupção.

11.2.6.2. Tipo objetivo

No crime de corrupção ativa, pune-se o particular que **toma a iniciativa** de oferecer ou prometer alguma vantagem indevida a um funcionário público a fim de se benefi ciar, em troca, com alguma ação ou omissão deste funcionário. Na **oferta**, o agente coloca dinheiro ou valores à imediata disposição do funcionário. Ex.: estende a mão com dinheiro a um policial que está prestes a autuá-lo por infração de trânsito. Na **promessa**, o agente se compromete a entregar posteriormente a vantagem ao funcionário.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 757

11/4/2011 17:28:58

O crime pode ser praticado por qualquer forma, embora a mais comum seja a oral, já que não deixa prova. É possível, contudo, que o delito seja cometido por escrito ou por gestos (estender o dinheiro ou abrir um talão de cheques).

Conforme já mencionado, só existe corrupção ativa quando a iniciativa é do particular, pois somente nesse caso sua conduta pode fazer com que o funcionário se corrompa. Quando é este quem toma a iniciativa de solicitar alguma vantagem, no ta-se que ele já está corrompido, de modo que, se o particular entrega o que foi solicitado, não comete o crime de corrupção ativa. Com efeito, não existe no art. 333

a conduta típica de entregar ou dar dinheiro ou outra vantagem ao funcionário.

São, assim, possíveis as seguintes situações:

1) O particular oferece a vantagem indevida, mas o funcionário recusa-se a recebê-la: existe apenas corrup-

ção ativa.

2) O particular oferece a vantagem indevida e o funcionário a recebe: há corrupção ativa e também passiva.

3) O particular promete a vantagem indevida e o funcionário não aceita: existe apenas a corrupção ativa.

4) O particular promete a vantagem indevida e o funcionário a aceita: há corrupção ativa e também passiva.

5) O funcionário solicita a vantagem: há apenas corrupção passiva, quer o particular concorde em entregar a vantagem, quer se recuse.

Assim, verifica-se que é possível existir corrupção ativa sem que ocorra a passiva (hipóteses 1 e 3) e que se configure a corrupção passiva sem a correspondente corrupção ativa (hipótese 5).

É evidente, por sua vez, a possibilidade da coexistência das duas formas de corrupção, tal como se dá nas hipóteses 2 e 4, em que o funcionário recebe ou aceita a promessa de vantagem feita pelo particular. Em tais casos, estamos diante de exce-

ção à teoria **monista** ou **unitária**, segundo a qual todos os envolvidos em um fato ilícito devem responder pelo mesmo crime. Optou o legislador por punir o funcioná-

rio por um crime e o particular por outro, para poder diferenciar os momentos consumativos, embora a pena prevista para ambos os delitos seja a mesma.

Será ainda punida exclusivamente a corrupção passiva quando um menor de idade for flagrado cometendo alguma infração e, para não ser encaminhado ao Juízo da In-fância e da Juventude, ofereça dinheiro ao funcionário e este o receba. Em tal caso, apenas o funcionário poderá ser punido em razão da inimputabilidade do adolescente.

É necessário que o agente ofereça ou faça uma promessa de **vantagem indevida** para que o funcionário público **pratique**, **omita** ou **retarde** ato de ofício. Sem tal intenção específica, não há corrupção ativa. Ademais, se os valores oferecidos forem **devidos**, o fato será atípico.

Diverge a doutrina em torno da **natureza** da vantagem. Para alguns autores, como Damásio de Jesus,236 Nélson Hungria237 e Magalhães Noronha,238 esta deve ser 236 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 141.

237 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 361.

238 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 239.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 758

11/4/2011 17:28:59

necessariamente **patrimonial**. Já para Júlio Fabbrini Mirabete239 e Fernando Capez,240

pode ser de **qualquer espécie**, uma vez que a lei não faz distinção. Ex.: proveitos patrimoniais, sentimentais, de vaidade, sexuais etc.

Se o particular se limita a insistentes pedidos para o funcionário "dar um jeitinho" ou "quebrar o galho", não se configura a corrupção ativa por falta de uma de suas elementares — oferta ou promessa de vantagem indevida. Nesse caso, se o funcionário público "dá o jeitinho" e não pratica o ato que deveria, responde por corrupção passiva privilegiada (art. 317, § 2º) e o particular figura como partí ci pe em razão do induzimento. Se o funcionário público não "dá o jeitinho", o fato é atípico.

Para que exista a corrupção ativa, o sujeito, com a oferta ou promessa de vantagem, deve visar que o funcionário:

a) Retarde ato de ofício. Ex.: para que um delegado de polícia demore a concluir um inquérito policial, visando a prescrição.

b) Omita ato de ofício. Ex.: para que o policial não o multe.

c) Pratique ato de ofício. Ex.: para delegado de polícia emitir Carteira de Habilitação a quem não passou no exame (nesse caso, há também crime de

falsidade ideológica).

Se o particular oferece a vantagem para evitar que o funcionário público pratique contra ele algum ato **ilegal**, não há crime.

11.2.6.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa. Até mesmo funcionário público pode ser sujeito ativo. Ex.: chefe do executivo que oferece valores para integrantes do legislativo aprovarem projetos de sua autoria.

11.2.6.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.2.6.5. Consumação e causa de aumento de pena

Quando a oferta ou a promessa chegam ao funcionário público, ainda que ele não a aceite. Trata-se de crime **formal**. Se, entretanto, o funcionário público a aceitar e, em razão da vantagem, **retardar**, **omitir** ou **praticar** ato infringindo dever funcional, a pena da corrupção ativa será aumentada de um terço, nos termos do art. 333, parágrafo único, do Código Penal. Sempre que ocorrer essa hipótese, o funcionário público será responsabilizado pela forma exasperada de corrupção passiva descrita no art. 317, § 1º, do Código Penal.

239 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 315.

240 Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 3, p. 421.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 759

11/4/2011 17:28:59

11.2.6.6. Tentativa

É possível apenas na forma escrita.

11.2.6.7. Distinção

a) Se houver corrupção ativa em transação comercial internacional, estará configurado o crime do art. 337-B do Código Penal.

b) A corrupção para obter voto em eleição constitui crime do art. 299 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65).

c) A corrupção ativa de testemunhas, peritos, tradutores ou intérpretes, não oficiais, constitui o crime do art. 343 do Código Penal.

11.2.6.8. Ação penal

É pública incondicionada.

11.2.6.9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre e

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

11.2.7. 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 um a quatro anos.

11.2.7.1. Objetividade jurídica

O controle do Poder Público sobre a entrada e saída de mercadorias do País e os interesses em termos de tributação da Fazenda Nacional.

11.2.7.2. Tipo objetivo

Contrabando é a clandestina importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no País, ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida.
Descaminho é a fraude tendente a frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direitos de importação ou exportação ou do imposto de consumo (a ser cobrado na própria aduana) sobre mercadorias. Essa distinção é apontada por Nélson Hungria.241

O Superior Tribunal de Justiça vinha aplicando o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade da conduta quando o valor corrigido do tributo devido não 241 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 432.

superava R$ 1.000,00, argumentando que a Fazenda Pública dispensava o ajuizamento de execução fiscal para cobrar valores até esse limite com base na Lei n. 9.469/97.

O art. 1º-A, da referida lei foi, entretanto, modificado pela Lei n. 11.941/2009. Pelo texto atual está autorizado o não ajuizamento de ação e o requerimento da extinção das ações em curso, de acordo com os critérios de custos de administração e cobran-

ça. Afastou-se, assim, um valor determinado, passando a decisão de propor ou não a ação ao Advogado-Geral da União, que deverá se pautar de acordo com a conveniência para a administração em face do valor que busca e os custos da ação. Nota-se, entretanto, que o parágrafo único do art. 1º-A estabelece que, no caso de Dívida Ativa da União, e nos processos em que a representação judicial seja atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não é possível tal discricionariedade, o que tornará necessária reapreciação do tema pelo *STJ*.

O art. 34 da Lei n. 9.249/95 estabelece que "*extinguese a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/90 e na Lei n. 4.729/65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*". Embora esta lei não mencione o crime de descaminho, tem-se entendido que o dispositivo é aplicável a referido delito, pois, como os demais, atinge a ordem tributária.

11.2.7.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**. O funcionário público que facilite a conduta, entretanto, responderá pelo crime de facilitação ao contrabando (art. 318).

11.2.7.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.2.7.5. Consumação

Com a entrada ou saída da mercadoria do território nacional. Entendemos tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, e não de crime permanente. Assim, é equivocado falar-se em prisão em flagrante quando o agente é encontrado na posse de produtos contrabandeados com os quais ingressou no País muitos dias antes.

11.2.7.6. Tentativa

É possível. Quando a hipótese é de exportação, o crime é tentado se a mercadoria não chega a sair do País. Por outro lado, no caso de importação, se o agente entrar com a mercadoria no País, mas for preso na alfândega (de um aeroporto, por exemplo), o crime já estará consumado.

11.2.7.7. Causa de aumento de pena

Determina o § 3º que a pena será aplicada em dobro quando o contrabando ou descaminho for praticado mediante transporte aéreo. A razão da maior severidade da 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 761

11/4/2011 17:28:59

pena é a facilidade decorrente da utilização de aeronaves para a prática do delito. Por esse mesmo motivo, parece-nos não ser aplicável a majorante quando a aeronave pousa ou decola de aeroporto dotado de alfândega, uma vez que nestes não existe maior facilidade na entrada ou saída de mercadorias.

11.2.7.8. Distinção

a) Em se tratando de importação ou exportação de substância entorpecente, configura-se crime de tráfico internacional de entorpecente, previsto no art. 33, *caput*, com a pena aumentada pelo art. 40, I, todos da Lei n. 11.343/2006.

b) A importação ou exportação ilegal de arma de fogo, acessório ou munição constitui também crime específico, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826/2003

(Estatuto do Desarmamento), cuja pena é de quatro a oito anos de reclusão, e multa. Como essa lei não faz ressalva, ao contrário do que ocorria com a anterior (Lei n. 9.437/97), não é possível a punição concomi tantemente com o crime de contrabando ou descaminho.

11.2.7.9. Figuras equiparadas

O § 1º do art. 334 prevê, em suas quatro alíneas, várias figuras equiparadas ao contrabando ou descaminho, para as quais é reservada a mesma pena do *caput*, para quem: **a) Pratica navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei.** A navegação de cabotagem tem a finalidade de realizar o comércio entre portos de um mesmo país. Assim, constitui crime a prática desta fora dos casos permitidos em lei. Trata-se, portanto, de norma penal em branco, cuja existência pressupõe o desrespeito ao texto de outra lei.

b) Pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho.

Constitui fato assimilado previsto em lei, por exemplo, a saída de mercadorias da Zona Franca de Manaus sem o pagamento de tributos, quando o valor excede a cota que cada pessoa pode trazer. Trata-se, também, de norma penal em branco.

c) Vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, uti liza 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 importa-

ção fraudulenta por parte de outrem. Nesse dispositivo, o legislador pune, inicialmente, o **próprio** contrabandista que vende, expõe à venda, mantém em depósito ou de qualquer forma utiliza a mercadoria no exercício de atividade comercial ou industrial. Quando isso ocorre, é evi dente que o agente não será punido pela figura do *caput*, que resta, portanto, absorvida. Lembre-se de que o § 2º estabelece que se equipara à atividade comercial qualquer forma de comércio irregular (sem registro junto aos órgãos competentes) ou clandestino (camelôs, por exemplo), inclusive o exercido em residências.

Em um segundo momento, a lei pune quem toma as mesmas atitudes em relação a mercadorias introduzidas clandestinamente ou importadas fraudulentamente por terceiro.

d) Adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência es trangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. A lei pune, por fim, a pessoa que, no exercício de atividade comercial ou industrial, adquire (obtém a propriedade), recebe (obtém a posse) ou oculta (esconde) mercadoria de procedência estrangeira desacompanhada de documentos ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. Trata-se de delito que possui as mesmas condutas típicas do crime de receptação, mas que se aplica especificamente a mercadorias contrabandeadas. 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 (art. 334, § 2º).

11.2.7.10. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal.

A Súmula n. 151 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "*a competência para processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens*".

11.2.8. 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 seis meses a 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.

Esse dispositivo foi revogado pelos arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), que pune as mesmas condutas com penas maiores.

11.2.9. 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 um mês a um ano, ou multa.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 763

11/4/2011 17:28:59

11.2.9.1. Objetividade jurídica

A regularidade no funcionamento da Administração Pública.

11.2.9.2. Tipo objetivo

A primeira figura se refere a edital afixado por ordem de funcionário público, que pode ser de caráter **administrativo** (de casamento ou hasta pública, por exemplo), **judicial** (de citação, por exemplo) ou **legislativo**. Abrange as condutas de rasgar (cortar, lacerar), inutilizar (tornar ilegível) ou conspurcar (sujar, rabiscar, sem tornar ilegível). **Edital** é um comunicado oficial cuja finalidade é dar conhecimento a todos de determinado fato e, por isso, é afixado em local público.

A segunda figura consiste em inutilizar ou violar (transpor) o obstáculo que o selo ou o sinal representam. Estes visam, normalmente, dar garantia oficial à identificação ou ao conteúdo de certos pacotes, envelopes etc. É necessário que tenham sido empregados por determinação legal ou de funcionário público

competente.

11.2.9.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

11.2.9.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.2.9.5. Consumação

No exato instante em que o agente consegue rasgar, inutilizar ou conspurcar o edital, ou violar ou inutilizar o selo ou sinal, independentemente de qualquer outro resultado.

11.2.9.6. Tentativa

É possível.

11.2.9.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.2.10. 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 dois a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 764

11/4/2011 17:28:59

11.2.10.1. Objetividade jurídica

A preservação dos livros oficiais, processos e documentos mencionados no tipo penal.

11.2.10.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são:

a) subtrair: tirar, retirar;

b) inutilizar: tornar imprestável.

Necessário que a conduta recaia sobre:

a) livro oficial: usado para escriturações ou registros;

b) processo: judicial ou administrativo;

c) documento: público ou privado, que esteja confiado à custódia de funcionário público ou de particular em serviço público.

Saliente-se, porém, que, se o documento destina-se a fazer prova de relação jurí-

dica, e o agente visa beneficiar a si próprio ou a terceiro, o fato constituirá crime mais grave, previsto no art. 305 do Código Penal, na medida em que o crime do art. 337, *caput*, é expressamente subsidiário.

11.2.10.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

Se o crime for cometido por funcionário público que tem a guarda do livro ou documento em razão do cargo, configura-se o crime especial previsto no art. 314 do Código Penal, e, se for advogado ou procurador que tenha recebido o objeto ou documento nesta qualidade, o crime será o do art. 356.

11.2.10.4. Sujeito passivo

O Estado e, em segundo plano, as pessoas prejudicadas pela conduta.

11.2.10.5. Consumação

No instante em que o agente subtrai ou inutiliza, total ou parcialmente, o livro, processo ou documento.

11.2.10.6. Tentativa

É possível.

11.2.10.7. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 765

11/4/2011 17:28:59

11.2.10.8. Quadro comparativo de crimes em que há inutilização ou destrui-

ção de documento

1) Art. 305 — Supressão de documento: Esse delito pode ser cometido por qualquer pessoa. O documento pode ser público ou particular, mas é necessário que seja destinado à prova de alguma relação jurídica e que o agente o danifique a fim de obter vantagem em proveito próprio ou alheio.

2) Art. 337, *caput* — Subtração ou inutilização de livro ou documento: Esse delito também pode ser praticado por qualquer pessoa, exceto por funcionário pú-

blico que tenha a guarda do documento, hipótese que configura o crime do art. 314.

Por ter pena menor e ser expressamente subsidiário, só pode ser reconhecido se ausente qualquer dos requisitos do art. 305 (ausência de intenção de obter vantagem ou que o documento não seja destinado à prova de alguma relação jurídica).

3) Art. 314 — Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento:

Esse crime se diferencia dos demais porque cometido pelo próprio funcionário que tem a guarda do documento. No delito do art. 337, o tipo penal exige que o documento esteja na guarda de funcionário ou de particular em serviço público, contudo, o autor do delito é terceira pessoa.

4) Art. 356 — Sonegação de papel ou objeto de valor probatório: Essa infra-

ção é bem diversa das demais, pois o sujeito ativo só pode ser advogado ou procurador que recebeu o documento ou objeto de valor probatório no exercício de tais atividades.

11.2.11. Sonegação de contribuição previden ciária

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 previdenciárias: Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

11.2.11.1. Objetividade jurídica

O art. 194 da Constituição Federal estabelece que "*a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*". É evidente, portanto, que, para garantir o pagamento dos benefícios de 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 766

11/4/2011 17:28:59

XI Dos Crimes Contra a Administração Pública

pessoas aposentadas, inválidas, desempregadas etc., é necessário que as autarquias responsáveis pelo pagamento possuam fundos suficientes para tanto. No âmbito federal, a autarquia responsável é o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social.

Assim, o art. 195 da própria Constituição estabelece que a seguridade será fi -

nanciada por recursos provenientes do orçamento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como por contribuições sociais: a) do empregador, da empresa ou entidade a ela equiparada; b) do trabalhador; c) sobre a receita de concursos de prognósticos; d) do importador de bens ou serviços do exterior.

É evidente, portanto, que a sonegação de tais contribuições afeta gravemente o sistema e deve ser combatida.

Em suma, o delito em análise tutela **o patrimônio e o bom funcionamento da Seguridade Social**.

11.2.11.2. Tipo objetivo

A Lei n. 8.212/91 dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o seu Plano de Custeio. Além disso, tipificava os respectivos ilícitos penais, que aca-baram sendo revogados pela Lei n. 9.983/2000, que trouxe para o Código Penal as condutas ilícitas lesivas à Seguridade Social, como a sonegação de contribuição social descrita neste art. 337-A.

As condutas incriminadas são:

a) suprimir: deixar de declarar;

b) reduzir: declarar valor menor do que o devido.

O **objeto material** do delito são as contribuições sociais, cujas hipóteses de incidência e respectivos valores são definidos em lei, e seus acessórios.

Trata-se de crime de **ação vinculada**, que só se configura quando a sonegação se reveste de uma das formas descritas nos incs. I, II e III acima descritos: 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 previdenciárias.

11.2.11.3. Sujeito ativo

Somente o responsável pelo lançamento das informações nos documentos endereçados à autarquia. Em princípio, pode ser sujeito ativo qualquer sócio, diretor, gerente ou administrador de um estabelecimento. É evidente, entretanto, que, no caso concreto, deve-se identificar o efetivo responsável, ou seja, a pessoa que tinha a função, dentro da empresa, de efetuar os lançamentos e não o fez. Apenas poderão 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 767

11/4/2011 17:28:59

ser corresponsáveis os sócios, diretores etc. que tenham sido coniventes com tal ato.

Contudo, o simples fato de ser sócio, por si só, não pode levar à responsabilização de alguém, caso não tenha colaborado ou tomado ciência da sonegação, pois, nesse caso, estaríamos diante de responsabilidade objetiva.

11.2.11.4. Sujeito passivo

O Estado, representado pela Seguridade Social.

11.2.11.5. Consumação

No momento em que o agente suprime ou reduz a contribuição social.

11.2.11.6. Tentativa

É inadmissível, já que as condutas são exclusivamente omissivas.

11.2.11.7. Extinção da punibilidade

No art. 337-A, § 1º, estão previstas algumas hipóteses que geram a extinção da punibilidade do agente:

a) Se ele, 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** (art. 337-A,

§ 1º). A ação fiscal se inicia com a notificação pessoal do contribuinte a respeito de sua instauração.

b) Se a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos, inclusive acessórios (art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.864/2003), em qualquer momento da persecução penal. Saliente-se, outrossim, que o art. 9º, § 1º, desta lei estabelece a suspensão da pretensão punitiva estatal, se a empresa obtiver o parcelamento dos valores devidos.

11.2.11.8. Perdão judicial ou substituição por pena de multa

Nos termos do art. 337-A, § 2º, o juiz pode deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, e desde que o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior ao estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. A escolha entre os benefícios (perdão ou multa) fica, evidentemente, a critério do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

11.2.11.9. Causa de diminuição de pena

Estabelece o art. 337-A, § 3º, que, se o empregador for pessoa física e sua folha de pagamento mensal não ultrapassar R$ 1.510,00, o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar somente a multa. Esse valor será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da Previdência Social (§ 4º).

11.2.11.10. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal, já que o INSS é autarquia da União (art. 109, I, da Constituição Federal).

11.2.12. Questões

1. (Magistratura/SP — 169º concurso) Assinale a alternativa que indica em que circunstância se pode aceitar a configuração do delito de resistência:

a) O agente desatende ao chamado verbal de autoridade para receber uma censura em público.

b) O agente põe-se a espernear, dificultando ser encaminhado à prisão.

c) O agente profere ofensas verbais ao meirinho quando este cumpria mandado judicial.

d) O agente se opõe, mediante agressões físicas, ao cumprimento de mandado de prisão, alegando decorrer de injusta sentença condenatória.

Resposta: "d". É a única das alternativas em que o agente se opôs à execução de ato legal com emprego de violência física efetiva contra o funcionário público.

2. (Ministério Público/MG — 44º concurso) Assinale a alternativa correta:
a) No peculato impróprio, o funcionário público concorre culposamente para o crime de outrem.

b) Inocorre crime de resistência, se inexiste comportamento agressivo contra o funcionário público.

c) O funcionário público somente pode ser sujeito ativo de desacato se hierarquicamente inferior ao ofendido.

d) Pelo princípio da consunção, a denunciação caluniosa absorve a injúria e a

difamação.

e) A evasão do presídio, com violência contra a coisa e grave ameaça constitui crime contra a Administração Pública.

Resposta: "b". Não existe resistência sem comportamento agressivo. As demais alternativas contêm informações erradas.

3. (Delegado de Polícia/SP — 2008) A conduta do agente que, após ter sido abordado por policiais, abaixa cinicamente as calças em público, chamando-os para revistá-lo em tom jacoso, demonstrando efetivo intuito de menosprezo, pretendendo constrangê-los e ridicularizá-los diante de populares que presenciam o ato, caracteriza o crime de: a) injúria.

b) ato obsceno.

c) resistência.

d) desobediência.

e) desacato.

Resposta: "e". A intenção do agente foi nitidamente de ofender o funcionário público e não de cometer ato obsceno.

4. (Delegado de Polícia/SP — 2006) A pessoa que obtém para si vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função, pratica: a) usurpação de função pública;

b) favorecimento pessoal;

c) exploração de prestígio;

d) favorecimento real;

e) tráfico de influência.

Resposta: "e". A conduta se enquadra no crime de tráfico de influência do art. 332 do Código Penal.

5. (OAB-RJ) Não pode ser considerado próprio de funcionário público o crime de: a) concussão.

b) prevaricação.

c) corrupção ativa.

d) corrupção passiva.

Resposta: "c". O crime de corrupção ativa é cometido por particular contra a administração (art. 333 do Código Penal).

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 770

11/4/2011 17:29:00

II-A

DOS CRIMES PRATICADOS POR

PARTICULAR CONTRA A

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA

11.3. DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRA-

ÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA

A globalização e o aumento das transações comerciais internacionais motivaram a aprovação da Lei n. 10.467/2002, que acrescentou este Capítulo no Código Penal, criando os novos ilícitos penais de corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional, bem como estabelecendo a definição de funcionário público estrangeiro.

11.3.1. Conceito de funcionário público estrangeiro

O art. 337-D do Código Penal considera funcionário público estrangeiro, para 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.** Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo 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.**

11.3.2. Corrupção ativa nas transações comerciais internacionais 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 a transação comercial internacional: Pena — reclusão, de um a oito anos, e multa.

11.3.2.1. Objetividade jurídica

A lisura nas transações comerciais internacionais.

11.3.2.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são as mesmas da corrupção ativa comum (art. 333), à exceção da conduta "dar", que foi acrescentada. O que diferencia o novo crime do
03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 771

11/4/2011 17:29:00

tradicional é o fato de que, neste, a corrupção ativa visa a funcionário público brasileiro (no âmbito federal, estadual ou municipal), enquanto, na nova legislação, a conduta visa a funcionário **estrangeiro** e pressupõe que o agente tenha a intenção de obter daquele, com a vantagem indevida, benefício relacionado a alguma transação comercial internacional.

A lei brasileira só se refere à corrupção ativa porque a eventual punição do funcionário público estrangeiro ficará a cargo do outro país.

11.3.2.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

11.3.2.4. Sujeito passivo

A empresa ou pessoa física prejudicada e o Estado estrangeiro.

11.3.2.5. Consumação

No momento em que a oferta ou promessa chegam ao funcionário estrangeiro, ainda que este não as aceite. Na modalidade "dar", o crime se consuma quando o funcionário a recebe.

11.3.2.6. Tentativa

É possível.

11.3.2.7. Causa de aumento de pena

O parágrafo único acrescenta um terço na pena se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro efetivamente retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Esse dispositivo praticamente é uma repetição do art. 333, parágrafo único.

11.3.2.8. Ação penal

É pública incondicionada.

11.3.3.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 dois a cinco anos, e multa.

11.3.3.1. Objetividade jurídica

A boa-fé e a lisura nas transações comerciais internacionais.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 772

11/4/2011 17:29:00

11.3.3.2. Tipo objetivo

São as mesmas condutas típicas do tráfico de influência comum. Altera-se apenas o fato de que o agente alega que a vantagem é para levá-lo a influir em funcioná-

rio público estrangeiro em ato relacionado a transação comercial internacional.

11.3.3.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

11.3.3.4. Sujeito passivo

A empresa ou pessoa física prejudicada e o Estado estrangeiro.

11.3.3.5. Consumação

No momento em que o agente realiza a conduta típica, independentemente de qualquer outro resultado.

11.3.3.6. Tentativa

É possível.

11.3.3.7. Causa de aumento de pena

A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário estrangeiro (art. 337-C, parágrafo único).

11.3.3.8. Ação penal

Pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 773

11/4/2011 17:29:00

III

DOS CRIMES CONTRA A

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

11.4. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

11.4.1. Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 338. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

11.4.1.1.Objetividade jurídica

Preservar a autoridade e a eficácia dos atos de expulsão.

11.4.1.2. Tipo objetivo

Estrangeiro é quem não é brasileiro, nato ou naturalizado (art. 12 da Constitui-

ção Federal).

Premissa do crime é que o estrangeiro tenha sido **expulso** do território nacional.

O procedimento de expulsão está regulamentado na Lei n. 6.815/80. As hipóteses que autorizam a expulsão estão elencadas em seu art. 65: "*É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar 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*". O

parágrafo único do mesmo dispositivo permite, ainda, a expulsão do estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à va-diagem ou mendicância; d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

O crime em análise não se confunde com o ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, previstos no art. 125 da Lei n. 6.815/80. Tampouco se configura quando o estrangeiro, após decretada sua expulsão, nega-se a deixar o País. O delito, nos termos do art. 338, pressupõe que o estrangeiro, após ter sido expulso e **deixado o território nacional**, nele ingresse novamente sem autorização.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 774

11/4/2011 17:29:00

11.4.1.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, que só pode ser cometido por estrangeiro que tenha sido expulso do território brasileiro. Brasileiros podem ser partícipes do crime.

Trata-se de crime de **mão própria**, que não admite coautoria. A específica conduta de **reingressar** após ser expulso só pode ser cometida pelo estrangeiro.

11.4.1.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.1.5. Consumação

No instante em que o estrangeiro penetra no território nacional, após ter deixado o país em razão da expulsão. Trata-se de crime **permanente**.

11.4.1.6. Tentativa

É possível.

11.4.1.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência da Justiça Federal (art. 109, X, da Constituição Federal).

11.4.2. 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: Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa.

11.4.2.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, que é prejudicada com a imputação falsa de infração penal a pessoa inocente.

11.4.2.2. Tipo objetivo

Dar causa significa provocar, dar início a uma investigação policial ou administrativa, a uma ação penal etc. Pode ser praticada por qualquer meio (crime de forma livre), não se exigindo a apresentação formal de *notitia criminis*, queixa ou denúncia (na maior parte dos casos, entretanto, é por um desses meios que se pratica o delito).

Essa provocação pode ser:

a) Direta: quando o agente formalmente apresenta a notícia do crime à autoridade (policial, administrativa, judiciária ou do Ministério Público), oralmente (para a lavratura de um boletim de ocorrência, por exemplo) ou por escrito 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 775

11/4/2011 17:29:00

(requerimento para instauração de inquérito policial, apresentação de queixa-

-crime etc.).

b) Indireta: quando o agente, por um meio qualquer, de forma maliciosa, faz com que a notícia falsa chegue até a autoridade para que esta inicie a investigação. Ex.: a) ligação telefônica ou carta anônima imputando crime a alguém; b) contar um fato a terceiro de boa-fé, que o acaba levando ao conhecimento da autoridade; c) colocar um objeto na bolsa de alguém e chamar a polícia, dizendo que o objeto foi furtado, e fazer com que os policiais revistem a bolsa de todos os presentes, para que o objeto seja encontrado com aquela pessoa e, assim, seja iniciado procedimento policial contra ela.

A Lei n. 10.028/2000 alterou a redação do art. 339, aumentando seu âmbito de abrangência. Originariamente só se punia quem dava causa ao início de uma **investigação policial** ou **processo judicial**. Atualmente, entretanto, **também** poderá ser punido quem der causa ao início de: a) **investigação administrativa:** sindicâncias, processos administrativos etc.; b) **inquérito civil:** procedimento administrativo especí-

fico instaurado e presidido pelo Ministério Público, de natureza inquisitiva,

tendente a colher elementos de prova para o ajuizamento de ação civil pública, visando reparar atos lesivos a interesses difusos ou coletivos (Lei n. 7.347/85); c) **ação de improbidade administrativa:** modalidade de ação, regulamentada pela Lei n. 8.429/92, que tem por finalidade a punição e o ressarcimento do erário pelos responsáveis por atos de improbidade administrativa (que a própria lei descreve).

A denunciação caluniosa pressupõe que o agente atribua a outrem a prática de um **crime** ou **contravenção**. Assim, se alguém, ciente da inocência de quem está acusando, envia um ofício à Corregedoria noticiando que certo funcionário público teria cometido um crime e, em razão disso, é instaurado um processo administrativo, haverá denunciação caluniosa. Entretanto, se esse ofício noticiava mera falta funcional (atrasos no serviço, por exemplo), o fato será atípico, ainda que o autor do ofício saiba da falsidade da imputação.

A imputação deve ser feita contra pessoa determinada ou identificável de imediato (ex.: o autor do crime é o irmão do fulano). Sem isso, o crime será o de **comunicação falsa de crime ou contravenção** (art. 340).

Por outro lado, se o agente narrar um fato típico à autoridade, mas disser que o denunciado agiu acobertado por alguma **excludente de ilicitude** ou abrangida por alguma **escusa absolutória**, não haverá crime de denunciação caluniosa.

Também não haverá denunciação caluniosa se o crime imputado já estiver **prescrito**, pois a autoridade não pode iniciar investigação para apurar crime já prescrito ou acobertado por qualquer outra causa extintiva da punibilidade, ainda que não tenham sido reconhecidas expressamente até aquele momento.

A **imputação** falsa de crime ou contravenção que caracteriza a denunciação pode ocorrer de duas formas:

a) Quando se atribui a responsabilidade por crime que ocorreu, mas do qual o denunciado (vítima da denunciação) **não participou**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 776

11/4/2011 17:29:00

b) Quando se atribui a alguém a responsabilidade por infração penal **que não aconteceu**. Não confundir essa hipótese com o crime de comunicação falsa de crime do art. 340 do Código Penal, em que o agente comunica infra-

ção que não aconteceu, mas não atribui a responsabilidade a qualquer pessoa determinada.

Requisito da denunciação é a espontaneidade, ou seja, a iniciativa deve ser exclusiva do denunciante. Assim, se ele faz a acusação em razão de questionamento de outrem, não existe o crime. Ex.: réu que atribui o crime a outra pessoa em seu interrogatório. Testemunha que fala que o crime foi cometido por outra pessoa, visando beneficiar o réu (nesse caso há falso testemunho e não denunciação caluniosa).

A denunciação deve ser **objetiva** e **subjetivamente** falsa. **Objetivamente**, no sentido de que a pessoa contra quem foi imputada a infração não pode ter sido realmente a sua autora. Ex.: João imputa crime a Antonio, supondo-o inocente.

Poste rior mente, por coincidência, fica apurado que este realmente havia praticado o crime. Nesse caso não há denun ciação caluniosa, pois a imputação não era objetivamente falsa.

Subjetivamente falsa significa que o denunciante deve ter plena consciência de que está acusando uma pessoa inocente. O crime de denunciação caluniosa só admite o **dolo direto**, sendo, assim, incompatível com o dolo eventual. Desse modo, se o denunciante tem dúvida acerca da responsabilidade do denunciado e faz a imputa-

ção, não há crime, mesmo que se apure posteriormente que o denunciado não havia cometido o delito. Só há crime, portanto, quando o agente **sabe** efetivamente da inocência da pessoa. Assim, se alguém se limita a dizer que supõe que Antonio cometeu certo crime, não pratica denunciação calu niosa, mesmo que Antonio seja inocente.

Porém, se a pessoa **sabe** que Antonio não cometeu o crime e diz que **acha** que foi ele o autor do crime (apenas para disfarçar), existe a denunciação.

É óbvio que também não existe denunciação caluniosa quando alguém acusa

outro supondo que tal pessoa realmente praticou um crime e depois se apura que a suposição estava errada. Não há crime, ainda, se o denunciante fica sabendo da inocência do denunciado depois de já ter sido feita a imputação.

CARACTERÍSTICAS DA DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

1) Provocação de investigação policial ou administrativa, ação penal ou de improbidade ou inquérito civil contra alguém inocente.

2) A provocação pode ser direta ou indireta.

3) Necessidade de dolo direto (ciência da falsidade da imputação).

4) A falsidade pode se referir à existência do delito ou à sua autoria.

5) A imputação deve ser objetiva e subjetivamente falsa.

6) Necessidade de imputação de crime ou contravenção.

7) A denunciação deve ser direcionada a pessoa determinada ou imediatamente identificável.

8) Que a iniciativa da imputação seja do denunciante.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 777

11/4/2011 17:29:00

11.4.2.3. Sujeito ativo

Em princípio pode ser qualquer pessoa, particular ou funcionário público. Cuida-se de crime **comum**. Se um policial coloca droga na bolsa de alguém e a prende em flagrante, há crime de denunciação caluniosa e de abuso de autoridade (art. 3º, *a*, da Lei n. 4.898/65). O sujeito ativo é chamado de **denunciante**.

Em se tratando de crime de ação **privada** ou de ação pública **condicionada à representação**, o sujeito ativo somente pode ser aquele que poderia dar início ao

procedimento, ou seja, o ofendido ou seu representante legal, pois apenas com autoriza-

ção destes é que pode ser iniciada qualquer forma de persecução.

O **advogado** somente pode ser responsabilizado por crime de denunciação caluniosa se ficar evidenciado que ele tinha ciência da falsidade da imputação de seu cliente contra o denunciado.

O **promotor de justiça**, quando oferece denúncia contra pessoa que ele sabe ser inocente, comete crime de denunciação caluniosa. O mesmo ocorre quando o **delegado de polícia** instaura inquérito contra pessoa que ele sabe não ter cometido qualquer infração penal, salvo se o inquérito tiver sido requisitado por Juiz ou promotor de Justiça.

11.4.2.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa a quem se atribuiu falsamente a prática do delito. Este é conhecido como **denunciado**.

11.4.2.5. Consumação

Com o início da investigação (policial ou administrativa), do inquérito civil ou da ação.

No caso de investigação policial, é possível que a polícia realize algum ato investigatório antes mesmo de instaurar o respectivo inquérito policial. Nessa hipó tese, o crime estará consumado quando for iniciada a investigação, mesmo que o in quérito nem sequer chegue a ser instaurado. Assim, se o agente noticia o fato à autoridade e depois volta atrás, contando a verdade, sem que a investigação tenha sido iniciada, não há crime, pois houve arrependimento eficaz. Se a investigação, porém, já estava iniciada quando o agente contou a verdade, o crime de denunciação caluniosa já está consumado, e a confissão vale apenas como atenuante genérica.

Na hipótese de processo judicial, o crime consuma-se quando o juiz recebe a denúncia ou queixa. Já no caso de ação de improbidade, quando for proposta a ação.

11.4.2.6. Tentativa

É possível. Exs.: a) o agente narra ao delegado de polícia que o autor de determinado crime foi a pessoa A, mas o delegado não inicia qualquer investigação porque o verdadeiro autor do crime é B, que se apresenta e confessa ter cometido o delito antes mesmo de a autoridade ter iniciado qualquer investigação; b) o juiz rejeita a queixa-crime oferecida contra um inocente.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 778

11/4/2011 17:29:00

11.4.2.7. Causas de aumento de pena

A pena do crime de denunciação caluniosa será aumentada em um sexto, se o agente se servir do **anonimato** ou de **nome falso** para a prática da denunciação (art. 339, § 1º, do CP).

11.4.2.8. Figura privilegiada

Fala-se em figura privilegiada quando a imputação falsa é de **contravenção** porque, em tal caso, a pena é reduzida pela metade, nos termos do art. 339, § 2º, do Código Penal.

11.4.2.9. Distinção

a) Denunciação caluniosa e calúnia (art. 138 do CP). Na calúnia, o agente somente quer atingir a honra da vítima, contando para outras pessoas que ela cometeu um crime (o que não é verdade). Na denunciação, o agente quer prejudicar a vítima perante a justiça, enganando órgãos policiais ou do próprio Judiciário, ao imputar à vítima infração penal que não foi por ela praticada. Ademais, a calúnia só existe quando ocorre imputação falsa de crime, enquanto, na denunciação caluniosa, a imputação falsa pode referir-se a crime ou contravenção.

b) O art. 19 da Lei n. 8.429/92 prevê um crime de denun ciação caluniosa especí-

fico para quem representar à autoridade administrativa para que seja instaurada investigação por ato de improbidade por parte de agente público ou de terceiro beneficiário, sabendo que a pessoa é inocente. A pena nesse caso é de detenção, de seis a dez meses, e multa. Esse crime, entretanto, só estará configurado se o ato de improbidade imputado não constituir ao mesmo tempo crime, pois, se isso ocorrer, haverá denunciação caluniosa, de acordo com a nova redação do art. 339 dada pela Lei n. 10.028/2000.

11.4.2.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Comum e de

De ação livre e

Material e

Doloso quanto

à objetividade

concurso eventual

comissivo quanto

instantâneo

ao elemento

jurídica

quanto ao sujeito

aos meios de

quanto ao

subjetivo

ativo

execução

momento

consumativo

11.4.2.11. Ação penal

É pública incondicionada.

Discute-se na doutrina e jurisprudência se o processo por denunciação caluniosa pode ser iniciado antes do desfecho do procedimento ou ação originários.

Damásio de Jesus242 e Júlio Fabbrini Mirabete243 entendem que sim, pois a prova da inocência do denunciado e da ciência do denunciante a esse respeito podem ser 242 Damásio de Jesus, *Direito penal,* v. 4, p. 250.

243 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal,* v. 3, p. 396.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 779

11/4/2011 17:29:00

produzidas por qualquer meio, não ficando na dependência do desfecho de outro procedimento qualquer. Além disso, o aguardo por tempo prolongado pode acabar gerando a prescrição em relação ao crime de denunciação caluniosa. “O crime de denunciação caluniosa, embora relacionado com a instauração de inquérito policial, guarda autonomia. A denúncia, por isso, não está condicionada ao arquivamento da investigação na Polícia. Outros elementos idôneos podem arrimar a imputação do Ministério Público.” (STJ — 6ª Turma — Resp. 91.158/MG — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — *DJU* 30.06.1997, p. 31.091).

Nélson Hungria244 e Magalhães Noronha245 entendem que não, pois, sem que fique evidenciada **oficialmente** a inocência do denunciado, não se pode ter certeza da falsidade da imputação. A medida visa evitar a prolação de decisões

conflitantes. "*Somente com o arquivamento do inquérito policial ou absolvição irrecorrível em favor do denunciado, é possível qualquer iniciativa no sentido do processo por denunciação caluniosa. Ausência de justa causa para a persecução penal.* " (STJ — 5ª Turma — HC

7.137/MG — Rel. Min. Edson Vidigal — *DJU* 04.05.1998, p. 194).

Nada impede, por outro lado, que o Ministério Público, ao receber um inquérito iniciado porque *A* imputou crime a *B*, convença-se da inocência daquele contra quem foi instaurado o inquérito e, com base nos mesmos autos, ofereça denúncia contra o autor da imputação.

11.4.3. 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 um a seis meses, ou multa.

11.4.3.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, no sentido de evitar que as autoridades percam tempo apurando infrações falsamente comunicadas.

11.4.3.2. Tipo objetivo

Provocar a ação da autoridade significa dar causa, ocasionar uma investigação por parte dela. A comunicação falsa pode ser cometida por qualquer meio: escrito, oral, anonimamente ou não etc.

O tipo exige que a imputação seja feita à autoridade, que, normalmente, é a autoridade policial (delegado de polícia). Nada impede, todavia, que o crime se caracterize pela comunicação falsa a policial militar, a juiz de direito, promotor de justiça etc.

244 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 466.

245 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 357.

O crime ou contravenção comunicado pode ser de qualquer espécie. Não pode, porém, estar prescrito ou abrangido por outra causa extintiva da punibilidade, pois, nesses casos, a autoridade não pode iniciar qualquer investigação.

O tipo exige que o agente tenha pleno conhecimento de que o fato não ocorreu.

Se o agente está na dúvida e faz a comunicação, não existe o crime em estudo. Não é possível, portanto, o dolo eventual.

Segundo a maioria da doutrina, não há o crime do art. 340 se o agente se limita a comunicar fato diverso do que realmente ocorreu, desde que o fato comunicado e o realmente ocorrido sejam crimes da mesma natureza. Ex.: comunicar roubo quando ocorreu furto. Ambos constituem crimes contra o patri mônio, e, assim, não há o crime do art. 340 do Código Penal. Haverá o delito, entretanto, se o fato comunicado for de natureza diversa. Ex.: comunicar estupro quando o crime foi o de roubo. Responde pelo art. 340 do Código Penal.

11.4.3.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

11.4.3.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.3.5. Consumação

Quando a autoridade inicia as investigações, mesmo que não chegue a instaurar inquérito policial. Veja-se que, apesar de o nome do delito ser "**comunicação** falsa de crime ou contravenção", a infração apenas se consuma quando a autoridade **inicia a investigação**, porque o tipo do art. 340 descreve a conduta de "**provocar** a ação da autoridade", não bastando, portanto, a mera comunicação. A jurisprudência, contudo, entende que o crime já está configurado pela simples lavratura de um boletim de ocorrência, pois, nesse caso, além da comunicação, já

houve uma ação da autoridade, ou seja, a própria lavratura da ocorrência. Nesse sentido: "*Consumase o delito previsto no art. 340 do CP desde que a autoridade tome alguma providência investigatória inicial, não sendo necessária a regular instauração de inquérito. Se a autoridade mandou lavrar 'BO' e requisitou diligências para elucidação do fato, consumado resultou o delito já que não prosseguiram tais diligências porque o acusado, dias mais tarde, confessou a prática do crime*" (Tacrim-SP — Rel. Costa Manso —

Jutacrim 95/135).

11.4.3.6. Tentativa

É possível. Assim, se o agente comunicar infração penal inexistente e a autoridade não iniciar qualquer investigação, por circunstâncias alheias à vontade do agente, haverá mera tentativa. Se o agente, entretanto, após a comunicação, arrepender-se e impedir que a autoridade inicie a investigação, haverá arrependimento eficaz, e o fato será atípico.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 781

11/4/2011 17:29:01

11.4.3.7. Distinção e concurso

a) Não se confunde com a denunciação caluniosa, pois, nesta, o agente aponta pessoa **certa** e **determinada** como autora da infração, enquanto no art. 340 isso não ocorre. Nesse crime, o agente se limita a comunicar falsamente a ocorrência de crime ou contravenção, não apontando qualquer pessoa como responsável por ele ou então apontando pessoa que não existe.

b) Se o agente faz a comunicação falsa para tentar ocultar outro crime por ele praticado responde também pela comunicação falsa de crime. Exs.: a) empregado de uma empresa que se apropria do dinheiro que recebeu para efetuar um pagamento e vai até a polícia dizer que o dinheiro foi roubado responde pela apropriação indébita e pela comunicação falsa de crime; b) *A* mata *B* e vai até a polícia narrar que indivíduos desconhecidos praticaram latrocínio contra *B* e

fugiram. (Veja-se que, nesses casos, há entendimento minoritário de que a comunicação falsa constituiria *post factum* impunível, o que na verdade não ocorre, já que as condutas atingem bens jurídicos diferentes.)

c) Muitas vezes, a comunicação falsa tem a finalidade de possibilitar a prática de outro crime. Ex.: comunicar o furto de um carro para receber o valor do seguro e depois vendê-lo. Nesse caso, há duas correntes.

Nélson Hungria246 entende que o agente só responde pelo crime-fim (fraude para recebimento de seguro — art. 171, § 2º, VI, do CP). O crime do art. 340 fica absorvido por ser crime-meio, aplicando-se, segundo ele, o princípio da consunção. Heleno Cláudio Fragoso,247 Magalhães Noronha248 e Júlio Fabbrini Mirabete249 entendem que há concurso material, pois as condutas são distintas e atingem bens jurídicos diversos, de vítimas diferentes (o Estado e a seguradora). Em nosso entendimento, esta última interpretação é a correta.

11.4.3.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.4. Autoacusação falsa

Art. 341. Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

Pena — detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

246 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 471.

247 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, Parte especial, v. II, p. 507.

248 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 362.

249 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 401.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 782

11/4/2011 17:29:01

11.4.4.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, prejudicada com acusações falsas, ainda que contra si próprio.

11.4.4.2. Tipo objetivo

A autoacusação pode ser dar por qualquer meio: oral, escrito etc. Não se exige, todavia, que o agente tenha espontaneamente procurado a autoridade para se autoa-cusar. Assim, se alguém é ouvido como suspeito ou testemunha em um inquérito policial e assume a autoria de um crime que não praticou, responde pelo crime do art.

341.

É óbvio, entretanto, que não existe o crime se o sujeito confessa a prática de delito que não cometeu em virtude de tortura de policiais ou coação irresistível por parte do verdadeiro autor da infração.

O tipo exige que a autoacusação ocorra perante a autoridade, que pode ser delegado de polícia, policial militar, promotor de justiça, juiz, autoridade administrativa etc.

O tipo também exige que a autoacusação se refira a **crime** (que pode ser de qualquer espécie: doloso, culposo, de ação pública ou privada etc.). A autoacusação falsa de contravenção é atípica, pois o art. 341 não abrange essa hipótese.

A lei não exige qualquer motivação específica para a caracterização da infração.

Assim, pouco importa se o agente quer beneficiar o verdadeiro autor do crime, que é seu amigo ou parente, ou, ainda, assegurar abrigo e alimentação na cadeia ou qualquer outro motivo. São casos comuns de autoacusação: a) o preso já condenado por vários crimes que assume a autoria de crime que não cometeu para livrar outra pessoa da cadeia; b) o pai que confessa ser autor de certo crime para livrar o filho, verdadeiro autor da infração.

11.4.4.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, exceto o autor, o coautor e o partícipe do crime do qual se está acusando, já que a lei fala em "crime praticado por outrem". Ex.: *A* diz que praticou sozinho um crime que praticou junto com outra pessoa. Não há crime de autoacusa-

ção falsa.

É possível coautoria no crime de autoacusação falsa quando duas pessoas se acusam de crime praticado por outras duas pessoas ou por crime inexistente.

11.4.4.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.4.5. Consumação

No momento em que a autoacusação chega ao conhecimento da autoridade. É

irrelevante saber se, em razão disso, a autoridade tomou alguma providência, ao
03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 783

11/4/2011 17:29:01

contrário do que ocorre na denunciação caluniosa e na comunicação falsa de crime ou contravenção.

A retratação não gera qualquer efeito por falta de previsão legal a respeito.

11.4.4.6. Tentativa

É possível na forma escrita, quando a confissão falsa remetida se extravia.

11.4.4.7. Distinção e concurso

Na denunciação caluniosa o sujeito acusa um terceiro inocente, enquanto na

autoacusação falsa o agente acusa a si próprio de crime que não ocorreu ou que ocorreu, mas foi praticado por terceiro. Se alguém, além de se acusar falsamente, atribui também a responsabilidade pelo crime a terceiro que ele sabe inocente, responde por autoacusação falsa e por denunciação caluniosa em concurso formal.

11.4.4.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.5. 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, inqué-

rito policial, ou em juízo arbitral:

Pena — reclusão, de um a três anos, e multa.

11.4.5.1. Objetividade jurídica

Evitar que a prestação jurisdicional seja prejudicada por falsos depoimento ou falsas perícias.

11.4.5.2. Tipo objetivo

• Condutas típicas

As condutas incriminadas são:

a) fazer afirmação falsa (conduta comissiva): significa afirmar inverdade; **b) negar a verdade** (conduta comissiva): o sujeito diz não saber o que, em verdade, sabe;

c) calar a verdade (conduta omissiva): silenciar a respeito do que sabe.

Para que ocorra o crime de falso testemunho, a falsidade deve ser relativa a fato juridicamente relevante, ou seja, deve referir-se a assunto discutido nos autos. Existe o crime, por exemplo, quando a testemunha nega ter visto o réu matar a

vítima, quando, na realidade, presenciou o homicídio, ou quando diz que policiais forjaram a 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 784

11/4/2011 17:29:01

XI Dos Crimes Contra a Administração Pública

785

localização da droga com o traficante, quando, em verdade, viu a droga em poder deste. Por outro lado, não há falso testemunho por parte daquele que presencia um roubo em um bar e narra o delito corretamente ao juiz, mas, ao ser indagado sobre o que fazia no estabelecimento, diz que estava bebendo com amigos, quando, em verdade, estava com a amante.

Para a configuração do falso, não é necessário que o depoimento tenha efetivamente influenciado na decisão, bastando a possibilidade de influir no resultado da causa. Por isso, existe crime, por exemplo, quando alguém fornece falso álibi ao réu, dizendo que estava com ele em outro local no momento do crime, ainda que as vítimas o reconheçam como autor do roubo e ele seja condenado.

É evidente que, se a testemunha mente por estar sendo ameaçada de morte ou de algum outro mal grave, não responde pelo falso testemunho. O autor da ameaça é quem responde por crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP).

Não há crime se o sujeito mente para evitar que se descubra fato que pode levar à sua própria incriminação.

A mentira quanto a qualificação pessoal (nome, profissão etc.) não tipifica o falso testemunho, podendo caracterizar o crime de falsa identidade do art. 307 do Código Penal.

• Sedes do falso testemunho

Para que o falso caracterize crime, deve ser cometido em:

a) Processo judicial: abrange o processo civil, trabalhista, penal etc. Em se tratando de depoimento falso em processo trabalhista, a competência é da Justiça Federal (Súmula 165 do STJ).

b) Inquérito policial: refere-se a inquérito policial comum ou militar.

c) Processo administrativo: falso cometido em procedimento que visa apurar faltas ou transgressões disciplinares ou administrativas. Entendemos que o inquérito civil é procedimento, mas não **processo** administrativo, e, por isso, não está abrangido no dispositivo. Existe, inclusive, projeto de lei para a expressa inclusão do inquérito civil no art. 342.

d) Em **juízo arbitral:** regulamentado pela Lei n. 9.307/96.

O crime de falso testemunho também existirá se o depoi mento for prestado em **inquérito parlamentar**, nos termos do art. 4º, II, da Lei n. 1.579/52.

Se o falso testemunho for prestado em processo que posteriormente se reconhe-

ça nulo, ou se o próprio depoimento for considerado nulo por outro motivo que não a sua falsidade, não estará configurado o crime, pois *quod nullum est nullum producit effectum*.

Se o sujeito depõe falsamente em fases sucessivas do mesmo processo (inclusive durante o inquérito), há crime único, e não concurso material ou crime continuado.

• Teorias quanto ao falso testemunho

Existem duas teorias em torno da configuração deste crime:

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 785

11/4/2011 17:29:01

1) Objetiva: Por esta teoria só há crime quando o depoimento simplesmente não corresponde ao que aconteceu.

2) Subjetiva: Segundo os seguidores desta corrente, só se configura o falso testemunho quando não há correspondência entre o depoimento e aquilo que a

testemunha ou perito **percebeu**, **sentiu** ou **ouviu**. Essa é a posição adotada pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, só há crime quando o de poente tem consciência da divergência entre a sua versão e o fato presenciado. Por esta teoria é possível que exista falso testemunho sobre fato verdadeiro, ou seja, quando uma testemunha alega ter presenciado um delito que realmente aconteceu na forma por ela narrada, quando, em verdade, ela não estava no local.

O falso testemunho é crime essencialmente doloso, ou seja, pressupõe a vontade deliberada de mentir, com plena consciência de estar faltando com a verdade. Não existe forma culposa. O engano e o esquecimento, portanto, não tipificam o crime.

11.4.5.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, pois só pode ser cometido por testemunha, perito, tradutor ou intérprete.

• Alcance do falso testemunho quanto ao sujeito ativo

A **vítima** não é considerada testemunha e, portanto, não comete falso testemunho. As partes (autor e réu em ação cível, por exemplo) também não cometem falso testemunho.

Antes de serem ouvidas, as testemunhas devem fazer, "sob palavra de honra", a promessa de dizer a verdade. É o chamado compromisso, previsto no art. 203 do Có-

digo de Processo Penal. Certas pessoas, porém, não prestam o compromisso conforme estabelecem os arts. 206 e 208 do CPP. Essas pessoas são ouvidas como informantes do juízo. O art. 208 do Código de Processo Penal prevê que não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes, deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206 (ascendente ou descendente, afim em linha reta, cônjuge, ainda que desquitado, irmão e pai, mãe, ou filho adotivo do acusado).

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, se o **informante** pode responder por crime de falso testemunho:

a) Pode cometer o crime (Magalhães Noronha,250 Nélson Hungria251 e Damásio de Jesus).252 Para essa corrente, o compromisso não é elementar do

crime. O falso testemunho surge da desobediência do dever de dizer a verdade, "que não deriva do compromisso" (*RT* 392/116). Ademais, o Código 250 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 368.

251 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 485.

252 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 263.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 786

11/4/2011 17:29:01

Penal de 1890 previa como condição do falso testemunho a existência do

"compromisso ou juramento", requisito que, tendo sido retirado do tipo pelo legislador, quando da reforma de 1940, deixou clara a intenção deste em não condicionar a caracterização do crime à existência do compromisso.

b) Não pode cometer o crime (Heleno Cláudio Fragoso)253 porque não tem o dever de dizer a verdade, pois não presta o compromisso.

O art. 207 do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece que "*são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, minis tério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, deso brigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho*". Essas pessoas, quando desobrigadas pela parte interessada, prestam compromisso antes de depor, e quanto a elas não há qualquer divergência, sendo pacífico que podem cometer o crime de falso testemunho.

Nélson Hungria254 ressalva, por outro lado, que "*se qualquer dessas pessoas, embora não desobrigada, deixarse perquirir, mas deturpando ou negando a verdade, ou deixando de revelar tudo quanto sabe*", não cometerá falso testemunho, mas, dependendo da situação, responderá por violação de segredo profissional (art. 154). Não comete falso testemunho porque, em verdade, não poderia estar prestando o depoimento, em razão da vedação expressa do art. 207 do Código de Processo Penal.

O falso testemunho é crime de **mão própria**. Assim, se duas pessoas mentirem em uma audiência, haverá dois crimes autônomos (cada um responderá por um falso testemunho, e não em coautoria).

Apesar de ser pacífica a impossibilidade de coautoria no falso testemunho, existem duas correntes em torno da possibilidade de **participação**: **a)** É possível, pois alguém pode induzir ou instigar outro a mentir em juízo.

Até o advogado pode ser partícipe em falso testemunho, caso induza ou estimule alguém a falsear a ver dade. É a opinião de Júlio Fabbrini Mirabete.255

b) Apesar de a participação não ser incompatível com o falso testemunho, entende-se que a intenção do legislador foi a de não punir o partícipe. O raciocínio é o seguinte: o art. 343 do Código Penal pune, de forma autônoma, quem **dá**, **oferece** ou **promete dinheiro** a testemunha para que esta minta.

Assim, em razão da redação desse art. 343, Damásio de Jesus256 conclui que o legislador só quis punir essas pessoas, pois não mencionou aqueles que pedem ou incentivam alguém a praticar falso testemunho. Em outras palavras: o legislador tipificou algumas formas de participação (dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem) como crime autônomo no art. 343 e nada mencionou acerca das outras formas de participação (solicitar, 253 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal,* Parte especial, v. II, p. 513.

254 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 485.

255 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 406.

256 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 265/266.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 787

11/4/2011 17:29:01

incentivar). Assim, não há participação no crime de falso testemunho, pois algumas hipóteses de participação constituem o crime do art. 343 e as demais

formas são atípicas.

No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, entretanto, é pacífico o entendimento de que é possível participação em falso testemunho, inclusive por parte de advogados. Nesse sentido: "*Advogado que instrui testemunha a apresentar falsa versão favorável à causa que patrocina. Posterior comprovação de que o depoente sequer estava presente no local do evento. Entendimento desta Corte de que é possível, em tese, atribuir a advogado a coautoria pelo crime de falso testemunho*" (STF — 2ª Turma — HC 75.037-1-SP — Rel. Min. Marco Au-rélio — j. 10.06.1997 — *DJU* 20.04.2001, p. 105); "*O Superior Tribunal de Justi*

ça firmou compreensão de que, apesar do crime de falso testemunho ser de mão própria, pode haver a participação do advogado no seu cometimento. 4. Ordem conhecida em parte e denegada" (STJ — 5ª Turma — HC 30.858-RS — Rel. Min.

Paulo Medina — j. 12.06.2006 — v.u. — *DJU* 01.08.2006, p. 549). "*Ante o efetivo cometimento do falso testemunho, a instigação ou induzimento que supostamente ensejou a prática do crime passa a ser penalmente relevante, como participação.*

Precedentes" (STJ — 5ª Turma — RHC 10.517-SC — Rel. Min. Edson Vidigal

— j. 22.05.2001 — *DJU* 13.08.2001, p. 173); "*I — É possível a participação no delito de falso testemunho. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso.) II —*

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. Writ concedido" (STJ

— 5ª Turma — HC 36.287-SP — Rel. Min. Felix Fischer — j. 17.05.2005 — v.u.

— *DJU* 20.06.2005, p. 305).

• Alcance da falsa perícia quanto ao sujeito ativo

Podem ser sujeitos ativos da falsa perícia o perito, o contador, o tradutor ou o

intérprete. **Perito** é o técnico incumbido, por sua especial aptidão, de averiguar fatos, pessoas ou coisas e emitir, perante a autoridade a que serve, seu juízo ou parecer como meio de prova. **Contador** é o responsável pela elaboração de cálculos. **Tradutor** é o perito incumbido de verter para o vernáculo os documentos em idioma estrangeiro. **Intérprete** é o perito encarregado de fazer com que se entendam, quando necessário, a autoridade e alguma pessoa (acusado, ofendido, testemunha, parte interessada) que não conhece o idioma nacional ou que não pode falar em razão de defeito psicofísico ou qualquer outra particular condição anormal.

O tradutor e o intérprete diferenciam-se do perito comum porque não são fontes de prova, limitando-se a fazer compreender o conteúdo de elementos produzidos para instrução e decisão do processo em causa.

11.4.5.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, aquele a quem o falso possa prejudicar.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 788

11/4/2011 17:29:01

11.4.5.5. Consumação

Quando se encerra o depoimento. Trata-se de crime **formal**, cujo reconhecimento independe de o falso ter efetivamente enganado o juízo, bastando, conforme mencionado, que se trate de falsidade relativa a fato relevante tratado nos autos.

Se o falso testemunho for cometido em carta precatória, o crime se consumará no juízo deprecado, e este será o competente.

A falsa perícia se consuma quando o laudo é entregue.

11.4.5.6. Tentativa

Há divergência a respeito. Damásio de Jesus257 entende que é possível, apesar de, na prática, ser de difícil ocorrência. Ex.: audiência interrompida durante depoimento mendaz, por falta de energia elétrica.

11.4.5.7. Causas de aumento de pena

No § 1º do art. 342, com a redação dada pela Lei n. 10.268/2001, existem três hipóteses em que a pena do falso testemunho ou falsa perícia sofre um acréscimo de um sexto a um terço:

a) Se o crime for praticado mediante **suborno**. Nesse caso, a pessoa que deu, prometeu ou ofereceu o dinheiro à testemunha ou perito incide no art. 343 do Código Penal.

b) Se o delito for cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em **processo penal**. Assim, se o falso for cometido em inquérito policial ou em ação penal, a pena será agravada.

c) Se o crime for praticado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em **processo civil em que for parte entidade da Administração Pú-**

blica direta ou indireta.

11.4.5.8. Retratação

De acordo com o art. 342, § 2º, do Código Penal, "*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*". Nos termos do art. 107, VI, do Código Penal, a retratação é causa extintiva da punibilidade. Para que seja reconhecida, é necessário que ocorra antes da sentença de 1ª instância no processo originário e que seja completa.

No Tribunal do Júri a retratação é possível até a sentença prolatada no dia do julgamento em plenário, e não somente até a pronúncia.

Para os que aceitam a possibilidade de participação no falso testemunho, a retratação se comunica àqueles que tenham concorrido para o crime, pois a lei diz que o

"**fato** deixa de ser punível".

257 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 270.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 789

11/4/2011 17:29:01

Tendo em vista a possibilidade de retratação até a sentença no processo originá-

rio, divergem a doutrina e a jurisprudência em torno da possibilidade do imediato oferecimento de denúncia após a prática do crime ou da necessidade de se aguardar eventual retratação. Uma primeira corrente diz que a ação pode ser imediatamente proposta, pois não há vedação legal, mas não pode ser **julgada** antes da sentença do outro processo, porque até tal momento é cabível a retratação. Esse é o entendimento que preferimos, pois evita eventual prescrição do falso testemunho. A segunda corrente diz que a ação por falso testemunho não pode ser iniciada antes da sentença de primeira instância, uma vez que até esse momento é possível a retratação; não é necessário, entretanto, que se aguarde o trânsito em julgado da sentença. Por fim, existem ainda os que defendem que a ação não pode ser iniciada antes do trânsito em julgado da sentença do processo em que o falso testemunho foi prestado, para que sejam evitadas eventuais decisões conflitantes, caso o Tribunal profira decisão entendendo verdadeiras as declarações daquele que teria cometido o falso.

Observação: Se o falso testemunho tiver sido prestado durante inquérito policial e a falsidade do depoimento for descoberta durante o próprio inquérito, o autor do falso poderá ser denunciado junto com o sujeito que ele visava favorecer com seu depoimento, porque, em tal caso, tramitam conjuntamente as duas acusações, de modo que fica assegurada a possibilidade de retratação.

11.4.5.9. Ação penal

É pública incondicionada.

11.4.5.10. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Simples quanto

Próprio e de mão

De ação livre

Formal e

Doloso quanto

à objetividade

própria quanto ao

e comissivo ou

instantâneo

ao elemento

jurídica

sujeito ativo

omissivo quanto

quanto ao

subjetivo

aos meios de

momento

execução

consumativo

11.4.6. Corrupção ativa de testemunha ou pe rito

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 três a 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.

11.4.6.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 790

11/4/2011 17:29:01

11.4.6.2. Tipo objetivo

Temos aqui nova exceção à teoria **unitária** ou **monista**, uma vez que o corruptor responde pelo crime do art. 343, enquanto a testemunha, ou outra das pessoas elencadas na lei, que se corrompe incide no art. 342, § 1º, do Código Penal.

As condutas típicas são **dar** (entregar), **oferecer** (colocar à disposição) ou **prometer** (fazer promessa, comprometer-se). É necessário que se refiram a dinheiro ou outro tipo de vantagem, material ou moral. É ainda preciso que tenham a finalidade de fazer com que o destinatário (testemunha, perito etc.) faça afirma-

ção falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, perícia, cálculo, tradução ou interpretação.

O perito a que a lei se refere é o particular. Caso se trate de perito oficial, o crime é o de corrupção ativa comum (art. 333), pois o destinatário da oferta ou promessa é funcionário público.

11.4.6.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **comum**, pois pode ser cometido por qualquer pessoa. Normalmente é cometido pela pessoa que se beneficiará com o falso depoimento ou a falsa perícia.

11.4.6.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa eventualmente prejudicada pelo falso depoimento ou perí-

cia, caso estes se concretizem.

11.4.6.5. Consumação

O crime se consuma ainda que a oferta ou promessa não sejam aceitas, de forma que é possível a sua caracterização mesmo que o falso testemunho ou falsa perícia não se verifiquem. Trata-se, portanto, de crime **formal**.

11.4.6.6. Tentativa

A tentativa somente é cabível na forma escrita, em caso de extravio.

11.4.6.7. Causa de aumento de pena

Sendo a ação destinada a produzir efeito em processo penal ou civil em que seja parte entidade da Administração Pública direta ou indireta, a pena será aumentada de um sexto a um terço.

11.4.6.8. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 791

11/4/2011 17:29:01

11.4.7. 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 um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

11.4.7.1. Objetividade jurídica

O normal funcionamento da Justiça, no sentido de que sejam evitadas coações que possam levar a prejuízo na apuração dos fatos ou no desfecho da causa.

11.4.7.2. Tipo objetivo

O presente dispositivo tem por finalidade punir o sujeito que, visando o seu próprio benefício ou de outrem, emprega **violência física** ou **grave ameaça** contra qualquer pessoa que intervenha em um dos procedimentos elencados no tipo penal.

Essa pessoa pode ser uma **autoridade** (juiz, delegado, promotor etc.), **parte** (autor, querelante, querelado) ou qualquer outra pessoa que **funcione** ou seja chamada a **intervir** (perito, tradutor, intérprete, jurado, escrivão, testemunha etc.). É necessário que o agente pretenda intimidar a vítima a fim de que esta, amedrontada, de algum modo o favoreça ou a terceiro em um dos procedimentos mencionados no tipo penal. Pratica o crime o réu que procura uma testemunha de acusação e a ameaça para que preste depoimento a ele favorável ou que ameaça a vítima para que não o reconheça como autor do crime; ou o reclamado de uma ação trabalhista que ameaça demitir funcionário arrolado como testemunha de outro empregado dizendo, ainda, que dará más informações caso procure outro emprego; ou o indiciado que telefona para o promotor e diz que irá matar seus filhos caso ofereça denúncia, ou diz ao juiz que irá matá-lo caso o condene etc. É também comum que parentes ou amigos de réu preso procurem vítimas e testemunhas para ameaçá-las a fim de que prestem depoimento favorável àquele, hipótese em que respondem pelo delito.

Não há crime, entretanto, se o familiar se limita a procurar a testemunha e pedir para ela “pegar leve” no depoimento porque o acusado tem família para criar, sem, entretanto, proferir, de forma expressa ou implícita, alguma ameaça.

Saliente-se que, se a vítima ou testemunha já prestou o depoimento judicial

desfavorável, e o réu ou algum amigo ou familiar, **por vingança**, a procura e diz que irá matá-la, comete crime de ameaça (art. 147), posto que, após o depoimento, exauriu-se a participação daquela na ação.

Apesar de o nome ser "coação no curso do *processo*", existe o crime se a violência ou grave ameaça for utilizada no curso:

a) de **processo judicial**: de qualquer natureza (civil, penal, trabalhista); **b)** de **inquérito policial**;

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 792

11/4/2011 17:29:02

c) de **procedimento administrativo**;

d) de procedimento em **juízo arbitral**.

Observação: Eventual ameaça feita fora de um desses procedimentos caracteriza apenas o crime de ameaça do art. 147 do Código Penal, ou, em se tratando de violência ou grave ameaça empregada com o intuito de impedir ou tentar impedir o funcionamento de Comissão Parlamentar de Inquérito ou o livre exercício das atribuições de seus membros, estará configurado crime específico, previsto no art. 4º, I, da Lei n. 1.579/52.

11.4.7.3. Sujeito ativo

A própria pessoa contra quem foi instaurado o procedimento (processo, inquérito etc.) ou terceiro que esteja visando o benefício daquele. Na primeira hipótese, além de ser cabível a prisão preventiva do réu/indiciado no próprio procedimento originário (para garantia da instrução criminal), o sujeito também será responsabilizado por crime autônomo de coação no curso do processo.

11.4.7.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, a pessoa que sofre a coação. Se o agente ameaça duas pessoas para obter benefício no mesmo processo, comete crime único.

11.4.7.5. Consumação

No momento do emprego da violência ou grave ameaça, independentemente do êxito do fim visado pelo agente (favorecer a si próprio ou a terceiro). Trata-se de crime **formal**.

11.4.7.6. Tentativa

É possível.

11.4.7.7. Concurso de crimes

A lei prevê pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, **além da pena correspondente à violência**. Assim, se da violência empregada resultar qualquer forma de lesão corporal ou a morte da vítima, o sujeito responderá pelo crime do art. 344 e também pelo crime de lesões corporais ou de homicídio e, nos termos do dispositivo, as penas serão somadas.

O mero emprego de vias de fato (quando a vítima não sofre lesões), todavia, fica absorvido pelo crime de coação no curso do processo.

Por sua vez, a reiteração de ameaças com o mesmo objetivo caracteriza crime único, e não crime continuado. Ex.: pessoa que ameaça testemunha duas vezes antes do depoimento desta.

11.4.7.8. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 793

11/4/2011 17:29:02

11.4.8. 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 quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

11.4.8.1. Objetividade jurídica

A administração e o prestígio da justiça, no sentido de ser evitada a autotutela.

11.4.8.2. Tipo objetivo

Quando alguém tem um direito ou julga tê-lo por razões convincentes e a outra parte envolvida se recusa a cumprir a obrigação, o prejudicado deve procurar o Poder Judiciário para que o seu direito seja declarado e a pretensão seja satisfeita. Se o sujeito, entretanto, resolve não procurar o Judiciário e fazer justiça com as próprias mãos para obter aquilo que acha devido, pratica o crime do art. 345. Trata-se de crime contra a administração da justiça, porque o sujeito menospreza o Poder Judiciário, deixando propositadamente de procurar o órgão do Estado incumbido de resolver a querela. Ex.: subtrair objeto do devedor para se autorressarcir de dívida vencida e não paga (nesse caso não há crime de furto por ausência de dolo de gerar prejuízo patrimonial à vítima, requisito do crime contra o patrimônio); trocar a fechadura de sua casa e colocar na rua os bens do inquilino que não estava pagando os aluguéis; apropriar-se de bens da empresa porque o patrão não lhe pagou os devidos direitos trabalhistas etc.

A pretensão que o agente visa satisfazer, capaz de caracterizar o delito em estudo, pode ser:

a) legítima;

b) ilegítima, desde que o agente, por motivos convincentes a serem analisados no caso concreto, a suponha legítima. A própria redação do art. 345 do Código Penal fundamenta expressamente esta conclusão.

Observação: Se o agente tiver consciência da ilegitimidade da pretensão, haverá outro crime (furto, lesões corporais, violação de domicílio etc.).

A pretensão que o agente visa satisfazer e que pode caracterizar o delito pode ser de qualquer natureza: direito real (expulsar invasores de terra com emprego de força, em vez de procurar a justiça, fora das hipóteses de legítima defesa da posse ou desforço imediato, em que o emprego da força é admitido), pessoal (como no exemplo já mencionado de subtrair objetos do devedor), de família (subtrair objetos do devedor de alimentos inadimplente, em vez de promover a competente execução) etc.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 794

11/4/2011 17:29:02

É pressuposto do crime que a pretensão do agente, pelo menos em tese, possa ser satisfeita pelo Judiciário, isto é, que exista alguma espécie de ação apta a satisfazê-la.

Assim, não haverá exercício arbitrário das próprias razões quando faltar interesse de agir (dívida prescrita, por exemplo) ou quando o pedido for, em tese, juridicamente impossível (matar alguém que matou seu filho). No último caso, obviamente o crime será o de homicídio. Nessas hipóteses, em que a pretensão não poderia sequer em tese ser satisfeita pelo Judiciário, não existe o crime do art. 345 porque não há desrespeito à administração da justiça. Em tais casos, dependendo da situação, poderá haver mero fato atípico ou outra espécie qualquer de infração penal.

Trata-se de crime de **ação livre**, pois pode ser praticado por qualquer meio: fraude, subtração, violência, grave ameaça etc. Se o credor ameaça o devedor com uma faca para subtrair-lhe o exato valor da dívida, não comete crime de roubo, e sim exercício arbitrário das próprias razões em concurso formal com o delito de ameaça.

Em alguns casos a lei permite que a pessoa faça justiça com as próprias mãos.

Ex.: direito de retenção, desforço imediato e legítima defesa da posse (art. 1.210,

§ 1º, do CC). Nesses casos, o fato será atípico, pois o art. 345 ressalva que é

crime

“fazer justiça pelas próprias mãos, (...) *salvo quando a lei o permite*”. Este é o elemento **normativo** do tipo.

11.4.8.3. Sujeito ativo

Só o particular. Se o agente for funcionário público e cometer o crime no desempenho de suas funções, responderá por abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65).

11.4.8.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, a pessoa prejudicada com a conduta.

11.4.8.5. Consumação

Existem duas correntes. A primeira diz que o crime é **formal** e se consuma no momento em que o agente emprega o meio executório (violência, grave ameaça, fraude etc.). É a opinião de Damásio de Jesus258 e Magalhães Noronha.259 A segunda entende que o crime é material e só se consuma com a satisfação da pretensão visada.

É o entendimento de Nélson Hungria,260 Celso Delmanto261 e Júlio Fabbrini Mirabete.262 Pela leitura do tipo penal, todavia, parece que a primeira corrente é a correta.

11.4.8.6. Tentativa

É possível, qualquer que seja a corrente adotada quanto ao momento consumativo.

258 Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 4, p. 285.

259 E. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 381.

260 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 498.

261 Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 601.

262 Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 419.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 795

11/4/2011 17:29:02

11.4.8.7. Concurso de crimes

Havendo emprego de violência física para a prática do crime, e se desta resultarem lesões corporais ou a morte de alguém, o agente responderá pelo art. 345 e também pelo crime de lesões corporais ou de homicídio; as penas serão somadas, já que o art. 345, ao tratar da pena, estabelece: "detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, *além da pena correspondente à violência*".

Eventual contravenção de vias de fato, todavia, fica absorvida, pois o próprio art. 21 da Lei das Contravenções Penais dispõe que as vias de fato somente se configuram quando o fato não constitui crime.

11.4.8.8. Ação penal

O art. 345, parágrafo único, do Código Penal estabelece duas regras: **a)** havendo emprego de qualquer forma de violência para a prática do crime, a ação será pública incondicionada;

b) não havendo emprego de violência, a ação será privada (mesmo que haja grave ameaça).

A competência é do Juizado Especial Criminal.

11.4.9. Subtipo do exercício arbitrário das próprias razões — subtração ou dano de coisa própria legalmente em poder de terceiro

Art. 346. Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

11.4.9.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça.

11.4.9.2. Tipo objetivo

O legislador, no art. 346 do Código Penal, descreve um delito com características próprias, mas que também está contido no *nomem juris* do exercício arbitrário das próprias razões. Existem, portanto, dois dispositivos penais com o mesmo nome.

O dispositivo em análise pune quem *tira, suprime, destrói ou danifica coisa própria que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.*

As condutas incriminadas são:

a) tirar: subtrair;

b) suprimir: fazer desaparecer;

c) destruir: atingir agressivamente o objeto, de forma que ele deixe de existir em sua individualidade;

d) danificar: estragar ou deteriorar o bem.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 796

11/4/2011 17:29:02

É necessário que o objeto pertença ao próprio agente e que esteja em poder de terceira pessoa em razão de **contrato** ou **ordem judicial**. Comete o crime, por exemplo, o dono que, tendo alugado um carro, pede-o de volta ao locatário antes do término do contrato e, ante à recusa deste, usa a chave reserva que está em seu poder para pegar o veículo de volta. Também existe o crime no caso do mútuo pignoratício (empréstimo garantido por penhor) quando o devedor subtrai o bem móvel próprio que estava em poder do credor como garantia da dívida. Existe, ainda, a infração, quando o juiz determina a apreensão de um veículo e o

entrega a um depositário, mas o dono, fazendo uso da chave reserva, vai até o local onde o carro está guardado e o pega de volta. Note-se que, no último exemplo, o veículo estava em poder de terceiro em razão de ordem judicial. Caso um veículo esteja apreendido em decorrência de ordem de **autoridade administrativa** (agente de trânsito, por exemplo), a subtração da coisa própria não encontrará enquadramento no presente tipo penal, podendo o agente responder por crime de desobediência (art. 330).

Ao contrário do que ocorre com o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), a lei não exige que o agente queira satisfazer uma pretensão para que o crime esteja configurado. Aliás, não faria sentido considerar o fato como criminoso se o agente pretendesse satisfazer uma pretensão legítima, e ser ele atípico, por ser a coisa própria, se a conduta ocorresse de forma totalmente injustificada. A diferença é que, no exercício arbitrário (art. 345), a inexistência da intenção de satisfazer pretensão pode fazer com que o fato constitua crime mais grave.

11.4.9.3. Sujeito ativo

O dono do objeto que está em poder de terceiro em razão de uma ordem judicial (penhora, depósito, busca e apreensão etc.) ou de um contrato (penhor, aluguel, co-modato etc.). Trata-se de crime **próprio**. Admite coautoria quando um objeto tem dois proprietários e ambos subtraem a coisa própria que se encontra em poder de terceiro. Se o dono pede ajuda a um amigo para juntos subtraírem (ou danificarem) a coisa de um deles que está em poder de terceiro, serão considerados coautores. A circunstância de caráter pessoal — ser dono — por ser elementar do crime comunica-se ao amigo, nos termos do art. 30 do Código Penal. Não se pode cogitar de punir o amigo por crime de furto, que é mais grave, porque a conduta se deu com a autorização do dono — o patrimônio, único bem tutelado, é disponível.

Na hipótese em que o bem tem dois proprietários, mas está em poder de um deles, e não de terceiro, haverá crime de **furto de coisa comum** (art. 156), caso o outro proprietário o subtraia das mãos do primeiro.

O delito admite **participação** quando o autor da conduta típica é o dono e conta com a ajuda de outra pessoa.

11.4.9.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, a pessoa lesada pela conduta.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 797

11/4/2011 17:29:02

11.4.9.5. Consumação

No momento em que o agente realiza a conduta típica, independentemente de qualquer outro fator.

11.4.9.6. Tentativa

É possível.

11.4.9.7. Ação penal

É pública incondicionada.

11.4.10. 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 três meses a 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.

11.4.10.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, no sentido de serem coibidos artifícios que visem enganar o juiz ou os peritos.

11.4.10.2. Tipo objetivo

Nesse dispositivo o legislador pune o agente que, empregando um artifício qualquer, altera o estado do local, de algum objeto ou de pessoa, com o fim de enganar juiz ou perito durante o tramitar de **ação civil** ou **processo administrativo**. Exs.: alterar características de objeto que será periciado, simular maior dificuldade auditiva ou qualquer outra redução da capacidade laborativa em ação acidentária ou previdenciária.

Se o fato visa produzir efeito em **ação penal**, aplica-se a pena em **dobro** (pará-

grafo único). Nesse caso, há crime ainda que não se tenha iniciado o processo penal com o recebimento da denúncia. Ex.: colocar arma na mão da vítima de homicídio para parecer que esta se suicidou, suprimir provas, eliminar impressões digitais, lavar a roupa da vítima do crime sexual onde havia esperma etc.

A doutrina salienta que a realização de cirurgia plástica pelo réu, para não ser reconhecido, caracteriza o delito, mas o simples fato de raspar o cabelo ou deixar a barba crescer, por serem direito de qualquer pessoa, não constituem a infração.

11.4.10.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, tenha ou não interesse na causa. O delito pode, por exemplo, ser cometido por um amigo ou parente para beneficiar a parte do processo civil ou o autor de um delito. Trata-se de crime **comum**.

11.4.10.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.10.5. Consumação

No momento da alteração do local, coisa ou pessoa, desde que idônea a induzir o

juiz ou perito em erro. É desnecessário, entretanto, que se consiga efetivamente enganá-los. Trata-se de crime **formal**.

11.4.10.6. Tentativa

É possível.

11.4.10.7. Causa de aumento de pena

Conforme já explicado acima, a pena será aplicada em dobro se a finalidade do agente for fraudar processo penal. Certas fraudes, por serem muito abrangentes, podem gerar efeitos, concomitantemente, em processo civil e criminal. Em tais casos, entretanto, haverá crime único com a pena agravada.

11.4.10.8. Distinção

Haverá crime menos grave, descrito no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), na conduta de "*inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado do lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir em erro o agente policial, o perito ou o juiz*", hipótese em que a pena é de detenção, de seis meses a um ano, e multa.

O crime será o de falsa identidade (art. 307) quando uma pessoa se passar por outra, ainda que com o intuito de enganar o juiz ou o perito, já que o crime de fraude processual pressupõe alteração **no estado** de pessoa (simular agravamento de lesão, mudar o corpo da vítima de um crime de lugar etc.), e não a substituição da pessoa por outra. Assim, existe falsa identidade quando um preso se apresenta no lugar de outro ao ser chamado o nome do réu na carceragem, para que a vítima não consiga efetuar reconhecimento positivo e o verdadeiro réu venha a ser absolvido.

Por sua vez, quando uma pessoa se apresenta na delegacia se passando pelo indiciado e fornece material grafotécnico para perícia comparativa, incorre em crime mais grave — falsidade ideológica — porque se cuida de documento o instrumento de coleta do material. Nesse caso, o delito de falsa identidade, por ser subsidiário, fica absorvido.

A fraude processual também é crime **subsidiário**, que fica absorvido quando o fato constitui crime mais grave, por exemplo, supressão de documento ou

falsidade documental.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 799

11/4/2011 17:29:02

11.4.10.9 Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal, salvo na hipótese agravada, em que a intenção do agente é fraudar processo penal.

11.4.11. 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 um a seis meses, e multa.

§ 1º Se ao crime não é cominada pena de reclusão:

Pena — detenção, de quinze dias a três meses, e multa.

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

11.4.11.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, prejudicada pelo auxílio prestado ao autor do crime.

11.4.11.2. Tipo objetivo

O auxílio ao criminoso pode ser prestado por qualquer forma, como, por exemplo: **a)** Ajudar na fuga, emprestando carro ou dinheiro ou, ainda, de qualquer ou tra forma. Tal ajuda, entretanto, pressupõe que o autor do crime anterior esteja solto, pois, se estiver preso, o auxílio constitui crime de facilitação de fuga de pessoa presa (art. 351 do CP).

b) Esconder a pessoa em algum lugar para que não seja encontrada.

c) Enganar a autoridade, dando informações falsas acerca do paradeiro do au tor do delito (despistar).

Quando a lei se refere a auxiliar alguém a subtrair da ação da **autoridade pública**, está se referindo a qualquer autoridade: policiais civis ou militares, membros do Judiciário, autoridades administrativas (ajudar pessoa que está sendo procurada para extradição, em razão de crime de permanência ilegal no país) etc.

A existência do favorecimento pessoal não pressupõe que esteja havendo uma perseguição direta ao criminoso, mas somente que ele esteja sendo procurado. Ex.: por mandado de prisão; logo após o crime; por condenação; por ter fugido da prisão etc.

O delito em análise somente pode ser praticado na forma **comissiva**, e nunca por omissão. Assim, aquele que diz que nada sabe ou que não comunica o que sabe quando questio nado pela autoridade não comete o crime de favorecimento pessoal, pois este pressupõe alguma ação direta no sentido de ajudar o criminoso.

A figura do *caput* pune quem auxilia autor de crime apenado com reclusão, enquanto o § 1º refere-se a quem auxilia autores de crimes punidos com detenção e/ou multa. Nesta última hipótese temos o chamado **favorecimento pessoal privilegiado**.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 800

11/4/2011 17:29:02

O favorecimento pessoal é crime **acessório**, pois pressupõe a existência de um **crime** anterior, que pode ser de qualquer espécie (doloso ou culposo, consumado ou tentado etc.). O auxílio a **contraventor**, entretanto, é atípico, pois a hipótese não está abrangida pelo texto da lei, que expressamente se refere a **autor de crime**.

Não haverá favorecimento pessoal quando em relação ao fato anterior: a) houver causa excludente de ilicitude; b) já estiver extinta a punibilidade por qualquer causa; c) houver alguma escusa absolutória. Em todos esses casos, o agente não está sujeito a ação legítima por parte da autoridade, e, portanto, quem o auxilia não comete favorecimento pessoal.

Quando a lei se refere ao auxílio prestado ao autor de crime a que é cominada pena de reclusão ou multa, afasta a possibilidade de punição por favorecimento pessoal a quem presta auxílio a menor de idade autor de ato infracional, a quem não podem ser aplicadas penas de tal espécie.

Se o autor do crime antecedente vier a ser absolvido por qualquer motivo (exceto na absolvição imprópria, em que há aplicação de medida de segurança), o juiz não poderá condenar o réu acusado de auxiliá-lo. Em sentido contrário, todavia, existe a opinião minoritária de Nélson Hungria263 no sentido de ser possível o reconhecimento do favorecimento pessoal quando a absolvição em relação ao crime antecedente se der por falta de provas.

É óbvio, por outro lado, que é possível a caracterização do favorecimento pessoal mesmo quando desconhecido o autor do crime antecedente, bastando, nesse caso, que exista prova de que houve um crime anterior e de que o autor desse crime foi ajudado por alguém a subtrair-se à ação da autoridade. Ex.: pessoa desconhecida comete um furto e é ajudada por *B* a fugir da polícia. O desconhecido consegue fugir e acaba não sendo identificado, mas a polícia consegue prender *B,* que o auxiliou.

Se o autor do crime antecedente e o autor do favorecimento forem identificados haverá conexão, e ambos os delitos, de regra, deverão ser apurados em um mesmo processo, nos termos do art. 79 do Código de Processo Penal.

11.4.11.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, exceto o autor, coautor ou partícipe do crime antecedente. Ex.: uma pessoa convence outra a cometer um homicídio e, em seguida, a ele dá abrigo em sua casa para se esconder da polícia. O agente responde por participação no homicídio, sendo o auxílio dado ao comparsa *post factum* impunível. Assim, pode-se di zer que, para a existência do favorecimento, o auxílio deve ser prestado exclusivamen te após a execução do crime antecedente. Se antes dele ou durante sua prática, haverá coautoria ou participação no delito

antecedente, e não favorecimento pessoal.

A própria **vítima** do crime antecedente pode praticar o favorecimento. Ex.: namorada vítima de agressão que, depois de noticiar o crime às autoridades, esconde o namorado para evitar que ele seja punido.

263 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 508.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 801

11/4/2011 17:29:02

O advogado não é obrigado a dizer onde se encontra escondido o seu cliente.

Pode, todavia, cometer o crime se o auxilia na fuga, se o esconde em sua casa etc.

11.4.11.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.11.5. Consumação

Quando o beneficiado consegue subtrair-se, ainda que por poucos instantes, da ação da autoridade.

11.4.11.6. Tentativa

Se o auxílio chega a ser prestado, mas o beneficiário não se livra da ação da autoridade, haverá mera **tentativa**.

11.4.11.7. Escusa absolutória

O art. 348, § 2º, do Código Penal, prevê uma escusa absolutória ao estabelecer:

"*se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, fica isento de pena*". Abrange inclusive o parentesco por adoção, pois a Constituição

Federal, em seu art. 227, § 6º, veda qualquer distinção, bem como a hipótese em que o auxílio é prestado por companheiro no casos de união estável.

11.4.11.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.12. 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 um a seis meses, e multa.

11.4.12.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, no sentido de serem evitadas condutas que beneficiem criminosos a garantir a lucratividade do delito anterior.

11.4.12.2. Tipo objetivo

A conduta típica **prestar auxílio** admite qualquer forma de execução, direta ou indireta. As hipóteses mais comuns são as de esconder o produto do crime para que o autor do delito venha buscá-lo posteriormente, transportar os objetos do crime etc.

Para a sua configuração, o auxílio deve ser destinado a tornar seguro o **proveito do crime**. Este se refere a qualquer vantagem alcançada com a prática do delito principal (antecedente) e abrange:

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 802

11/4/2011 17:29:02

a) o **objeto material** do crime: pode ser o objeto conseguido diretamente com a ação delituosa (o próprio bem subtraído, por exemplo) ou aquele proveniente de modificação ou alteração (barra de ouro obtida com o derretimento de peças

furtadas etc.);

b) o **preço** do crime. Ex.: guardar para o homicida dinheiro que este recebeu para matar alguém.

A expressão não abrange o **instrumento** aplicado na prática do delito (arma utilizada para roubar, chave falsa usada para abrir o veículo furtado etc.), já que proveito do crime é apenas aquilo que advém da sua prática, e não o meio utilizado para sua execução.

O favorecimento real é crime **acessório**, mas seu reconhecimento não pressupõe a condenação do autor do crime antecedente. Ex.: há prova da prática de um furto e de que alguém ajudou o autor desse crime, escondendo os bens furtados. A polícia, todavia, não consegue identificar o furtador, mas consegue identificar aquele que escondeu os bens.

Não existe favorecimento real se o agente desconhece a procedência criminosa do bem.

O crime antecedente não precisa necessariamente ser previsto no Título dos crimes contra o patrimônio. Assim, é possível, por exemplo, que alguém cometa favorecimento real ao auxiliar a tornar seguro o proveito de crime de peculato ou de concussão.

Se a infração anterior for **contravenção penal**, o auxílio des tinado a tornar seguro o seu proveito não caracterizará favoreci mento real, pois o art. 349 somente se refere a proveito de **crime**.

Apesar de rara, é possível a existência de favorecimento real consumado mesmo que o crime antecedente seja tentado. Ex.: *A* recebe dinheiro para matar *B*. *A* atira contra *B*, que não morre. O crime de homicídio qualificado ficou na esfera da tentativa, mas *C*, que guardou o dinheiro para *A*, cometeu favorecimento real.

Se o autor do crime antecedente for menor de idade ou se já estiver extinta a sua punibilidade, continua sendo possível o favorecimento real, pois o objeto não deixa de ser produto de crime. A menoridade e a extinção da punibilidade apenas impedem a aplica-

ção de sanção penal ao autor do crime antecedente, mas o fato não deixa de ser crime.

A lei não prevê qualquer escusa absolutória no favorecimento real.

Só responde pelo crime do art. 349 aquele que não estava ajustado previamente com os autores do delito antecedente, no sentido de lhes prestar qualquer auxílio posterior, pois, se isso ocorreu, ele será responsabilizado por participação no crime antecedente por ter estimulado a prática do delito ao assegurar aos seus autores que lhes prestaria uma forma qualquer de ajuda. Ademais, se o sujeito praticou qualquer ato de execução do crime antecedente, será coautor desse crime, e não responderá pelo favorecimento real, conforme consta expressamente da descrição típica.

O tipo também exclui o crime de favorecimento real quando tiver havido **receptação** por parte do agente.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 803

11/4/2011 17:29:03

A principal diferença entre a receptação e o favorecimento real consiste no fato de que, no favorecimento, o agente visa auxiliar **única e exclusivamente o autor do crime antecedente**, enquanto na receptação o sujeito visa seu próprio proveito ou o proveito de terceiro (que não o autor do crime antecedente).

11.4.12.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, exceto o autor, coautor ou partícipe do crime antecedente, pois o próprio tipo exclui essa possibilidade. A palavra "coautoria" foi aqui utilizada em sentido amplo, de forma a abranger também a participação, uma vez que não haveria motivos para que assim não fosse.

Essas pessoas (coautores e partícipes do crime anterior) respondem apenas pelo crime antecedente, e nunca pelo favorecimento real.

11.4.12.4. Sujeito passivo

O Estado e o proprietário do objeto material do crime antecedente.

11.4.12.5. Consumação

No instante em que o agente presta o auxílio, independentemente de se saber se o agente conseguiu ou não tornar seguro o proveito do crime anterior. Trata-se de crime **formal**, de acordo com a própria redação do art. 349.

11.4.12.6. Tentativa

É possível.

11.4.12.7. Distinção

No favorecimento pessoal o agente visa tornar seguro o autor do crime antecedente, enquanto no favorecimento real ele visa tornar seguro o próprio proveito do crime anterior.

A conduta de trocar as placas de veículo furtado ou roubado em prol do ladrão antigamente caracterizava o favo recimento real, mas, atualmente, constitui o crime do art. 311 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.426/96.

11.4.12.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.13. 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 um mês a um ano.

Esse delito foi revogado pela Lei n. 4.898/65.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 804

11/4/2011 17:29:03

11.4.14. 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 seis meses a dois anos.

11.4.14.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, no sentido de evitar-se a facilitação de fuga de pessoa presa.

11.4.14.2. Tipo objetivo

A lei pune, inicialmente, quem promove a fuga, isto é, provoca, orquestra, dá causa à fuga, isto é, quem realiza os atos executórios que levarão o preso à liberdade, quer ele tenha ciência ou não de que o fato ocorrerá. Ex.: grupo que aborda preso que está sendo transportado e consegue libertá-lo após subjugar os integrantes da escolta.

Em segundo lugar, a lei incrimina quem facilita tal fuga, isto é, quem fornece os meios necessários para que o preso consiga fugir. Ex.: fornece serra para ele cortar a grade ou corda para ele pular o muro do presídio. O dispositivo pune, também, o carcereiro, que abre a porta para o preso fugir, hipótese, inclusive, em que o crime é qualificado.

Pessoa presa é aquela que perdeu sua liberdade em razão de prisão em flagrante ou decorrente de ordem judicial (prisão preventiva, temporária, decorrente de condenação, prisão civil etc.).

Pessoa sujeita a medida de segurança detentiva é a que se encontra internada em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico ou, na falta destes, em outro estabelecimento adequado (art. 96, I, do Código Penal). A lei penal não prevê como crime a facilitação de fuga de menor internado em razão de medida socioeducativa decretada diante da prática de ato infracional.

É de se ressalvar que o fato não pode ser considerado criminoso quando a prisão é ilegal, como, por exemplo, no caso de prisão não decorrente de flagrante ou de ordem judicial, ou quando já havia ordem superior para libertação do preso, não cumprida pela autoridade responsável pela custódia. Por sua vez, se estiverem presentes os requisitos formais para a legalidade da prisão, haverá crime, ainda

que se prove, no futuro, que tal prisão era injusta.

O crime pode ocorrer em qualquer local: penitenciárias ou cadeias públicas, na via pública quando o preso está sendo escoltado para audiência no Fórum ou transportado do local da prisão à cadeia, em hospital onde está recebendo tratamento por doença etc.

11.4.14.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

O preso que foge, sem empregar violência ou grave ameaça, não comete infra-

ção penal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 805

11/4/2011 17:29:03

No caso de fuga coletiva, em que os presos auxiliam-se mutuamente, também não há ilícito penal, com o argumento de que cada qual buscava sua própria liberdade.

11.4.14.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.14.5. Consumação

No momento da fuga, ainda que o preso seja logo em seguida recapturado.

11.4.14.6. Tentativa

É possível.

11.4.14.7. Figuras qualificadas

Os §§ 1º e 3º descrevem formas qualificadas deste crime.

No primeiro, a pena é maior (reclusão, de dois a seis anos), se o crime é cometido: a) com emprego de arma; b) mediante concurso de duas ou mais pessoas (não se computando o preso nesse total); c) mediante arrombamento (de cadeados, grades, portas etc.). Tais hipóteses são comuns nos chamados resgates de presos em cadeias públicas.

No terceiro, a pena é de reclusão, de um a quatro anos, se o crime é cometido por quem tem a custódia do detento (carcereiro, policial etc.). Caso se trate de policial militar, a conduta configura o crime do art. 178 do Código Penal Militar.

11.4.14.8. Concurso de crimes

De acordo com a ressalva do art. 351, § 2º, do Código Penal, se o crime for cometido com emprego de violência, o agente responderá pelo crime de facilitação de fuga e pelo delito de lesões corporais, ainda que leves, devendo as penas ser somadas.

11.4.14.9. Modalidade culposa

No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda do preso ou da pessoa submetida a medida de segurança detentiva, aplica-se a pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa. Trata-se de crime **próprio**, que somente pode ser praticado por quem tem a guarda ou custódia do detento e que, nesse mister, comete um descuido quanto à segurança, de forma a permitir a fuga (esquecer destrancada a cela, sair do local da guarda para almoçar etc.).

Caso o agente seja policial militar, configura-se crime especial, descrito no art. 179 do Código Penal Militar.

11.4.14.10. Ação penal

É pública incondicionada. Na figura dolosa simples e na culposa, a competência é do Juizado Especial Criminal.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 806

11/4/2011 17:29:03

11.4.15. Evasão mediante violência contra pessoa

Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva usando de violência contra pessoa:

Pena — detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

11.4.15.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça e a incolumidade física das pessoas responsáveis pela custódia de presos.

11.4.15.2. Tipo objetivo

O crime consiste em o preso obter fuga ou tentar obtê-la por meio do emprego de violência contra os responsáveis por sua guarda.

A mera fuga, desacompanhada de violência, não constitui crime, mas sim falta grave disciplinar (art. 50, II, da Lei de Execuções Penais).

O emprego de grave ameaça não foi mencionado como forma de execução do crime em estudo, de modo que sua utilização para a fuga configura crime de ameaça ou constrangimento ilegal, dependendo do caso.

A utilização de violência contra coisa, a fim de danificar a cela ou outra parte do presídio, para viabilizar a fuga, configura crime de dano qualificado. Existe, porém, entendimento de que o fato é atípico (a respeito do tema ver comentários ao art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal).

O crime só pode ser cometido se o agente já estiver legalmente preso ou submetido a medida de segurança detentiva. Se a violência, todavia, for empregada para evitar que a prisão se concretize, o crime será o de resistência (art. 329).

11.4.15.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, pois só pode ser cometido pela pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva.

11.4.15.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa que sofrer a violência.

11.4.15.5. Consumação

No instante em que o agente realiza o primeiro ato executório visando à fuga, após ter empregado a violência. A lei equipara, para fim de consumação e de aplica-

ção de pena, a fuga e a sua tentativa.

11.4.15.6. Tentativa

Não é possível, pois o texto legal equipara a fuga tentada à consumada, prevendo a mesma pena para ambas as hipóteses. Assim, quando o agente tenta fugir após empregar violência, mas não obtém êxito, o crime é considerado consumado.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 807

11/4/2011 17:29:03

Esse tipo de infração, em que a tentativa possui a mesma pena do crime consumado, é conhecido como crime de atentado ou de empreendimento.

11.4.15.7. Concurso

Se da violência empregada resultarem lesões, ainda que leves, o agente responde pelos dois crimes, e as penas serão somadas. É o que prevê expressamente o preceito secundário do tipo penal.

11.4.15.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.16. Arrebatamento de presos

Art. 353. Arrebatar preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, além da pena correspondente à violência.

11.4.16.1. Objetividade jurídica

A Administração Pública e a preservação da incolumidade física e moral da pessoa presa.

11.4.16.2. Tipo objetivo

Arrebatar significa tirar, tomar o preso, normalmente com emprego de violência ou grave ameaça, de quem o tenha sob custódia ou guarda.

É necessário que a conduta seja realizada com o intuito de maltratar o preso, o que engloba desde a finalidade de ofendê-lo até a intenção de agredi-lo, matá-lo ou torturá-lo. Ex.: grupo de pessoas que arrebatam preso, acusado de crime grave, do interior de uma delegacia a fim de linchá-lo. Nesse caso, os agentes responderão pelos crimes de arrebatamento de preso e homicídio em concurso material.

É indiferente que o preso seja arrebatado do interior de presídio ou na rua, quando está sob escolta.

11.4.16.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

11.4.16.4. Sujeito passivo

O Estado e o preso.

11.4.16.5. Consumação

No momento em que o preso é arrebatado, ainda que não se atinja a finalidade de maltratá-lo por ser ele imediatamente recuperado pelos agentes policiais ou carcerários.

11.4.16.6. Tentativa

É possível.

11.4.16.7. Concurso

Se da violência empregada resultarem lesões, ainda que leves, o agente responde pelos dois crimes, e as penas serão somadas. É o que prevê expressamente o preceito secundário do tipo penal.

11.4.16.8. Ação penal

É pública incondicionada.

11.4.17. Motim de presos

Art. 354. Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão: Pena — detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

11.4.17.1. Objetividade jurídica

A Administração Pública, no sentido de ser preservada a ordem e a disciplina no interior dos presídios e cadeias públicas.

11.4.17.2. Tipo objetivo

Motim é a revolta conjunta de grande número de presos em que os participantes assumem posição de violência contra os funcionários, provocando depredações com prejuízos ao Estado e à ordem e disciplina da cadeia. Não se confunde com mera briga envolvendo grande número de detentos.

Trata-se de crime de **concurso necessário**, cuja caracterização pressupõe o

envolvimento de excessivo número de presos.

11.4.17.3. Sujeito ativo

Cuida-se de crime **próprio** que só pode ser cometido por pessoa presa.

11.4.17.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.17.5. Consumação

Com a perturbação da ordem carcerária.

11.4.17.6. Tentativa

É possível.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 809

11/4/2011 17:29:03

11.4.17.7. Concurso

Se da violência empregada resultarem lesões, ainda que leves, o agente responde pelos dois delitos, e as penas serão somadas.

Caso os agentes consigam se evadir em decorrência da violência empregada para o motim, responderão também pelo crime do art. 352.

11.4.17.8. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.18. Patrocínio infiel

Art. 355*, caput* — Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever

profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena — detenção, de seis meses a três anos, e multa.

11.4.18.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça e a manutenção da fidelidade do advogado à pessoa a quem representa.

11.4.18.2. Tipo objetivo

O delito pode ser cometido por **ação** (desistir de testemunha imprescindível, provocar nulidade prejudicial a seu cliente, fazer acordo lesivo etc.) ou por **omissão** (não recorrer, dar causa à perempção em razão de sua inércia).

Trata-se de crime **doloso**, que somente se caracteriza quando o agente tem inten-

ção específica de prejudicar interesse do representado. O erro profissional ou a conduta culposa não tipificam o delito, podendo gerar a responsabilização civil, bem como punições pela Ordem dos Advogados.

É necessário que o advogado ou procurador lese interesse do representado, que pode ser de qualquer espécie (patrimonial ou moral). Exige expressamente o tipo penal que se trate de advogado que esteja atuando em juízo (civil, criminal, falimentar, trabalhista). Assim, embora o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) elenque muitas outras formas de atuação dos advogados no interesse de seus clientes — que não seja em juízo —, estas não estão abrangidas pelo tipo penal.

O fato de o advogado não receber remuneração (advogando por favor ou por amizade) não exclui o delito.

11.4.18.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, cujo sujeito ativo é o advogado (bacharel inscrito na OAB) ou o procurador (Procurador da Fazenda, do Estado, do Município, estagiário etc.) que venham a prejudicar interesse de quem estejam representando. Pouco importa que se trate de advogado constituído ou nomeado pelo juízo.

11.4.18.4. Sujeito passivo

O Estado e a pessoa lesada pela conduta do agente.

11.4.18.5. Consumação

Trata-se de crime **material** que, em razão da descrição típica, só se consuma com a efetiva provocação do prejuízo.

11.4.18.6. Tentativa

A tentativa somente é possível quando o advogado ou procurador pretende cometer o crime na forma comissiva, uma vez que na forma omissiva não se admite a tentativa.

11.4.18.7. Ação penal

É pública incondicionada.

11.4.19. Patrocínio simultâneo ou tergiversação

Art. 355, parágrafo único — Incorre na pena deste artigo o advogado ou procu
-

rador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.

11.4.19.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça e a manutenção da fidelidade do advogado à pessoa a quem representa.

11.4.19.2. Tipo objetivo

A expressão “mesma causa” deve ser entendida como sinônimo de controvérsia,

litígio, ainda que os processos sejam distintos. Assim, se uma pessoa move várias ações contra pessoas diversas, fundadas, entretanto, no mesmo fato, o advogado não pode representá-la em uma ação e a um dos réus em outra. É evidente que deve haver controvérsia entre as partes, já que não existe crime quando um casal contrata o mesmo advogado para uma separação consensual em juízo.

O fato pode-se dar em qualquer fase do processo: 1a ou 2 a instância, fase de conhecimento ou execução etc.

Nos termos da lei, é indiferente que o agente defenda as partes contrárias ao mesmo tempo ou sucessivamente (tergiversação). É necessário, entretanto, que se demonstre ter o sujeito agido com dolo, pois a mera culpa não é suficiente para caracterizar a infração penal.

11.4.19.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio**, cujo sujeito ativo é o advogado (bacharel inscrito na OAB) ou o procurador (Procurador da Fazenda, do Estado, do Município, estagiário etc.). Pouco importa que se trate de advogado constituído ou nomeado pelo juízo.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 811

11/4/2011 17:29:03

812 Direito Penal Esquematizado — Parte Especial

Victor Eduardo Rios Gonçalves

11.4.19.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, a parte que seja prejudicada.

11.4.19.5. Consumação

Ocorre com a prática de algum ato processual em favor da segunda parte. Ao contrário do que ocorre na figura do patrocínio infiel, descrito no art. 355, *caput*, é desnecessário que o agente cause algum prejuízo para quaisquer das partes. Trata-se, pois, de crime **formal**.

11.4.19.6. Tentativa

É possível, como, por exemplo, quando o juiz percebe que o advogado tenciona ingressar na causa para defender interesse da outra parte e o impede de fazer isso.

11.4.19.7. Ação penal

É pública incondicionada. Se o fato se der na Justiça Trabalhista, a competência será da Justiça Federal.

11.4.20. 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 seis meses a três anos, e multa.

11.4.20.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça.

11.4.20.2. Tipo objetivo

A primeira das condutas típicas é comissiva e consiste em **inutilizar** o objeto material, tornando-o imprestável, como, por exemplo, ateando fogo em um processo ou rasgando um documento. Nos termos da lei, haverá o delito, seja a inuti lização total ou parcial.

A segunda conduta é omissiva e se verifica quando o agente, **dolosamente**, deixa de restituir os autos, documento ou objeto. Não existe modalidade culposa do crime em análise. Assim, se o veículo de um advogado é furtado, ele não pode ser punido criminalmente porque havia um processo em seu interior, ainda que tenha sido imprudente em deixá-lo dentro de um carro estacionado na rua.

É necessário que o crime recaia sobre autos, documento ou objeto de valor probatório. **Autos** são as peças que integram um processo de qualquer área jurisdicional (civil, penal, trabalhista etc.). **Documento** é todo papel escrito, que tem autor determinado, cujo conteúdo tem relevância jurídica e que tem valor probatório. **Objeto de valor probatório** é aquele que serve ou pode servir de elemento de convicção (ex.: 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd

um revólver apreendido em apuração de homicídio). Lembre-se de que só existe crime se o agente recebeu qualquer desses objetos na qualidade de **advogado** ou **procurador**.

Por ser crime especial, absorve o delito previsto no art. 305 do Código Penal.

11.4.20.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime **próprio** que só pode ser cometido por advogado ou procurador.

11.4.20.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, a pessoa prejudicada. Ex.: a parte contrária.

11.4.20.5. Consumação

Na modalidade inutilizar, a consumação ocorre no momento em que o objeto se torna imprestável. Na modalidade omissiva, a jurisprudência exige que o prazo de devolução tenha vencido e que o advogado ou procurador tenha sido intimado a devolver os autos e não o tenha feito, na medida em que a não restituição dentro do primeiro prazo pode ter ocorrido por esquecimento.

11.4.20.6. Tentativa

Só é possível na modalidade comissiva, pois não existe tentativa em crimes omissivos.

11.4.20.7. Ação penal

É pública incondicionada

11.4.21. 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 um a cinco anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um terço, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo.

11.4.21.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça e o prestígio das autoridades mencionadas no tipo penal, bem como o patrimônio da pessoa enganada.

11.4.21.2. Tipo objetivo

Trata-se de crime assemelhado ao delito de tráfico de influência, descrito no art. 332 do Código Penal, mas que se diferencia daquele por exigir que o agente 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 813

11/4/2011 17:29:03

pratique o delito a pretexto de influir em pessoas específicas ligadas à aplicação da lei, mais especificamente em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha. No tráfico de influência, o crime é cometido a pretexto de influir em qualquer outro funcionário público.

A conduta típica consiste em o agente mentir para a vítima, fazendo-a acreditar que ele tem influência sobre uma das pessoas enumeradas no texto legal e, assim, solicitar ou receber alguma vantagem ou valor a pretexto de convencer o juiz, promotor etc., a beneficiá-la de algum modo. Ex.: advogado que diz ao seu cliente que é amigo do juiz e que pode convencê-lo a julgar uma causa desta ou daquela forma e, para tanto, solicita dinheiro.

11.4.21.3. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, mas o crime normalmente é praticado por advogados inescrupulosos. Trata-se de crime **comum**.

11.4.21.4. Sujeito passivo

O Estado e, secundariamente, a pessoa lesada.

11.4.21.5. Consumação

A exploração de prestígio se consuma no instante em que o agente pede ou recebe dinheiro ou qualquer outra espécie de utilidade (material, moral, sexual etc.), independentemente da ocorrência de outro resultado. Na modalidade **solicitar**, o crime se consuma ainda que a pessoa não entregue a vantagem solicitada.

11.4.21.6. Tentativa

É possível (em relação à *solicitação*, entretanto, somente na forma escrita).

11.4.21.7. Causa de aumento de pena

O parágrafo único prevê aumento de um terço da pena se o agente diz ou insinua que a vantagem é também endereçada a uma das pessoas enumeradas no *caput*. Ex.: advogado que solicita dinheiro ao preso, dizendo a ele que é o valor pedido pelo juiz para soltá-lo. Para a configuração do delito, conforme já mencionado, é necessário que a afirmação seja falsa. Por isso, se o agente estiver prévia e efetivamente **conluiado** com o juiz para que busque presos interessados em fornecer dinheiro em troca da liberdade, ambos responderão por corrupção passiva, conforme permite o art. 30 do Código Penal. O terceiro que der o dinheiro não comete crime de corrup-

ção ativa porque não foi sua a iniciativa (ver comentários ao art. 333).

11.4.21.8. Ação penal

É pública incondicionada.

11.4.22. 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 dois meses a um ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

11.4.22.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, no sentido de preservar o bom andamento das arrematações judiciais.

11.4.22.2. Tipo objetivo

Referem-se todas à **arrematação judicial**, isto é, a bens levados à hasta pública por ordem judicial.

As condutas são diversas:

a) impedir (apor obstáculos), **perturbar** (atrapalhar) ou **fraudar** a arre matação; **b) afastar** ou **procurar afastar** pessoa interessada em dela tomar parte, mediante violência, grave ameaça, fraude, ou pelo oferecimento de alguma vantagem. Comete o delito, por exemplo, quem ameaça concorrente de morte para que ele não ofereça valor maior por um bem que está interessado em arrematar.

Em se tratando de licitação realizada pela Administração Pública (federal, estadual ou municipal), as condutas caracterizam crimes mais graves previstos nos arts. 93 e 95 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações).

Existe divergência jurisprudencial para a hipótese em que alguém paga o bem arrematado com cheque sem fundos. Para alguns, configura o crime de fraude no

pagamento por meio de cheque (art. 171, § 2º, VI); para outros, o crime em análise.

A primeira solução parece ser a correta em face do montante da pena.

11.4.22.3. Sujeito ativo

Qualquer pessoa. Trata-se de crime **comum**.

11.4.22.4. Sujeito passivo

O Estado e, eventualmente, as pessoas lesadas (ex.: aquela cujo bem foi arrematado por valor menor, bem como aquela que foi ameaçada para não dar o lance).

11.4.22.5. Consumação

Na primeira hipótese, no momento em que a arrematação judicial é impedida, perturbada ou fraudada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 815

11/4/2011 17:29:04

Na segunda modalidade, o delito se consuma no instante em que o agente emprega a violência, grave ameaça ou fraude, ou quando oferece alguma vantagem ao concorrente ou licitante, ainda que não consiga retirá-lo da disputa.

11.4.22.6. Tentativa

É possível.

11.4.22.7. Concurso

Se a vítima sofrer lesão corporal, ainda que leve, ou se morrer em decorrência da violência empregada para a prática do delito, a pena do crime será somada à da lesão corporal ou homicídio.

11.4.22.8. Ação penal

É pública incondicionada.

11.4.23. 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 três meses a dois anos, ou multa.

11.4.23.1. Objetividade jurídica

A administração da justiça, preservando-se o cumprimento das decisões judiciais.

11.4.23.2. Tipo objetivo

Consiste em **exercer**, que é sinônimo de desempenhar a função. Entende-se que o sujeito deve fazê-lo em desobediência à decisão judicial de natureza cível ou penal, como, por exemplo, aquelas interdições aplicadas com base no art. 92, II, do Código Penal, como efeito da condenação criminal.

Veja-se que, atualmente, quem descumpre a suspensão da Carteira de Habilita-

ção imposta judicialmente comete o crime do art. 307 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Por sua vez, quando o juiz **substitui** a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos consistente em alguma interdição, o descumprimento não configura o crime em análise, pois a consequência encontra-se no próprio Código Penal: revogação da substituição e cumprimento da pena privativa de liberdade originariamente imposta.

A desobediência à suspensão imposta **administrativamente** não constitui o crime. Ex.: advogado suspenso pela OAB. O exercício da advocacia, nesse caso, configura, para alguns, o crime do art. 205 do Código Penal e, para outros, a contravenção do art. 47 da LCP (exercício ilegal de profissão).

11.4.23.3. Sujeito ativo

Somente a pessoa que tenha sido suspensa ou privada de exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus. Trata-se de crime **próprio**.

11.4.23.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.4.23.5. Consumação

No momento em que o agente inicia o exercício, desatendendo a determinação judicial.

11.4.23.6. Tentativa

É possível.

11.4.23.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.4.24. Questões

1. (Delegado de Polícia/SP — 2003) A solicitação de determinada importância em dinheiro, a pretexto de influir em testemunha, constitui:

a) patrocínio infiel;

b) exploração de prestígio;

c) advocacia administrativa;

d) corrupção passiva.

Resposta: "b". A conduta se enquadra no art. 357 do Código Penal.

2. (Delegado de Polícia/SP — 2008) O crime de evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352 do CP), em que a pena da tentativa é a mesma do crime consumado, sem qualquer redução, recebe em doutrina o *nomem juris* de:

a) crime de ensaio.

b) crime de encontro.

c) crime de empreendimento.

d) crime bipróprio.

e) crime de conteúdo variado.

Resposta: "c". A denominação dada aos crimes que punem a tentativa com a mesma pena do crime consumado é crime de empreendimento ou de atentado.

3. (OAB — 133º exame) O advogado do acusado de um crime de estupro instrui a testemunha, por ele arrolada, a mentir no processo criminal. A testemunha mente em juízo e, quando descoberta a mentira, antes da sentença, retrata-se dizendo a verdade e que foi o advogado quem a orientou a mentir. Assinale a alternativa incorreta:

a) A testemunha recebe uma extinção da punibilidade pela retratação.

b) Não constitui prerrogativa do advogado orientar a testemunha a mentir.

c) O advogado responde como partícipe do crime de falso testemunho, por ter induzido a testemunha a mentir.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 817

11/4/2011 17:29:04

d) O advogado responde como autor do crime de falso testemunho por ter induzido a testemunha a mentir.

Resposta: "d". O falso testemunho, por ser crime de mão própria, só pode ter a testemunha figurando na posição de autor. Assim, o advogado que a induziu a mentir é partícipe e não autor do crime. As outras afirmativas estão corretas.

4. (Ministério Público/PR — 2002) Quem dá dinheiro a testemunha para que esta faça afirma-

ção falsa em depoimento comete qual crime?

a) Equiparado ao falso testemunho (343, Código Penal).

b) Corrupção passiva (317, Código Penal).

c) Concussão (art. 316, Código Penal).

d) Fraude processual (art. 347, Código Penal).

Resposta: "a". A conduta se encaixa perfeitamente no tipo penal do art. 343 — corrupção ativa de testemunha ou perito.

5. (Magistratura/SP — 182º concurso) Depois de ter praticado a subtração de certo bem, Fulano obteve ajuda eficaz de Sicrano para que o produto da subtração fosse escondido em lugar seguro para futura comercialização a cargo de Fulano. A conduta de Sicrano, nesse caso, em tese, configura

a) receptação dolosa.

b) favorecimento pessoal.

c) coautoria.

d) favorecimento real.

Resposta: "d". Como a intenção de Sicrano é beneficiar o próprio autor da infração (Fulano), o crime é o de favorecimento real.

IV

DOS CRIMES CONTRA

AS FINANÇAS PÚBLICAS

11.5. DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

A Lei n. 10.028/2000 acrescentou este Capítulo IV no Título dos crimes contra a Administração Pública com a finalidade de resguardar os cofres públicos da ação de maus administradores que, com suas condutas irresponsáveis e levianas, criam enormes endividamentos ao Estado, bem como transferem aos seus sucessores a responsabilidade pelo pagamento.

Esse novo Capítulo visa dar eficácia à Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal. São inúmeras as condutas típicas que foram criadas, mas, em todas elas, existem alguns fatores em comum. Todos os crimes desse Capítulo, por exemplo, são próprios, pois só podem ser cometidos pelos funcionários públicos responsáveis por determinados atos que envolvem as finanças públicas.

11.5.1. 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 um a 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.

11.5.1.1. Objetividade jurídica

A probidade administrativa em relação às finanças públicas.

11.5.1.2. Tipo objetivo

As condutas típicas são **ordenar** (mandar que se faça), **auto rizar** (permitir) ou **realizar** (executar) a operação de crédito, sem prévia autorização legislativa. **Opera-**

ção de crédito é o "*compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura* 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 819

11/4/2011 17:29:04

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, da Lei Complementar n. 101/2000). Haverá crime se não houver prévia autorização legislativa (*caput*) ou se a operação desrespeitar limite, condição ou montante nela esta belecido ou em resolução do Senado Federal (inc. I).

Também haverá crime se o montante da dívida consolidada ultrapassar o limite máximo autorizado por lei. **Dívida conso lidada** compreende o "*montante total, apurado sem duplicida de, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realiza ção de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses*" (art. 29, I, da Lei Complementar n. 101/2000).

11.5.1.3. Sujeito ativo

O funcionário público responsável pelo ato. Trata-se de crime **próprio**.

11.5.1.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.1.5. Consumação

No momento em que o agente ordena, autoriza ou realiza a operação de crédito.

11.5.1.6. Tentativa

É possível.

11.5.1.7. Ação penal

É pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.5.2. 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 seis meses a dois anos.

11.5.2.1. Objetividade jurídica

A probidade administrativa em relação às finanças públicas.

11.5.2.2. Tipo objetivo

A expressão contábil “restos a pagar” refere-se à transferência para o exercício financeiro seguinte de despesas assumidas pelo administrador e que, portanto, serão 03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 820

11/4/2011 17:29:04

XI Dos Crimes Contra a Administração Pública

821

pagas pelo orçamento do próximo ano. Haverá crime se a despesa não tiver sido previamente empenhada ou se exceder limite previsto em lei, ainda que não tenha sido trocado o administrador.

11.5.2.3. Sujeito ativo

Somente o funcionário público com atribuição para autorizar ou ordenar a inscrição. Trata-se de crime próprio.

11.5.2.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.2.5. Consumação

Quando se opera efetivamente a inscrição em restos a pagar.

11.5.2.6. Tentativa

É possível.

11.5.2.7. Ação penal

Pública incondicionada, de competência do Juizado Especial Criminal.

11.5.3. Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos 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 um a quatro anos.

11.5.3.1. Objetividade jurídica

O equilíbrio orçamentário.

11.5.3.2. Tipo objetivo

A conduta consiste em ordenar ou autorizar despesa ou obrigação que não possa ser paga no mesmo ano (exercício) e vigora nos últimos oito meses do mandato ou legislatura (mandato legislativo). A finalidade é evitar os antigos “trens da alegria” em que o administrador, no término de sua gestão, assumia inúmeras despesas a serem pagas por seu sucessor.

11.5.3.3. Sujeito ativo

O titular do mandato que tem atribuição para assumir a obrigação. Ex.: Prefeito, Governador, Procurador-Geral de Justiça ou do Estado etc.

11.5.3.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.3.5. Consumação

Quando a ordem ou autorização é executada, ou seja, quando a obrigação é efetivamente assumida em momento no qual já vigora a vedação.

11.5.3.6. Tentativa

É possível.

11.5.3.7. Ação penal

É pública incondicionada.

11.5.4. Ordenação de despesa não autorizada

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

11.5.4.1. Objetividade jurídica

O patrimônio público e a probidade administrativa em relação às finanças públicas.

11.5.4.2. Tipo objetivo

Esse dispositivo pune a criação, **a qualquer tempo**, de despesa não prevista na Lei de Orçamento, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual.

11.5.4.3. Sujeito ativo

Somente o funcionário público que tenha atribuição legal para ordenar a despesa.

11.5.4.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.4.5. Consumação

No momento em que a ordem é executada.

11.5.4.6. Tentativa

É possível.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 822

11/4/2011 17:29:04

11.5.4.7. Ação penal

Pública incondicionada.

11.5.5. 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 três meses a um ano.

11.5.5.1. Objetividade jurídica

O equilíbrio orçamentário e o patrimônio público.

11.5.5.2. Tipo objetivo

Se um Estado ou Município fizer um empréstimo, a União, por exemplo, só

poderá prestar garantia de adimplência de tal dívida se houver sido prestada contra garantia, em valor igual ou superior. Nos termos do art. 40, § 1º, II, da Lei Complementar n. 101/2000, "*a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida*". Comete o crime, portanto, aquele que desrespeita tais regras e presta a garantia graciosa.

11.5.5.3. Sujeito ativo

Somente o funcionário público competente para o ato de prestar garantia em operação de crédito.

11.5.5.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.5.5. Consumação

Quando a garantia é prestada, independentemente de futuras consequências econômicas.

11.5.5.6. Tentativa

É possível.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 823

11/4/2011 17:29:04

11.5.5.7. Ação penal

Pública incondicionada.

11.5.6. 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 seis meses a dois anos.

11.5.6.1. Objetividade jurídica

As finanças públicas.

11.5.6.2. Tipo objetivo

O dispositivo visa punir o ato de deixar de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento de todas as despesas que excederam o limite imposto por lei na conta de “restos a pagar”. Se não for extrapolado referido limite, o fato é atípico.

A punição neste tipo penal pressupõe que o agente não tenha sido o responsável pela inscrição em restos a pagar, pois, em tal hipótese, o crime por ele cometido seria o do art. 359-B. Os dois crimes poderão restar configurados na hipótese em que um governante que está deixando o cargo ordena ilegalmente a inscrição (art. 358-B) e aquele que assume, ao tomar ciência disso, deixar de determinar ou promover o cancelamento (art. 359-F).

11.5.6.3. Sujeito ativo

Somente o funcionário público que tenha atribuição para cancelar despesas inscritas em restos a pagar.

11.5.6.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.6.5. Consumação

Estará configurado o crime no momento em que o agente tomar conhecimento da ilegalidade e deixar de ordenar o cancelamento dos valores acima do limite legal.

11.5.6.6. Tentativa

Inadmissível por se tratar de crime omissivo.

11.5.6.7. Ação penal

É pública incondicionada.

11.5.7. 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 cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura:

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

11.5.7.1. Objetividade jurídica

A probidade administrativa em relação às finanças públicas.

11.5.7.2. Tipo objetivo

O delito em análise não se confunde com aquele do art. 395-C, pois este engloba toda e qualquer despesa e abarca um período de oito meses, enquanto o art. 359-G

refere-se apenas ao aumento de despesa com pessoal e limita-se a um prazo de cento e oitenta dias. Ademais, no art. 359-C é punido o gasto que não pode ser pago na mesma gestão, enquanto no art. 359-G pune-se o aumento de despesa com pessoal a ser pago no mesmo ou em outro exercício financeiro.

11.5.7.3. Sujeito ativo

O titular do mandato que tem atribuição para assumir a obrigação. Ex.: Prefeito, Governador, Procurador-Geral de Justiça ou do Estado etc.

11.5.7.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.7.5. Consumação

No momento em que é efetivado o ato que acarreta o aumento de despesa.

11.5.7.6. Tentativa

É possível.

11.5.7.7. Ação penal

É pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 825

11/4/2011 17:29:04

11.5.8. 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 um a quatro anos.

11.5.8.1. Objetividade jurídica

A probidade administrativa em relação às finanças públicas.

11.5.8.2. Tipo objetivo

O Estado pode vender títulos da dívida pública para captar recursos no mercado financeiro. Se tais títulos, entretanto, forem emitidos sem lastro legal,

comprometendo os cofres públicos, sem que lei os autorize, haverá crime.

11.5.8.3. Sujeito ativo

Os agentes públicos responsáveis pela colocação destes títulos no mercado.

11.5.8.4. Sujeito passivo

O Estado.

11.5.8.5. Consumação

Quando os títulos são ofertados ou colocados ilegalmente no mercado.

11.5.8.6. Tentativa

É possível.

11.5.8.7. Ação penal

Pública incondicionada.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 826

11/4/2011 17:29:04

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997. Curso de Direito Penal.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio Gráfica, 1975.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I: Parte especial.

_____. *Lições de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986. v. II: Parte especial.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. II.

_____. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. V.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. VII.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. *Direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

_____. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 4.

_____. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEITE, Manoel Carlos da Costa. *Lei das contravenções penais*. São Paulo: RT, 1976.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2.

_____. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 3.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

_____. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 3.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 827

11/4/2011 17:29:04

_____. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

03 - Direito Penal Esquematizado - 559 - 828.indd 828

11/4/2011 17:29:05

Document Outline

- INTRODU��O.
  - I.1. ESP�CIES DE NORMAS PENAIS
  - I.2. DIVIS�O DOS TIPOS PENAIS DE ACORDO COM O BEM JUR�DICO ATINGIDO
  - I.3. TEMAS NECESSARIAMENTE ABORDADOS NO ESTUDO DOS DELITOS EM ESP�CIE
- T�TULO I
  - 1. DOS CRIMES CONTRA A PESSOA
  - I DOS CRIMES CONTRA A VIDA
  - II DAS LES�ES CORPORAIS
  - III DA PERICLITA��O DA VIDA E DA SA�DE
  - IV DA RIXA
  - V DOS CRIMES CONTRA A HONRA
  - VI DOS CRIMES CONTRA ALIBERDADE INDIVIDUAL
- T�TULO II
  - 2. DOS CRIMES CONTRA O PATRIM�NIO
  - I DO FURTO
  - II DO ROUBO E DA EXTORS�O
  - III DA USURPA��O
  - IV DO DANO
  - V DA APROPRIA��O IND�BITA
  - VI DO ESTELIONATO EOUTRAS FRAUDES
  - VII DA RECEPTA��O
  - VIII DISPOSI��ES GERAIS
- T�TULO III
  - 3. DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL
  - I DOS CRIMES CONTRA APROPRIEDADE INTELECTUAL
- T�TULO IV
  - 4. DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZA��O DO TRABALHO
- T�TULO V
  - 5. DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSOE CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS
  - I DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO
  - II DOS CRIMES CONTRA ORESPEITO AOS MORTOS

- T�TULO VI
  - 6. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
  - I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
  - II DOS CRIMES SEXUAISCONTRA VULNER�VEL
  - V DO LENOC�NIO E DO TR�FICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUI��O OU OUTRA FORMA DE EXPLORA��O SEXUAL
  - VI DO ULTRAJE P�BLICO AO PUDOR
- T�TULO VII
  - 7. DOS CRIMES CONTRA A FAM�LIA
  - I DOS CRIMES CONTRA O CASAMENTO
  - II DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIA��O
  - III DOS CRIMES CONTRA A ASSIST�NCIA FAMILIAR
  - IV DOS CRIMES CONTRA O P�TRIO PODER, TUTELA OU CURATELA
- T�TULO VIII
  - 8. DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE P�BLICA
  - I DOS CRIMES DE PERIGO COMUM
  - II DOS CRIMES CONTRA A SEGURAN�A DOS MEIOS DE COMUNICA��O E TRANSPORTE E OUTROS SERVI�OS P�BLICOS
  - III DOS CRIMES CONTRA A SA�DE P�BLICA
- T�TULO IX
  - 9. DOS CRIMES CONTRA A PAZ P�BLICA
- T�TULO X
  - 10. DOS CRIMES CONTRA A F� P�BLICA
  - I DA MOEDA FALSA
  - II Da falsidade de t�tulos e outros pap�is p�blicos
  - III DA FALSIDADE DOCUMENTAL
  - IV DE OUTRAS FALSIDADES
- T�TULO XI
  - 11. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRA��O P�BLICA
  - I DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCION�RIO P�BLICO CONTRA A ADMINISTRA��O EM GERAL
  - II DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRA��O EM GERAL
  - II-A DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRA��O P�BLICA ESTRANGEIRA
  - III DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRA��O DA JUSTI�A

    - IV DOS CRIMES CONTRA AS FINAN&#65533;AS P&#65533;BLICAS
- Refer&#65533;ncias